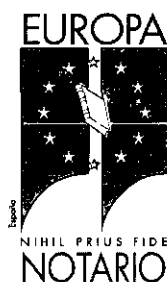


REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2000



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 34, abril-junio 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 Álvarez
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

Pág.

ESTUDIOS DOCTRINALES

CAMPO GÜERRI, Miguel-Angel: “La auto protección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad”	9
CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro: “Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”	31
EGEA IBÁÑEZ, Ricardo: “Documento público”	99
GOMÁ LANZÓN, Fernando: “El desarrollo de la función notarial en el ámbito del comercio electrónico: explicaciones, reflexiones y comentarios”	111
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Derechos de aprovechamiento por turno (Ley 42/1998, de 15 de diciembre)”	163
TORRES ESCÁMEZ, Salvador: “Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad”	205
VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: “Informe-dictamen que emite el letrado de este ilustre Colegio de Madrid, Juan Vallet de Goytisoló, a solicitud del abogado don XYZ”	249

PRÁCTICA NOTARIAL

POU AMPUERO, Felipe: “Podrá se entiende como deberá”	261
RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: “Las certificaciones de dominio de la Iglesia católica. Análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria”	265

LA AUTO PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO. DISPOSICIONES EN PREVISIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD (*)

MIGUEL-ÁNGEL CAMPO GÜERRI

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** DISPOSICIONES *MORTIS CAUSA*. **A.** Institución de heredero en favor de quien cuida al testador en los últimos años de su vida. **B.** La delegación de la facultad de distribuir y mejorar del artículo 831 del Código civil. **a)** *Que el cónyuge delegado sea cónyuge al tiempo de morir el testador.* **b)** *Que el cónyuge delegado conserve la viudez, esto es, que no contraiga segundas nupcias.* **c)** *Que existan hijos comunes, quienes además habrán de ser los beneficiados por el ejercicio de la facultad delegada.* **III.** DISPOSICIONES *INTER VIVOS*. **A.** La renta vitalicia. **B.** El contrato de vitalicio. **C.** El contrato de sociedad. **D.** La donación. **IV.** EL PODER DE AUTOPROTECCIÓN. **V.** LA AUTOTUTELA. **A.** Introducción. **B.** Admisibilidad de la figura. **C.** Elementos de la autotutela. **1.** *La capacidad del tutelado.* **2.** *Elemento formal.* **3.** *Contenido de la disposición.* **D.** Eficacia de la disposición.

(*) Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Las Palmas el día 31 de enero de 2000.

I. Introducción

Debo comenzar esta exposición agradeciendo vuestra asistencia, en especial a Miguel-Ángel de la Fuente y a José-Antonio Riera por haberme permitido subir a esta tarima.

El aumento de la esperanza de vida, logro de nuestra sociedad en las últimas décadas, conlleva la servidumbre de un incremento de patologías que afectan a la capacidad de las personas pudiendo provocar la pérdida de su propio gobierno.

Los avances médicos en esta materia permiten, con frecuencia, un diagnóstico previo de estas enfermedades, surgiendo entonces el problema para el notario requerido por quien ante esta situación decide anticiparse al inexorable paso del tiempo y regular cómo y por quién habrá de regirse su persona y bienes tras la llegada de la incapacidad.

Las cuestiones que habrán de abordarse son fundamentalmente dos: una, regular *mortis causa* la sucesión de sus bienes; otra, arbitrar los medios que le garanticen el cuidado de su persona y, en su caso, el sustento económico.

II. Disposiciones *mortis causa*

Uno de los problemas que pretenderá atender quien prevé perder su propia capacidad es el destino que tendrán sus bienes cuando él falte.

Con frecuencia se querrá un testamento redactado con cierta generalidad en previsión de que llegada la enfermedad se habrá perdido la capacidad para testar. En este sentido es habitual reclamar del notario la redacción de una disposición que ordene que la herencia quede para la persona o personas que cuiden al testador durante los últimos años de su vida. Ahora bien, este tipo de disposiciones plantean serias dificultades.

Para eludirlas cabría acudir al instituto de la fiducia sucesoria, esto es, la delegación a otra persona de la facultad de ordenar la sucesión. Sin embargo, aunque en el derecho foral está ampliamente reconocida, en el derecho común se trata de una solución muy restringida, dado el carácter imperativo del artículo 670 del C.c., y sólo cabe dentro del estrecho margen que deja el artículo 831.

A. Institución de heredero en favor de quien cuida al testador en los últimos años de su vida.

Las diversas posibilidades que ofrece ROMERO CANDAU en su estudio sobre esta materia pueden sistematizarse en dos clasificaciones.

La primera atiende a la forma de designar al heredero, pudiendo distinguir diversos supuestos según la mayor o menor determinación del llamado; desde la institución genérica en favor de quien “haya cuidado al testador”, hasta la designación nominativa condicionada al cumplimiento de dicho cuidado.

La segunda distingue en función de cómo se configure jurídicamente la obligación de cuidar al testador: bien como condición, bien como modo, bien como causa de la institución.

Cada una de las diversas soluciones apuntadas merece un estudio independiente que no es este el momento de abordar. Aquí sólo nos queremos centrar en dos puntos muy concretos.

Una cuestión fundamental es redactar con precisión el supuesto de hecho que ha de constituir la condición, el modo o la causa de la disposición. El tema no es baladí pues tanto una redacción excesivamente vaga, (v.gr. “cuidar al testador”), como una muy compleja pueden agravar el problema de determinar su cumplimiento o no.

Amén de una meditada redacción es conveniente la designación de un albacea con facultades para interpretar y poder determinar si lo querido por el testador se ha cumplido o no. Con frecuencia el albacea se habrá de enfrentar con casos de cumplimiento defectuoso o con supuestos de cumplimiento diferente. Pensemos, por ejemplo, cuando el testador ordena que se le tenga en casa y compañía del heredero y, pasado el tiempo, por un empeoramiento de la situación familiar de éste o de la enfermedad de aquél, ello deviene excesivamente gravoso para el primero o desaconsejable para el segundo, procediéndose a un internamiento.

Por ello, hay que recordar la doctrina del “cumplimiento interpretativo” (art. 798 C.c.), y dejar sentada la conveniencia de que el testador autorice expresamente al albacea para interpretar sus disposiciones pudiendo determinar por sí solo si ha habido o no cumplimiento.

De todas maneras, no se nos escapa la insuficiente regulación del Código civil sobre el albaceazgo para atender toda la problemática que puede plantearse. Por ejemplo, difícilmente el albacea del Código civil podría resolver la siguiente cuestión. El testador deja ordenado que sea su heredero aquel de sus tres hijos que le haya cuidado en los últimos años de su vida. El primero se desentiende de su padre, el segundo le cuida con afán durante más de diez años hasta que finalmente una grave enfermedad le impide continuar y el cuidado del padre es asumido por el tercer hijo durante los últimos meses de su vida. ¿Podría el albacea decidir una institución por cuotas proporcionales?, ¿o ello supondría infringir el artículo 670 C.c.?

Este ejemplo es un pequeño botón de muestra de la razón que asiste a la doctrina que propugna la reforma del Código civil dirigida a intro-

ducir la institución de la fiducia sucesoria. Como dice LEÑA FERNÁNDEZ, en una sociedad que aspira a conquistar las mayores cuotas de libertad dejan de tener sentido buena parte de las trabas que existen en materia de libertad sucesoria en el derecho común; especialmente cuando éste se compara con los derechos forales. Esta misma opinión debemos reiterarla a continuación, en el segundo punto de nuestra exposición.

B. La delegación de la facultad de distribuir y mejorar del artículo 831 del Código civil.

La primera cuestión que nos plantea este precepto es qué criterio hermenéutico debe presidir su análisis: restrictivo, porque estamos ante una excepción al principio que sienta el artículo 670; o extensivo, siguiendo las tendencias que propugnan la supresión de las restricciones a la libertad de testar.

Otro aspecto a tener en cuenta es el fundamento de la norma. Para unos, radica en el vínculo conyugal entre delegante y delegado; para otros, en la paternidad común.

Según cuál sea el criterio de interpretación que se siga y el fundamento que se proclame, serán distintas las soluciones que se propongan a muchos de los interrogantes que pueden plantearse.

En cuanto a los requisitos que exige este precepto, cabe destacar los siguientes:

a) *Que el cónyuge delegado sea cónyuge al tiempo de morir el testador.*

La interpretación literal del precepto y el fundamento del matrimonio excluyen la posibilidad de la delegación en el caso de divorcio. Ahora bien, si la razón del precepto la vemos, no en el matrimonio, sino en la paternidad común, ¿por qué no admitirla? Sobre este punto volveremos después.

En caso de separación judicial el vínculo conyugal subsiste, pero una interpretación restrictiva de la norma apoyada en los artículos 102 y 106 C.c. concluirá que la delegación otorgada previamente queda revocada. No obstante, en este supuesto cabe sostener su admisión si seguimos una interpretación extensiva, fundamos el precepto en la paternidad común y entendemos que los artículos 102 y 106 están pensados sólo para los consentimientos y poderes *inter vivos*.

Por contra, debe admitirse, sin duda, la posibilidad de que el separado judicialmente delegue la facultad en favor de su cónyuge si el testamento se otorga después de la sentencia de separación. Y también en los casos de separación de hecho.

b) *Que el cónyuge delegado conserve la viudez, esto es, que no contraiga segundas nupcias.*

El primer interrogante que plantea este requisito es si es posible que el testador dispense expresamente al cónyuge de la exigencia de conservar la viudez, permitiéndole ejercitar la facultad delegada a pesar de contraer nuevas nupcias.

En contra de esta posibilidad se argumenta sobre la base de la interpretación literal del precepto, su carácter excepcional y el fundamento de este requisito que radica en la desconfianza con la que el legislador ve las segundas nupcias, las cuales pueden desviar el afecto del cónyuge bínubo.

A favor de su admisión podemos reiterar razones ya expuestas sobre la necesidad de no restringir más allá de lo inevitable la libertad testatoria. Además, ni el precepto lo prohíbe expresamente, ni cabe alegar la sanción a las segundas nupcias pues el cónyuge delegado sólo puede hacer uso de sus facultades en favor de los hijos del primer matrimonio.

Otros interrogantes se abren sobre este punto cuando no exista dispensa expresa de conservar la viudez. Si el viudo vuelve a casarse y luego se divorcia o el segundo matrimonio se declara nulo, ¿subsiste la facultad delegada? Puede argumentarse a favor de esta posibilidad invocando el fundamento de la paternidad común en los términos que ahora veremos.

c) *Que existan hijos comunes, quienes además habrán de ser los beneficiados por el ejercicio de la facultad delegada.*

Como la expresión hijos comunes, en derecho de sucesiones, alcanza a todos los descendientes, no debe dudarse que el ejercicio de la facultad pueda favorecer al descendiente ulterior que herede al causante directamente o por derecho de transmisión o como sustituto vulgar.

Mayor dificultad presenta la posibilidad de que el favorecido por el ejercicio de la facultad delegada sea el hijo de un hijo vivo, si aquél no ha sido llamado directamente, pues ello excedería de la facultad de distribuir y mejorar e implicaría una designación de heredero o legatario, infringiendo el artículo 670. Este problema podría eludirse si en la cláusula de institución de herederos a la que luego nos referiremos se incluye también a los descendientes ulteriores.

La expresión hijos comunes plantea otra cuestión de interés íntimamente ligada con el problema del fundamento de la norma. LEÑA FERNÁNDEZ invoca la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del principio de igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho y entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales para concluir que la facultad que nos ocupa sería también extensible a los padres de hijos

comunes aunque no formen pareja matrimonial. Para reforzar su tesis añade el argumento de que la causalización del artículo 831 no radica en el hecho del matrimonio entre delegante y delegado sino en el hecho de la paternidad común.

La invocación de dicha doctrina constitucional nos parece plenamente justificada pues, como predica la misma, se debe extender a todo derecho fundamental. Y esta consideración debe merecer el derecho a la herencia, reconocido en el artículo 33 de la Constitución, Título I, bajo el epígrafe “De los derechos y deberes fundamentales”.

Aceptada esta tesis, se refuerza la argumentación que permite entender subsistente la facultad delegada a pesar del divorcio o la separación judicial de los cónyuges, siempre que no haya mediado una revocación expresa. Y todo ello sobre la base de respetar al máximo la voluntad del testador y de no restringir más allá de lo inevitable la libertad testatoria.

Finalmente cabe recordar el artículo 17 de la reciente Ley aragonesa de parejas estables no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo). Dicho precepto extiende a estas parejas la normativa sobre fiducia sucesoria entre cónyuges.

Pasemos, ahora, a ver algunas cuestiones relativas al contenido de la facultad del artículo 831 C.c.

Cuestión de sumo interés es el cuidado que debe poner el notario al redactar el testamento. Una mera reproducción del artículo 831 no es suficiente pues puede inducir a confusión sobre el alcance de la facultad, limitándola a la mera distribución de bienes. Para ello no haría falta el uso de este precepto. Hay que ponderar la combinación de esta cláusula con la relativa a la institución de herederos.

Lo que realmente se pretende es que el cónyuge delegado pueda, no sólo distribuir, sino también fijar cuotas a los llamados mejorándolos en los tercios de mejora y libre disposición. Por ello, tal y como aconseja LEÑA FERNÁNDEZ, en el testamento, además de reproducir el artículo 831, se debe añadir una cláusula de institución de heredero similar a la siguiente: “Instituyo herederos a todos mis hijos (o a todos mis hijos y descendientes), en la cuantía y en la proporción que determine mi cónyuge en uso de la facultad conferida conforme al artículo 831”.

Para concluir destacaremos cuestiones que pueden plantear alguna duda por lo que es recomendable su previsión expresa:

a) La facultad del cónyuge delegado de partir sin sujeción a los artículos 1.061 y 1.062 C.c. Algunas opiniones sólo lo admiten para el testador y no para el cónyuge, salvo disposición expresa.

b) La facultad del cónyuge de adjudicar los bienes en los términos que resultan del artículo 841 C.c. Para evitar dudas deberá disponerse expresamente.

c) También es aconsejable recalcar que el cónyuge delegado pueda hacer uso de su facultad no sólo por actos *inter vivos* sino también *mortis causa*.

d) Y para reforzar la posición del cónyuge delegado cabe reconocerle un plazo muy amplio para el ejercicio de la facultad delegada, incluso con carácter vitalicio.

III. Disposiciones *inter vivos*

Hasta aquí hemos visto una problemática particular, cual es la sucesoria. Pero quien prevé perder su capacidad también está preocupado por asegurarse en vida un sustento económico o por garantizar a quien le ha de cuidar que su esfuerzo o sacrificio se vea compensado en el futuro. Y algunos de los negocios jurídicos *inter vivos* que pone a nuestro alcance el derecho pueden ser mecanismos adecuados para ello.

A. La renta vitalicia.

A través de esta figura se puede lograr, en buena parte, la finalidad de autoprotección que estamos examinando: una persona, en previsión de su futura incapacidad, puede constituir una renta vitalicia con el fin de tener asegurada una renta o asistencia suficiente hasta el momento de su muerte.

Un supuesto frecuente es aquél en que se enajena la nuda propiedad de una vivienda con reserva del usufructo vitalicio asumiendo el adquirente la obligación de pagar una renta o pensión durante la vida del transmitente.

En el pasado se discutió el carácter real u obligacional de la renta vitalicia, discusión a la que ayudó la redacción del artículo 1.802 C.c. al emplear la expresión “carga”. Sin embargo, hoy es conteste la doctrina al proclamar su carácter meramente obligacional. Y así resulta del artículo 1.805 C.c. pues el impago de la renta no autoriza al perceptor de la misma a exigir el reembolso del capital o del predio transmitido; sólo atribuye el derecho a reclamar judicialmente el pago de las atrasadas y el aseguramiento de las futuras.

Por dicha razón se hace necesario prever un posible aseguramiento real de aquella obligación bien mediante la hipoteca que regula el artículo 157 de la Ley Hipotecaria bien mediante una condición resolutoria. La posibilidad de esta última, antaño puesta en duda, es indiscutible y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, con la célebre sentencia de 14 de octubre de 1960, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, en

resolución de 26 de abril de 1991. Todo ello sobre la base del carácter *dispositivo del artículo 1.805 C.c.*

Pero el problema que no se nos oculta es el que se deriva de la hipótesis que estudiamos: ¿qué ocurrirá cuando la persona constituyente de la renta devenga efectivamente incapaz?, ¿quién estará facultado para exigir el pago de la renta, o, en su caso, para ejecutar la hipoteca o resolver el contrato?

Ante esta eventualidad no cabe más que el nombramiento de una persona de la confianza del pensionista como apoderado con facultades suficientes para *velar por el cumplimiento del contrato* y, en su caso, con facultades para resolverlo o para ejecutar la hipoteca. Pero con ello no hacemos sino entrar en la problemática que nos ha de ocupar al final de nuestra exposición, cual es la de la eficacia de los denominados poderes de autoprotección.

B. El contrato de vitalicio.

En el contrato de vitalicio una de las partes se obliga *respecto de la otra*, a prestarle alimentos, con la extensión, amplitud y términos que convengan, a cambio de la prestación que se fije, que generalmente será *la transmisión de un capital*.

Una primera dificultad que entraña la figura es la determinación del contenido de la obligación de prestar alimentos. La redacción debe ser cuidadosa. Una excesiva vaguedad puede incurrir en indeterminación e infringir el artículo 1.273 C.c. y una redacción desmesuradamente minuciosa puede conllevar el riesgo de excluir prestaciones que en su día sean necesarias. Por ello es recomendable tener presente el artículo 142 C.c.

Otra cuestión que interesa en esta figura es la derivada del carácter personal de la obligación de dar alimentos. Al igual que en el caso anterior, ello obliga o hace recomendable el establecimiento de garantías reales.

La posibilidad de estipular una condición resolutoria debe admitirse, *sin duda*. Mayor complejidad presenta la constitución de una hipoteca, pues en este caso no podría garantizar específicamente la prestación de dar alimentos. Habrá que acudir a la hipoteca de máximo con la que quede garantizada una indemnización prefijada para el caso de incumplimiento.

También se ha propuesto que para el caso de incumplimiento de la obligación de prestar alimentos puede pactarse una conversión automática del contrato de vitalicio en un contrato de renta vitalicia.

En todo caso, al igual que en la figura anterior, se plantean análogos interrogantes, ¿qué ocurrirá cuando el alimentista devenga efectivamente incapaz?, ¿quién estará facultado para exigir el pago de los alimentos, o, en su caso, para ejecutar la hipoteca, resolver el contrato o exigir su conversión?

C. El contrato de sociedad.

Otra posibilidad de autoprotección propuesta es la que aconseja la constitución de una sociedad, preferentemente unipersonal, o pluripersonal con socios de absoluta confianza.

Se trata de aportar el patrimonio a la sociedad, naciendo así una nueva persona jurídica capaz e inmune a las vicisitudes personales de su fundador, entre ellas su futura incapacidad. Se nombra administrador, por tiempo indefinido, a la persona de la confianza del socio; y será éste quien podrá continuar gestionando la sociedad aun después de llegada la incapacidad.

Pero esta solución por sí sola nos parece insuficiente pues deja sin regulación la administración del patrimonio personal del socio, especialmente sus participaciones sociales. Además todo el sistema se derrumbará si, declarada judicialmente la incapacidad, se nombra tutor a persona distinta de la querida por el socio. Será éste quien tendrá la representación del socio en la Junta General, pudiendo, por tanto, separar al administrador.

D. La donación.

La donación en la que el futuro incapaz se reserva alguna facultad o impone alguna carga puede ser también un instrumento adecuado para atender a la doble finalidad perseguida: asegurarse un sustento económico y garantizar a quien le ha de cuidar que su esfuerzo o sacrificio se verá compensado en el futuro. Siendo muy diversas las posibilidades a tener en cuenta, analizaremos las que consideramos más adecuadas.

A nuestro juicio la más interesante ha de ser la donación con reserva de la facultad de disponer de lo donado pues, con ella, el donante podría disponer de todo lo donado en cualquier momento, recuperando el valor de lo donado o esto mismo. Además el donante también podría transmitir dicha facultad a un tercero de su confianza para que éste la ejercite cuando él no pueda.

Pero esta propuesta exige superar los inconvenientes derivados de determinadas doctrinas que limitan de forma considerable los efectos de esta donación.

Una primera dificultad resulta de la concepción que niega la posibilidad de que, al amparo de esta facultad, pueda el donante recuperar para sí, sin más, lo donado. Y así lo entiende la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998 porque en la concreta donación objeto del recurso no se estipuló expresamente que la facultad de disponer reservada incluyese que el donante

podría recuperar para sí los bienes donados. Argumenta la DGRN que para conseguir tal fin ha de acudir a la donación reversional del artículo 641 C.c.; precepto que, según el centro directivo, tampoco admite la reversión, sin más, en favor del donante, sino que exige el cumplimiento de determinada condición o término.

Algunos autores han aplaudido esta doctrina y la fundamentan no sólo en lo expuesto sino también en que tal pretensión infringiría la prohibición de autocontratar y preceptos básicos como los artículos 1.115 y 1.256 C.c.

Para nosotros tal manera de razonar es inadmisibles. Se razona de manera puramente dogmática sobre la base de unas consideraciones teóricas y se olvida la finalidad que se persigue y los intereses en juego:

— ¿A quién perjudica el pacto que se propone? Únicamente al donatario, cuyo interés protegible decae ante el del propio donante que se reservó la facultad de despojarle del bien.

— ¿Qué le importa al donatario quién sea el destinatario de lo dispuesto por el donante? Realmente le es indiferente ora sea un tercero ora sea el propio donante.

— ¿Qué ocurre en el supuesto admitido cuando el donante dispone de lo donado en favor de un tercero a título oneroso? ¿Acaso no es el donante quien percibe la contraprestación?

— En el caso del artículo 642 C.c., ¿no es cierto que las deudas futuras del donante pueden absorber todo lo donado?

— En el supuesto del artículo 641 se puede pactar la reversión en favor del donante para cualquier caso y circunstancia.

— Los artículos 1.115 y 1.256 se refieren exclusivamente a los negocios onerosos con recíprocas contraprestaciones. No están pensando en negocios gratuitos.

— La autocontratación alegada no es la prohibida. Nuestro ordenamiento sólo veta la que existe cuando hay un conflicto de intereses; y aquí no lo hay porque cualquier pretensión del donatario trae causa de la mera liberalidad del donante.

— Finalmente, tampoco se puede invocar la irrevocabilidad de la donación pues por hipótesis el artículo 639 ya la exceptiona.

Por todo lo expuesto cabe concluir que la reserva de la facultad de disponer permite que el donante recupere para sí la propiedad de lo donado, si bien no estaría de más que en la escritura de donación así se dispusiere expresamente.

Una segunda dificultad radica en la opinión que considera inadmisibles que el donante se reserve la facultad de disponer de todo lo donado, ya que el artículo 639 sólo se refiere a “algunos de los bienes”. Esta objeción no merece un mayor detenimiento pues tal posibilidad está admi-

tida por la mejor doctrina, pudiendo, aquí, repetir algunos argumentos anteriores.

Un tercer inconveniente que presenta la solución propuesta es el derivado de la intransmisibilidad de la facultad de disponer.

RODRÍGUEZ ADRADOS, a quien sigue la mayoría, la configura como una facultad personalísima e intransmisble, sin que nadie, ni siquiera el juez, pueda sustituir al donante en su ejercicio. La razón fundamental que justifica su opinión es que la reserva de la facultad de disponer es una excepción a la irrevocabilidad de la donación y por ende sólo puede admitirse cuando la ejercita el donante, pues sólo el interés de éste es digno de tal protección.

Una opinión minoritaria argumenta en favor de la transmisibilidad de la facultad de disponer sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad y cumpliendo los límites temporales de las sustituciones fideicomisarias.

En el caso que nos ocupa no es necesario acudir a esta segunda opinión para justificar la transmisión que de la facultad de disponer pueda hacer el donante a un tercero para que éste la ejercite en favor de aquél si el donatario no cuida del donante en los términos previstos. Aquí el interés protegido sigue siendo el del propio donante con lo que respetamos la argumentación de RODRÍGUEZ ADRADOS.

Admitida en estos términos la transmisión de la facultad de disponer en favor de un tercero evitamos el problema que se plantea si para conseguir la misma finalidad el donante otorga un poder en favor de dicho tercero pues, como luego veremos, las facultades de un apoderado no subsisten cuando llega la incapacidad del donante-poderdante.

Una segunda donación a tener en cuenta es aquella en la que el donante se reserva no sólo la facultad de disponer sino también el usufructo de lo donado.

Algún autor ha rechazado la admisibilidad de esta figura. Sin embargo debe aceptarse sin duda pues, como enseña PILAR DE LA FUENTE, ni carece de contenido traslativo ni entraña una donación *mortis causa*. A pesar de la dicción del párrafo primero del artículo 348 del C.c. el derecho de propiedad no se agota con las facultades de disponer y gozar sino que tiene un contenido más amplio (v.gr. arts. 348.2.º, 349, 351, 471, 476 ó 479); el donatario adquiere un verdadero derecho de propiedad aunque supeditado al ejercicio de la facultad de disponer reservada. Además es patente que no hay donación *mortis causa* porque no hay *contemplatio mortis* y el donatario adquiere de presente un derecho tan firme que si premuere al donante lo transmite a sus herederos.

Finalmente, para concluir este apartado deberíamos tratar la dona-

ción modal, la cual puede servirnos al fin pretendido y no padece tanto las aprensiones teóricas antes expuestas.

Las donaciones pueden revocarse por varias causas de ingratitud tipificadas en el artículo 648. Especialmente, para nuestro caso, en su apartado 3.º, se justifica la revocación por negar indebidamente el donatario alimentos al donante. Pero esta causa de revocación presenta un grave inconveniente, cual es el de su carácter meramente personal (arts. 649 y 650).

Para salvar este problema deberá configurarse la prestación de alimentos como carga cuyo incumplimiento justifique la revocación, no por aplicación del artículo 648.3.º sino al amparo del artículo 647 C.c. En este caso la eficacia de la revocación será real y podrá afectar a los terceros.

Ahora bien, los problemas que pueden plantearse aquí son fundamentalmente dos:

— ¿Quién ejercita la facultad de revocación cuando el donante devenga incapaz? La transmisibilidad de la facultad revocatoria puede ampararse en el artículo 653.

— ¿Cómo se acredita el incumplimiento de la carga?, ¿será necesario acudir a la vía judicial o podrá admitirse que un tercero nombrado por el donante determine por sí solo que el incumplimiento se ha producido? Esta segunda posibilidad debe ser admitida configurando la actuación de este tercero bajo las reglas del arbitraje.

Finalmente, cabría también configurar el incumplimiento del deber de alimentos como causa que determine la reversión de la donación en favor del donante o en favor de un tercero, con transmisión en este segundo caso del deber de alimentos. La figura de la reversión también obliga a plantearse, y contestar en términos análogos, los últimos interrogantes.

IV. El poder de autoprotección

La enfermedad y su posible evolución es causa frecuente para otorgar un poder más o menos amplio en favor de persona en quien confía el poderdante para que, en su nombre, realice aquellos actos y negocios que por su estado le resultan incómodos al principio, dificultosos más tarde, e imposibles finalmente.

Esta solución, utilizada en la práctica, tiene sus ventajas. Pero llegada la incapacidad se hace imprescindible ocultar la situación del principal para seguir usando del poder. Muestra de esta última necesidad la encontramos en toda escritura pública en la que comparece un apoderado; es cláusula notarial de estilo aquella en la que éste no sólo manifies-

ta la vigencia de su poder sino también que su principal conserva su capacidad.

Antes de entrar en el examen de los denominados poderes de autoprotección es menester referirse al poder en general para analizar la última reforma del artículo 1.732.3.º del C.c. que añade la incapacidad como causa de extinción del mandato. Sobre la base de esta reforma se ha pretendido sostener que sólo la incapacidad judicial extingue el poder, y no, en cambio, la mera incapacidad; la cual no impediría las actuaciones ulteriores del apoderado.

Esta conclusión es inadmisibile. Cierto es que sólo la incapacidad del poderdante extingue definitivamente el poder. Pero ello no quiere decir que la llegada de su incapacidad sea indiferente para la eficacia del poder pues cuando ésta llega el apoderado no puede seguir actuando ya que lo que haga en nombre de aquél es ineficaz.

Una vez el poderdante deviene incapaz de manera permanente, éste ha perdido la facultad que fundamenta la eficacia del poder, esto es, la facultad de revocarlo. A partir de ese momento todo negocio celebrado por el apoderado podrá ser atacado por adolecer de uno de los requisitos fundamentales del artículo 1.261 C.c., el consentimiento. Por ello la incapacidad si no extingue sí suspende la eficacia del poder: el apoderado debe dejar de actuar hasta la sanación de su principal. En caso contrario, el apoderado incurrirá en responsabilidad civil, e incluso penal (art. 248 CP), y el tercero que contrate con el apoderado, si conoce la situación, no quedará protegido.

Ahora bien, sentada la conclusión anterior no debemos olvidar el esfuerzo de algunos autores, como RIVAS MARTÍNEZ o CAMPO VILLEGAS, por configurar el instituto del poder como mecanismo que efectivamente nos permita afrontar la situación que nos ocupa, a través del denominado poder de autoprotección.

Estos autores no niegan la premisa inicial, pero la limitan como regla general aplicable sólo al poder ordinariamente concedido y la exceptúan en aquellos casos en los que el poder tiene como causa precisamente la enfermedad del poderdante. Esto es, cuando el poder se confiere en previsión de que éste pierda su capacidad y para que el apoderado actúe, precisamente, a partir de ese momento; en estos casos, entienden, llegada la incapacidad del principal la eficacia del poder subsiste.

Debe admitirse que el poderdante, al otorgar el poder, pueda prevenir su futura situación y explicar en él la causa de su concesión. La relación de confianza entre el poderdante y el apoderado, base del poder, adquiere plena relevancia con dicha enfermedad y la causa de su concesión es justamente esa futura situación de necesidad. Por tanto, la imposibilidad sobrevenida de revocar el poder ya no atenta contra la subsis-

tencia del mismo pues está prevista y explicada por el poderdante en la propia escritura de apoderamiento. El poder conferido en estas condiciones ni se extingue ni se suspende por la incapacidad del principal. El poder subsistirá ínterin no llegue la incapacitación judicial.

RIVAS MARTÍNEZ invoca, además, en pro de su tesis el artículo 183 C.c. Este precepto distingue, para considerar la situación de ausencia legal, según que el desaparecido hubiese dejado o no encomendada por poder la administración de todos sus bienes. En el primer caso, el plazo que debe haber transcurrido desde la desaparición se amplía hasta los tres años. Lo importante de este precepto es que presupone la subsistencia del poder y su eficacia a pesar de la desaparición del principal pues sólo la inscripción de la declaración de ausencia en el Registro Central extingue los mandatos otorgados por el ausente.

También el artículo 304 C.c. es alegado por el autor para fundar su opinión pues declara la inimpugnabilidad de los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz cuando redunden en su utilidad. Y este precepto podría ser de aplicación al apoderado una vez llegada la incapacidad.

Finalmente CAMPO VILLEGAS concluye que si la ley reconoce a la voluntad del individuo potencialidad suficiente para regular sus relaciones jurídicas *post mortem*, incluso después de su muerte, con mayor razón se le ha de reconocer virtualidad para regularlas *post capacitatem*, llegada la incapacidad.

A nuestro juicio todas estas consideraciones deben ser tenidas muy en cuenta para propugnar de *lege ferenda* una reforma del Código civil. Pero mientras ésta no llegue, y aunque nos pese argumentar en contra, entendemos que no puede sostenerse en nuestro derecho positivo que la incapacidad, aunque sea la base del poder, no afecte a su eficacia. En la situación actual de nuestro derecho positivo, llegada la incapacidad el poder siempre deviene ineficaz, sin excepción.

No se puede pretender que el otorgamiento causalizado para el caso de incapacidad suponga una renuncia eficaz a la facultad de revocar. Esta renuncia sólo es admisible con plena eficacia real cuando el poder se confiere en interés o utilidad de otro, ya sea el apoderado ya sea un tercero. Y este no es nuestro caso.

Llegada la incapacidad del principal, el negocio celebrado con el poder siempre adolecerá de la falta del requisito del consentimiento. Por ello no puede sostenerse que el tercero que contrata con el apoderado conociendo la incapacidad del principal quede protegido.

Si bien es cierto que no existe un deber de promover la incapacitación, también lo es que no obra correctamente quien oculta la situación de incapacidad de una persona y actúa sobre su patrimonio pudiendo po-

ner en peligro intereses de terceros dignos de protección como legitimarios, acreedores, etc... Llegada la incapacidad el deber que se impone es el de acudir a la instancia judicial.

El artículo 183 C.c. presupone la subsistencia del poder y su eficacia a pesar de la desaparición del principal. Pero ello no es argumento suficiente pues no prejuzga la incapacidad. Al contrario, la capacidad se presume y simplemente se trata de alargar el plazo para declarar la ausencia porque hay menor incertidumbre sobre la desaparición.

Tampoco es suficiente el artículo 304 C.c. pues sólo considera inimpugnables los actos que redunden en utilidad del presunto incapaz; y es evidente que el concepto de utilidad dota a la propuesta de una gran inseguridad jurídica.

Finalmente, cabe concluir afirmando que la voluntad no tiene por sí sola potencialidad autonormativa; precisa siempre de un reconocimiento expreso de la ley.

V. La autotutela

A. Introducción.

Hasta aquí hemos visto diversas soluciones que pueden proponerse. Pero todas ellas tienen un denominador común: sólo resuelven el problema de una manera parcial y limitada en el tiempo.

El problema de la testamentifacción puede quedar atendido en los términos expuestos, pero es imprescindible una reforma legislativa dirigida a regular y admitir con carácter general los contratos y la fiducia sucesoria.

Mayor insuficiencia presentan las medidas propuestas para atender la administración del patrimonio del incapaz y el aseguramiento de su asistencia ya que o decaerán totalmente o verán limitadas sus previsiones cuando se produzca la intervención judicial.

Por ello, junto a las previsiones apuntadas se hace necesario arbitrar la forma en que el individuo pueda, con carácter integral, autorregular cómo y por quién haya de regirse su persona y bienes tras la incapacidad. De ahí los esfuerzos doctrinales por introducir en nuestro derecho la institución de la autotutela que puede definirse como el régimen que uno mismo configura para la protección de su persona y/o de su patrimonio en previsión de que pierda su propia capacidad.

En el derecho español sólo en el catalán encontramos una regulación de la autotutela, introducida por la Ley 11/1996, de 29 de julio, e incorporada al nuevo Código de Familia de 1998.

En el Código civil, la figura de la autotutela fue debatida en la discusión parlamentaria sobre la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela; pero no fue aceptada. Ahora bien, se afirma que si no se admitió no fue por considerarla una institución rechazable, sino porque debía ser objeto de un estudio más sosegado.

B. Admisibilidad de la figura.

En contra de su admisión se han argüido diferentes razones. Las principales son las siguientes:

a) La autorregulación en materia de incapacidad es muy limitada pues estamos ante una normativa de orden público. Así lo demuestra tanto la imposibilidad de desistir o de transigir en los procedimientos de incapacitación como el control judicial en la constitución de la tutela y en su ejercicio.

b) Por ello, los supuestos en los que la Ley introduce la autonomía privada en esta materia (v.gr. arts. 223, 224, 225, 226 ó 245 C.c.), deben ser considerados como excepción sin que sea admisible la interpretación *analógica*.

Si la Ley concede a los padres la facultad de nombrar tutor es porque éstos están constantemente en situación de conocer las necesidades actuales y futuras de sus hijos. En cambio, el futuro incapaz no puede saber, con plena certidumbre, quién será la persona más adecuada para atenderle en su día.

c) Finalmente, también se ha aducido el riesgo de captación de voluntad que podría sufrir el presunto incapaz a la hora de designar a su propio tutor.

Pero estos argumentos son insuficientes y prevalecen las siguientes razones a favor de su admisión:

a) Es evidente que estamos ante una materia de orden público. Pero en nada se infringe éste por permitir la autonomía privada pues, en todo caso, habrá de ser el juez quien haya de designar el tutor y ordenar las demás disposiciones procedentes.

Si la delación previa para el cargo debe ser aprobada o rechazada por el juez, la autodesignación habrá de ser tenida en cuenta como un criterio más, tan válido, al menos, como el de los padres.

b) La propia capacidad del individuo y la autonomía de su voluntad. La persona capaz puede regir su persona y bienes libremente, no sólo en el presente sino también para el futuro, previendo su incapacidad. Así el preámbulo de la citada Ley catalana 11/1996 de 29 de julio declara que la misma se inspira “en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona”.

c) Si cualquier persona, incluido el presunto incapaz, puede prever su situación e instar el oportuno procedimiento judicial también podrá ordenar su tutela.

Para la práctica unanimidad de los autores (ROMERO CANDAU, VENTOSO ESCRIBANO, RIVAS), con la normativa actual, la autodesignación de tutor por una persona debe admitirse aunque no pueda tener más alcance que el derivado del inciso final del artículo 234 C.c. El juez deberá estimar si el beneficio del incapacitado exige o no que se prescinda del orden señalado en el citado precepto, y que se atienda o no la propuesta que en su día hizo el incapaz.

d) La posible captación de la voluntad no es argumento. Se trata de un problema que afecta a todo negocio jurídico por lo que a su teoría general hay que remitirse. Es impensable descartar nuevos negocios jurídicos porque puedan sufrir vicios de consentimiento.

C. Elementos de la autotutela.

1. *La capacidad del tutelado.*

En cuanto a la capacidad que debe exigirse a quien pretende configurar su propia autotutela, la única cuestión de interés en este punto es más teórica que práctica: ¿puede reconocérsele a un menor de edad?

Algunos autores muestran sus reticencias a reconocer aptitud al menor de edad, incluso al emancipado, descartando que pueda asimilarse a la capacidad para testar o para contraer matrimonio y negando que pueda calificarse como un derecho de la personalidad que el menor pueda ejercitar sin la representación legal de los padres. Se considera extraño que un menor sujeto a patria potestad pueda prever su propia autotutela.

RIVAS, por el contrario, sí considera que estamos ante un derecho de la personalidad. Por ello, y habida cuenta de los múltiples preceptos que reconocen la importancia de la audiencia del menor en sede de tutela (arts. 207.2, 211 ó 231 del C.c.), entiende que el menor, mayor de catorce años (por analogía con la capacidad para testar), tiene capacidad suficiente para efectuar declaraciones de voluntad de autoprotección.

A nuestro juicio, estos últimos argumentos son razón suficiente para admitir la capacidad del menor pero sin más límite de edad que la que imponga la prudencia del notario autorizante. Y ello por lo siguiente:

a) Son numerosos los preceptos del C.c. que exigen al juez, antes de adoptar medida alguna que afecte al menor, oírle siempre que tuviere suficiente juicio (arts. 159 ó 156.2).

b) Frente a la opinión que ha concebido al menor como un incapaz

de obrar, se alza hoy la que sostiene que el menor es capaz de obrar, aunque su capacidad sea, ciertamente, más restringida que la del emancipado o la del mayor de edad.

c) En todo caso, las disposiciones que haga el menor no tendrán más fuerza que las que pueda hacer el mayor de edad. Serán tenidas en cuenta o no por el juez en cada caso concreto.

Por su parte, el Código de Familia catalán no resuelve la cuestión pues no exige una edad específica. En su artículo 172 se limita a emplear una expresión genérica: “cualquier persona”.

2. *Elemento formal.*

Para atender al problema de la forma cabe acudir, por analogía, al artículo 223 C.c., que se refiere al testamento y al documento público notarial.

Respecto del testamento se señalan diversos inconvenientes para contener este tipo de disposiciones como son su ineficacia hasta la muerte del testador, momento en que de nada servirán las previsiones de autotutela, y su falta de publicidad.

RIVAS descarta estos inconvenientes y considera admisible el testamento abierto ante notario. En primer lugar porque las disposiciones sobre autotutela son disposiciones “atípicas” que no se desnaturalizan por su inclusión en un testamento, pudiendo surtir efectos aun en vida del testador. Y en segundo lugar porque la falta de publicidad puede ser suplida expidiendo copia autorizada del testamento: a instancia del propio testador en el momento de autorizarlo, o posteriormente, una vez incapacitado, a instancia del tutor nombrado. Este último, si bien no es exactamente un apoderado especial a los efectos del artículo 226 del Reglamento Notarial, es evidente, considera el autor, que actúa en nombre del testador.

Aunque no puede dudarse de que la autodesignación hecha en testamento es plenamente eficaz, entendemos, especialmente por razones prácticas, que éste no es el vehículo formal más apropiado para regular relaciones *inter vivos*; entrañando, además, unas dificultades que no las ofrece el documento público *inter vivos*. Eligiendo este último, no sólo eludimos el problema de la posible dispar interpretación del artículo 226 del Reglamento Notarial sino que también evitamos la discusión en torno a si la revocación posterior del testamento afecta o no a las disposiciones en él contenidas sobre autotutela.

En cuanto al documento público notarial, si bien se ha admitido tanto la escritura pública como el acta de manifestaciones, a nuestro juicio, el instrumento adecuado es únicamente la primera dado el carácter esen-

cialmente negocial de estas disposiciones. Además, es aconsejable, por la trascendencia del acto, que se trate de una escritura destinada exclusivamente a regular la autotutela.

En el derecho catalán, el CFC exige expresamente que la disposición se realice en escritura pública, descartándose el acta y el testamento. La exclusión del testamento resulta tanto de la comparación entre los artículos 172 y 173 como del Decreto 360/1996 de 12 de noviembre que regula el Registro denominado hoy de Nombramientos Tutelares no Testamentarios. En él sólo podrán inscribirse estas disposiciones cuando estén otorgadas en escritura pública que no sea testamento, salvo que se trate de actos otorgados fuera de Cataluña en cuyo caso bastará la presentación de "copia auténtica del documento que lo contenga" (obviamente no prejuzga la forma).

En Cataluña, los notarios que autoricen tales escrituras deberán remitir el oficio correspondiente al Registro. Y todo juez competente para proceder a la constitución de una tutela deberá solicitar de dicho Registro la correspondiente certificación positiva o negativa.

En el ámbito del derecho común no existe un registro similar al catalán. De ahí que para superar el inconveniente de la falta de publicidad del documento algunos autores como VENTOSO plantean, de *lege ferenda*, bien la creación de un registro especial bien la adaptación a tal fin del Registro Civil.

3. *Contenido de la disposición.*

Admitida la capacidad del individuo para designar su propio tutor, deben reconocérsele las más amplias facultades para regular el régimen de actuación de éste.

Así, por aplicación analógica del artículo 223 C.c., no sólo podrá nombrar tutor, sino también establecer órganos de fiscalización de la tutela, designar las personas que hayan de integrarlos y ordenar cualquier otra disposición sobre su persona o bienes. Y a tenor del artículo 245 C.c. también podrá excluir expresamente a determinadas personas. El artículo 172 CFC se pronuncia de forma similar en estos términos, admitiendo tanto la autotutela positiva como la negativa.

¿Cabe admitir que el autotutelado expresamente disponga normas de administración y disposición de sus bienes excluyendo la intervención judicial? La contestación deber ser afirmativa.

Desde un punto de vista doctrinal, nos alineamos con los autores que, al tratar en general el fundamento de la intervención judicial en materia de protección del incapaz, abogan por el abandono del sistema de tutela judicial y por la vuelta al anterior sistema de tutela de familia como así

ha ocurrido en el derecho catalán. Autores como LEÑA FERNÁNDEZ o CARLOS DE PRADA muestran su crítica al sistema actual y propugnan de *lege ferenda* una vuelta al sistema anterior. El alejamiento del órgano judicial y el desconocimiento de la situación del incapaz y de su entorno familiar no pueden suponer una mayor protección de éste. Además la intervención judicial ralentiza las soluciones y las encarece.

Y en el caso específico de la autotutela, quién mejor que el propio disponente para saber si las personas por él designadas precisan de un control externo o no.

Desde un punto de vista de derecho positivo los artículos 164.2.º y 227 C.c. refuerzan nuestra tesis. Cualquier persona, salvando el deber de legítima en el que no entramos, puede disponer bienes en favor de un menor o de un incapaz excluyendo el régimen de administración de la patria potestad o de la tutela, bien directamente, bien de manera indirecta a través de instituciones como la sustitución preventiva de residuo. Por ello, con mayor razón, cualquier persona ha de poder encomendar la administración de su propio patrimonio como tenga por conveniente y sin más limitación que la que le imponga su propia libertad.

En el derecho catalán se observa una evolución drástica en este punto. La Ley 11/1996 expresamente excluía esta posibilidad al señalar en su artículo 7.1.2 que “las funciones conferidas a estos órganos serán complementarias de las que correspondan por ley al juez, sin que, en ningún caso, las puedan sustituir”. Sin embargo, el nuevo CFC lo admite pues ya no se pronuncia en estos términos, siendo aplicable el artículo 212.3 que señala expresamente que no se precisa la autorización judicial para los actos relativos a los bienes adquiridos por donación, herencia o legado, si el donante o causante la ha excluido expresamente.

En todo caso este último problema está íntimamente ligado con el que pasamos a examinar a continuación.

D. Eficacia de la disposición.

La cuestión fundamental en esta materia es si las disposiciones hechas pueden, en su día, vincular o no al juez.

En el ámbito del Código civil no hay duda de que tales disposiciones no son vinculantes para el juez, habida cuenta del tenor de los artículos 234 y 235.

Sin embargo, en el derecho catalán los artículos 172, 173 y 178 del actual CFC, comparándolos con la Ley de 1996, nos permiten llegar a una conclusión diferente: los nombramientos son vinculantes para el juez.

El preámbulo de la Ley catalana 11/1996 declaraba que los “nombramientos no son vinculantes para el Juez si se han producido nuevas cir-

cunstancias que cuestionan la idoneidad de la decisión personal tomada anteriormente”. Sin embargo, el nuevo Código de Familia ha ido más allá y de su artículo 178 resulta que sólo en el caso de que no haya tutor nombrado por la propia persona interesada o por sus padres corresponderá a la autoridad judicial dicha designación. No obstante, el artículo 172.2.º permite la impugnación de la autodesignación por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, pero sólo “si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación”.

Y con esto concluye nuestra exposición que no persigue otra finalidad que la de acercarnos a una realidad que, cada vez con mayor dureza, nos ha de golpear la conciencia.

ASPECTOS JURÍDICOS Y FISCALES DEL DIVORCIO AMISTOSO

PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA

Notario

SUMARIO: **I.** ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE DIVORCIO (ESPECIALMENTE DE DIVORCIO AMISTOSO). **1)** Introducción. **2)** Estudio con conclusiones. **1.º** *Todas las legislaciones admiten el divorcio.* **2.º** *El divorcio simplemente por consentimiento mutuo no es admitido.* **3.º** *Se exige la intervención de una autoridad que declare el divorcio.* **4.º** *Normalmente es una autoridad judicial, excepcionalmente una administrativa.* **5.º** *¿A qué se extiende el control?* **6.º** *¿Cómo se practica el control? Procedimiento (respuesta de cada país por orden alfabético).* **7.º** *¿Cuál es el protagonismo de los propios cónyuges? (respuesta de cada país).* **8.º** **1º)** *Respuestas de cada país a las dos cuestiones siguientes.* **A)** *Derecho Internacional Privado: ley aplicable.* **B)** *Tratamiento fiscal del divorcio.* **2º)** *Convención sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (acta del Consejo de 28 de mayo de 1998).* **3º)** *Conclusiones en materia fiscal: impuestos directos e indirectos.* **II.** PROPUESTA DE TRABAJO: ESTUDIO DE *LEGE FERENDA*. **1)** Introducción. **2)** “Desjudicialización” del divorcio amistoso. **1º)** *Fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.* **A)** *Razones.* **B)** *¿Cuál es la voluntad protegida?* **a)** *La voluntad de divorciarse, siempre que sea: –verdadera, seria,*

meditada; –libre; –consciente; –exteriorizada. b) La voluntad y los acuerdos sobre las consecuencias del divorcio. C) Una vía posible para facilitar su formación: los institutos de mediación. D) ¿Puede ser absoluta la autonomía de la voluntad? E) Contenido. 2') Mantenimiento de controles. A) ¿Está justificado? B) Nivel de control. C) “Desjudicialización” del control, que sirva para facilitar la formación de la voluntad común. 3') Intervención del notario. A) Razón. B) Tipo de control. 3) Conclusiones.

I. Estudio de Derecho comparado en materia de divorcio (especialmente de divorcio amistoso)

Introducción

La realidad nos demuestra que **el número de separaciones y de divorcios ha aumentado** considerablemente en los últimos tiempos en los países que conforman la Unión Europea. Esto, unido a que se trata de una **materia de competencia exclusivamente judicial y al colapso que sufren, por lo general, los juzgados**, ha provocado la formación de largas listas de espera para las vistas, procesos largos, cierta animosidad entre los cónyuges, un cierto estado de ansiedad, e incluso cierta presión emocional para los cónyuges y para los propios hijos, y, todo ello ha traído también, como no podía ser menos, un incremento de los costes.

Esta situación, nada deseable, y un pensamiento más proclive a realzar el protagonismo de los cónyuges ha llevado a buscar soluciones que palién en cierta medida las consecuencias que se acaban de advertir, conjugando y potenciando principios tan intrínsecamente nuestros como los de **protección de la familia y autonomía de la voluntad**.

Esas soluciones tratan de ayudar a los cónyuges a que puedan formar libremente su voluntad de separarse o divorciarse y alcanzar acuerdos sobre su situación personal y patrimonial y la de sus hijos tras la separación o el divorcio. Buscan también facilitar a los cónyuges, al margen de los procedimientos judiciales ya existentes, otro que conjugue la rapidez, agilidad, sencillez y baratura de costes con la seguridad de saber y querer lo que se está decidiendo para que cuando los cónyuges estén totalmente de acuerdo en separarse o divorciarse y en cómo hacerlo, puedan dar forma y contenido de forma inmediata a esa voluntad común, libre,

real, meditada, consciente y consecuente, ya que cuanto menos traumática sea la separación o el divorcio, mayores serán también las probabilidades de una futura posible reconciliación entre los cónyuges, o, si ello no es ya posible, de que sean mejores las relaciones entre ellos, y especialmente con los hijos, que son los que generalmente sufren las consecuencias de toda separación y divorcio. Se estará de esta manera protegiendo, aunque sea de una forma indirecta, la institución familiar.

Se ha creído necesario e imprescindible, para poder proponer soluciones acordes con las ideas expuestas, conocer antes la actual legislación de cada uno de los estados, de cuyos notariados han intervenido delegados en la subcomisión que ha estudiado el presente tema. Los países de cuya legislación se ha obtenido información son, por orden alfabético: Alemania, Austria, Bélgica, Escocia, España, Francia, Grecia, Inglaterra, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suiza. El objetivo es ver si es posible extraer del estudio del Derecho positivo, figuras o instituciones ya existentes que nos puedan servir de inspiración en nuestro cometido, bien para generalizar su admisión y reconocimiento en los países que no las hayan previsto, bien para combinar su regulación con otras preexistentes y buscar un modelo o figura general que sea fácilmente asumible por los diferentes legisladores nacionales o incluso por el legislador europeo.

De las respuestas obtenidas de cada uno de los miembros de la subcomisión a los tres cuestionarios enviados (recordémoslos: el primero solicitaba información general sobre el Derecho actualmente vigente sobre esta materia en cada uno de los países, el segundo exponía unas ideas generales sobre la posibilidad de sustituir la intervención judicial en los procesos de divorcio consensuado por la del notario y trataba de recabar el parecer de los subdelegados sobre esta posibilidad y si la misma podía llegar a ser viable dentro de cada uno de sus respectivos países, y el tercero volvía a insistir en la línea del primero recabando de nuevo información más sistemática y respuestas más ordenadas y concretas a preguntas que también lo eran), cabe extraer las siguientes *conclusiones siempre en relación exclusivamente a un divorcio querido por ambos cónyuges y respecto del que están también de acuerdo en cómo regular las consecuencias que de él han de derivarse*:

1.º Todas las legislaciones examinadas admiten el divorcio.

2.º El divorcio por mutuo disenso, o sea, consecuencia de la sola voluntad de los cónyuges, **no es admitido** en ninguna legislación actualmente en vigor.

3.º En todas las legislaciones se exige la **intervención de una autoridad** extraña a los cónyuges que declara con carácter constitutivo y supervisa, en un grado de intervención distinto según las diferentes legislaciones, la disolución del matrimonio en que el divorcio consiste. El divorcio debe ser respuesta a una ruptura definitiva del matrimonio, por lo que han de evitarse decisiones precipitadas y poco meditadas, ha de facilitarse la separación leal de los cónyuges evitando obsecarse en el mantenimiento de un matrimonio ya definitivamente roto, y han de preservarse los derechos e intereses de los más débiles a quienes afecta el divorcio (normalmente los hijos), y todo ello ha de someterse al control de alguien dotado de autoridad y legitimidad.

Es tal la trascendencia que puede tener el divorcio y son tantos, generalmente, los intereses que están en juego y que pueden verse afectados, que no es posible dejarlo a merced exclusivamente de la voluntad de los cónyuges. Aun estando de acuerdo éstos en quererse divorciar y en cómo hacerlo, un mínimo control hace falta. Si existe el acuerdo de divorciarse y de cómo regular las consecuencias que han de derivarse de su divorcio, es preciso establecer un sistema que conjugue los *distintos intereses en juego*:

— De una parte están *los cónyuges*, que son los que mejor conocen la situación en que se encuentran, los que mejor pueden regularla y los que, si llegan a un acuerdo, mejor predisposición tendrán para cumplirlo. Si los cónyuges son mayores de edad y tienen plena capacidad jurídica y de obrar, cualquier pacto que adopten relativo a sus relaciones personales y patrimoniales, naturalmente con pleno conocimiento de su contenido y alcance, debe serles vinculante. Al mismo tiempo, debería ser muy restringido cualquier control que pudiera aplicarse. La autoridad debería desenvolverse en estos casos con gran prudencia y, a lo sumo, adoptar medidas, si el acuerdo fuese *muy perjudicial o dañoso* para alguno de los cónyuges.

— De otra parte, están *los hijos*. Cabe presumir que las decisiones que los padres tomen en relación con los mismos serán siempre, o procurarán ser, las más beneficiosas para éstos. El divorcio no debería afectar las relaciones padres-hijos, excepto en lo que a convivencia con, al menos, uno de los progenitores se refiere, lo que, salvo que permanezcan todos en el mismo domicilio, obligará a regular el ejercicio de la patria potestad (distribución de funciones, concesión de poderes, fijación de reuniones), guarda, régimen de visitas, de estancia y comunicación con ellos. Concebida la patria potestad como una función que se desempeña en beneficio de los hijos, las obligaciones de aquéllos respecto de éstos no se extinguen por razón del divorcio, aunque la separación física de padres e hijos obligará a modalizar su cumplimiento; cumplimiento que

siempre les podrá ser exigido a los padres de acuerdo con los mecanismos que para la protección de esas relaciones paterno filiales establece cada legislador; en cambio, a los derechos que tienen los padres respecto de sus hijos sí que podrán aquéllos renunciar, aunque no a la patria potestad. Si durante una situación de vida matrimonial normal pueden adoptar los padres casi todo tipo de medidas sin necesitar previa autorización judicial, ¿por qué no han de poder actuar igual cuando se produce la crisis matrimonial? Seguramente porque no se quiere que los hijos sean utilizados como moneda de cambio a la hora de negociar los cónyuges sobre sus relaciones personales y patrimoniales. Consecuencia de esta alteración de la vida familiar es que se cambia, siempre pensando en lo mejor para los hijos, la manera de salvaguardar sus intereses. Y así, mientras que durante una situación normal de matrimonio el control de la patria potestad se da, generalmente, *a posteriori* (obligación de rendir cuentas, exigencia de responsabilidad por lo actuado, requerimiento de la adopción judicial de medidas, fiscalización por el Ministerio Fiscal o por parientes, ...), salvo en casos muy concretos (audiencia a los mismos a partir de cierta edad, necesidad de previa autorización judicial para realizar determinados actos), cuando el matrimonio entra en crisis tales mecanismos de control se modifican por el conflicto de intereses que entre los mismos padres, y los padres y los hijos, puede surgir. El control se manifiesta en estos casos exigiendo que las medidas acordadas por los cónyuges sean aprobadas previamente por el Ministerio Fiscal (órgano especialmente encargado de velar por los menores, incapacitados o ausentes) o por un órgano de familia, y, otras veces, obligando a solicitar los oportunos informes de expertos (médicos, psicólogos, sociólogos), siempre pensando en el *favor filii*.

— Además de los cónyuges y de los hijos pueden verse afectados *otros terceros distintos de éstos* (por ejemplo, cuando el divorcio es utilizado como medio de fraude frente a la Hacienda Pública o la Seguridad Social o a terceros que hayan contratado con los cónyuges). Para proteger a los terceros bastaría con exigir mecanismos de publicidad del divorcio, de manera que éste no pudiera ser opuesto a los terceros de buena fe mientras que la publicidad o inscripción en los oportunos Registros no se hubiera realizado (Registro civil, de la Propiedad, Mercantil, etc.); pero incluso cabría defender la ineficacia del divorcio por aplicación de la figura del negocio simulado o del hecho en fraude de terceros.

4.º La mayoría de los países atribuyen ese control a la **autoridad judicial** y por eso conciben el divorcio como una institución judicial. Hace falta un pronunciamiento judicial para que los cónyuges queden divorciados y el vínculo entre ellos disuelto. Constituyen una **excepción** a esta

regla general las legislaciones de Portugal y de Dinamarca, en las que el control y la decisión queda en manos de una **autoridad administrativa**. Se abre aquí una puerta a la posibilidad de que, por no estar ante actividades auténticamente jurisdiccionales, puedan ocuparse del divorcio, al menos en ciertos casos, otras autoridades.

5.º ¿A qué se extiende el control? En los divorcios consensuados debe controlarse:

- * La capacidad de los cónyuges.

- * La libre formación y exteriorización de su voluntad, no afectada por errores, maquinaciones insidiosas, amenazas o violencias de cualquier tipo. La suficiente madurez de los mismos, o sea, asegurarse de que conocen y quieren el contenido y el alcance de lo pactado por ellos.

- * La concurrencia de las causas legalmente previstas.

- * La existencia de pactos sobre un contenido mínimo legalmente previsto.

- * La legalidad de los acuerdos adoptados. Sobre la justicia y equidad de los pactos alcanzados sólo debe pronunciarse la autoridad competente cuando los mismos resulten ser gravemente perjudiciales y dañosos para los hijos. Es sumamente discutible y dudoso que deba extenderse también el control a los pactos que afecten a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Algún legislador los somete a tal control por si resultan gravemente dañosos para alguno de los cónyuges; no hay unanimidad en el tema; y creemos que el control debe desempeñarse con prudencia y moderación.

- * El cumplimiento de las formalidades legalmente previstas.

Deben tomarse las medidas adecuadas para comprobar y asegurarse de que ambos cónyuges están en plenitud de facultades mentales. Si carecen de éstas, no serán válidos ni eficaces los pactos que adopten. Además, debe comprobarse que los cónyuges saben, entienden y quieren lo acordado por ellos.

De exigirse por ley la concurrencia de una causa concreta para poder solicitar el divorcio, debe acreditarse su existencia. Son varias las legislaciones que se conforman con que concurra el consentimiento y voluntad de los cónyuges de quererse divorciar para que el divorcio pueda ser declarado; en cambio, hay otras que, además de esa voluntad, exigen otros requisitos, como por ejemplo, que lleven los cónyuges casados un cierto tiempo, o que tengan una mínima edad o que concurra una causa concreta. Dejando de lado las causas del denominado divorcio-sanción (básicamente comisión de delitos), la causa generalmente establecida es la ruptura de la comunidad matrimonial. No es uniforme el legislador de cada uno de los países que estudiamos a la hora de determinar los requi-

sitos conforme a los cuales podremos entender que ésta ha tenido lugar. Así, por ejemplo:

- * En el Derecho italiano se exige que haya habido una previa separación legal constatada judicialmente durante un plazo de tres años y con un intento de reconciliación de los cónyuges de por medio.

- * En el Derecho alemán y en el español se presume que la ruptura ha tenido lugar cuando los cónyuges llevan durante un plazo mínimo de tiempo (en Alemania de 1 año, en España de 2 años) separados de hecho (aunque sigan compartiendo el mismo domicilio).

Formalmente debe comprobarse que los pactos abarcan las cuestiones mínimas legalmente previstas y que revisten la forma exigida para su adopción.

Por último, debe controlarse igualmente que ninguno de los pactos sea contrario a la ley. Si hay hijos, debe salvaguardarse el interés de éstos, lo que exige ponderar sobre lo adecuado de las medidas adoptadas en relación con los mismos.

6.º ¿Cómo se extiende el control? Procedimiento de divorcio:

Veamos a grandes rasgos las principales directrices del procedimiento de divorcio en cada una de las diversas legislaciones (por orden alfabético):

ALEMANIA

En Alemania el procedimiento de divorcio es exclusivamente judicial. Finaliza con la sentencia judicial constitutiva del divorcio, que no precisa inscribirse en Registro alguno. La única causa de divorcio reconocida es la ruptura del matrimonio, que tiene lugar cuando la comunidad de vida no puede ni se espera que pueda ser restablecida. Se presume aquélla si los cónyuges llevan separados de hecho (no importa que sigan compartiendo vivienda si hay separación espiritual) al menos durante un año y ambos piden de común acuerdo el divorcio.

Se precisa la intervención de abogado, el juez puede recabar pruebas de oficio y tener en cuenta elementos y hechos no invocados por las partes.

Intervención notarial: el documento notarial es necesario para cualquier transmisión de inmuebles, así como para la inscripción en el Registro de la Propiedad; la sentencia judicial por sí sola no es título traslativo suficiente para que la propiedad pueda pasar de un cónyuge al otro. En la práctica la mayor parte de los divorcios consensuados son preparados mediante una escritura notarial en la que los cónyuges regulan las consecuencias de su divorcio (reparto de bienes, derecho de crédito que

surge fruto del régimen de participación en ganancias legal alemán, vivienda familiar, ajuar, pensión, alimentos, patria potestad, costes del divorcio, etc.).

AUSTRIA

El divorcio es declarado por el juez en un proceso no contencioso. Si hay acuerdo entre los cónyuges es preciso que el matrimonio se haya roto, bastando para ello con que lleven separados al menos medio año.

BÉLGICA

Si los cónyuges están de acuerdo en iniciar un proceso de divorcio, no necesitan invocar causa alguna, los motivos no importan. Para demandar el divorcio por consentimiento mutuo los cónyuges deben tener más de veinte años y haber estado casados durante al menos dos años. El proceso comienza con la presentación de una demanda conjunta de los cónyuges ante el Tribunal de Primera Instancia acompañada del convenio previamente adoptado entre ellos. Ambos cónyuges deben comparecer personalmente ante el presidente del tribunal (sólo en casos excepcionales se admite hacerlo por medio de apoderado, de uno provisto de poder, que no podrá ser otro que un abogado o un notario), no precisan hacerlo en compañía de un abogado o de un notario al existir ya un convenio previo.

Los cónyuges deben comparecer una segunda vez delante del tribunal. Éste puede oír a los hijos, si los hay, y puede recabar informes de consejeros sociales. El tribunal declara el divorcio y transcurrido el plazo legal para interponer recurso, el secretario del tribunal comunica el fallo de oficio al oficial del Estado civil del lugar donde se ha celebrado el matrimonio para que lo transcriba en los Registros. Sin tal transcripción en los Registros el proceso es nulo.

Intervención notarial: al igual que ocurre en Luxemburgo el notario puede intervenir en dos fases: en la fase previa al procedimiento judicial, pues el convenio que necesariamente ha de alcanzarse entre los cónyuges puede redactarse ante notario, incluso pueden encargar al notario que firme la demanda en su nombre. El notario se ha convertido en la práctica en un especialista en la redacción de estos convenios, y su intervención es indispensable cuando el convenio afecta a bienes inmuebles, pues los acuerdos concerniendo inmuebles no son oponibles sino cuando constan en documentos notarial, único que puede ser inscrito en el Registro inmobiliario competente (Bureau des Hypothèques).

Cuando hay inmuebles el notario envía a este Registro un extracto

del convenio. El notariado belga tiene, sin embargo, la buena costumbre, después de pronunciarse el fallo del divorcio, de autorizar un acta acreditativa de que todas las condiciones del divorcio se han cumplido (sentencia judicial y transcripción en el Registro del Estado civil) y de presentar el documento en la Conservaduría de Hipotecas. De esta manera es oponible frente a terceros toda transmisión o partición de propiedad, constitución o modificación de un derecho real. La transmisión de acciones de sociedades no requieren la intervención notarial. Los requirentes deberán hacer las menciones necesarias en los Registros de la sociedad o por el envío físico de los títulos. La transmisión de vehículos tiene lugar por la inscripción en la oficina de inmatriculación.

ESCOCIA

Un acta de 1976 regula el divorcio. Éste ha de ser pronunciado por el juez (según los casos, por la “Court of Session” o por la “Sheriff Court”). Los cónyuges están obligados a alegar y probar la existencia de una cualquiera de las cinco causas legales de divorcio que existen. Una de esas causas consiste en llevar los cónyuges separados de mutuo acuerdo por lo menos dos años. Uno alega y prueba la causa y el otro necesariamente ha de emitir una declaración expresa y explícita de consentir el divorcio. Se han hecho recientemente propuestas para modificar la actual normativa; como por ejemplo pedir la reducción del plazo de tiempo que deben llevar separados los cónyuges. Existe un procedimiento ordinario de divorcio y otro abreviado. Éste, que ahorra gastos y no precisa abogado, sólo es posible cuando se dan los siguientes requisitos: que la causa alegada sea una de las que exigen la separación previa de los cónyuges, que no esté entablada ninguna otra acción cuyo objeto sea poner fin al matrimonio, que no haya hijos del matrimonio menores de 16 años, que ninguna de las partes reclame a la otra prestaciones financieras, que ninguno de los cónyuges sufra desórdenes mentales. En el proceso, los hijos son consultados sobre los puntos que les conciernen. Contra el fallo judicial dictado en este proceso abreviado no cabe recurso alguno. Existe un Registro General en Edimburgo que contiene una lista del conjunto de acciones de divorcio emitidas en Escocia desde el 1 de mayo de 1984, del que se pueden solicitar y obtener extractos.

Intervención notarial: no se precisa.

ESPAÑA

En España el divorcio ha de ser declarado judicialmente. Aun estando los cónyuges de acuerdo en divorciarse, su sola voluntad no es sufi-

ciente sino que debe acreditarse que se ha producido una ruptura de la vida conyugal, lo que legalmente se presume si los cónyuges llevan separados de hecho durante un tiempo mínimo legalmente establecido. Los cónyuges han de presentar por escrito su demanda acompañada de una propuesta de convenio en la que se regulen las relaciones con los hijos (ejercicio de la patria potestad, guarda, visitas, compañía y comunicación, así como alimentos), la atribución de la vivienda y del ajuar, la contribución a las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico matrimonial, la fijación eventual de una pensión en favor de alguno de los cónyuges, etc. Los cónyuges han de ratificar su petición compareciendo en persona y por separado delante del juez, lo que pueden hacer asistidos de un único abogado o cada uno con el suyo propio. Si hay hijos menores o incapacitados el juez solicitará informe del Ministerio Fiscal acerca de las medidas propuestas en relación con los mismos, y en su caso les dará audiencia también. El juez ofrecerá a las partes la posibilidad de modificar tantas veces como sea preciso las medidas que él entienda que no pueden ser aprobadas. Finaliza el proceso con sentencia constitutiva del divorcio que ha de ser inscrita en el Registro Civil donde consta inscrito el matrimonio y, en su caso, el nacimiento de los hijos para que surta efectos frente a terceros. Una vez practicada la inscripción en el Registro Civil, dada la especialidad del tráfico jurídico, puede resultar conveniente, incluso necesario para que sea eficaz frente a terceros, realizar también la inscripción en el Registro de la Propiedad si el divorcio afecta a bienes inmuebles para que sea el mismo eficaz frente a los terceros adquirentes a título oneroso que confíen en ese Registro (tráfico inmobiliario), o en el Registro Mercantil, cuando alguno de los cónyuges sea empresario (tráfico mercantil). La sentencia judicial es por sí sola título directamente inscribible en los diferentes Registros.

Intervención notarial: en principio, no existe. Puede existir si se otorga poder especial para ratificar la demanda delante del juez cuando concurren circunstancias excepcionales que no permiten hacerlo personalmente. Puede también darse cuando la sentencia adolece de defectos que impiden o suspenden su inscripción en el Registro de la Propiedad, completando o subsanando aquélla la escritura pública. Otras veces los cónyuges antes de iniciar el divorcio acuerdan disolver su régimen económico matrimonial (que es diferente según la legislación vigente en cada territorio) y repartir entre ellos los bienes comunes acudiendo para ello al notario. Tales convenios suelen ser más amplios y comprenden también alguno de los puntos que han de constar necesariamente en la propuesta de convenio que ha de acompañar a la demanda de divorcio.

FRANCIA

Admite el divorcio de mutuo acuerdo, sin importar cuáles han sido sus causas o motivos *ni exigir una previa separación* de los cónyuges, ni una edad mínima para realizarlo. Sí requiere, en cambio, que lleven casados los esposos, al menos, seis meses.

A la demanda de divorcio de ambos cónyuges ha de acompañar un convenio temporal que regule los efectos del divorcio (guarda de los hijos, relaciones patrimoniales entre los cónyuges, etc.) hasta el pronunciamiento del divorcio. Este convenio ha de ser judicialmente homologado.

La parte del convenio que comprenda la liquidación patrimonial se hará ante notario si se refiere a inmuebles y a la transmisión de la propiedad. Las mutaciones jurídicas que afecten a derechos reales inmobiliarios estarán sujetas a la condición suspensiva de que se pronuncie efectivamente el divorcio.

La demanda de divorcio se presenta por uno o varios abogados ante el Juez de Asuntos Matrimoniales (Juge aux Affaires Matrimoniales). Los cónyuges comparecen ante el juez, que les oye. Después éste se pronuncia sobre las medidas provisionales de la convención temporal. El juez puede modificar tales medidas en interés de los hijos y exteriorizar, en su caso, sus reservas sobre la propuesta de convenio definitivo.

En un plazo de tres a nueve meses a partir de la primera ordenanza del juez la demanda tiene que ser renovada, si no caduca. A raíz de esta renovación de la demanda se rinde cuentas sobre la ejecución de las medidas provisionales y se reiteran éstas en el convenio definitivo con la consiguiente liquidación del régimen matrimonial. La sentencia judicial dictada por el Juez de Asuntos Familiares del Tribunal de Gran Instancia (Juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance), una vez firme y con fuerza de cosa juzgada, produce el divorcio, el cual no es eficaz frente a terceros sino desde que se extienda mención de él al margen del acta de nacimiento de los cónyuges, salvo que al contratar con los terceros se les hubiera advertido de la situación.

Como datos estadísticos de interés cabe reseñar los siguientes:

— El divorcio por consentimiento mutuo suele durar en Francia en torno a los nueve meses.

— Uno de cada tres divorcios tiene lugar en Francia entre parejas sin hijos.

— Un 42% de los divorcios en Francia han sido pedidos de forma conjunta.

Intervención notarial: existe cuando, fruto del convenio de divorcio, los cónyuges han de transmitirse inmuebles o constituyen, modifican o

extinguen derechos reales inmobiliarios, ya que entonces el acuerdo, al menos sobre esos puntos concretos, debe constar en documento notarial para su inscripción en la Conservaduría de Hipotecas (Conservation des Hypothèques). La inscripción no procederá hasta que el divorcio se haya declarado (a diferencia de Bélgica). En cualquier otro caso no se precisa la intervención notarial (acciones o participaciones de sociedades, bienes muebles, etc.).

GRECIA

El divorcio precisa de una declaración judicial. El artículo 1441 del Código civil admite el divorcio por consentimiento mutuo de los cónyuges si presentan una demanda conjunta una vez transcurrido el primer año de matrimonio, sin que precisen concretar los motivos que les ha llevado a ello. Se sigue un procedimiento no contencioso que obliga a los cónyuges a comparecer en dos ocasiones, en un intervalo de seis meses entre ambas, delante del juez, personalmente o por medio de apoderado especial (poder otorgado como máximo un mes antes de la audiencia), para ratificar el acuerdo. Se precisa la asistencia de abogado. Si hay hijos menores debe presentarse una regulación de las relaciones con los hijos que será fiscalizada por el juez, bajo el principio siempre del *favor filii*. Para que haya divorcio la decisión judicial tiene que ser publicada en los Registros de decisiones adoptadas en los procesos no contenciosos. La inscripción en el Registro civil sólo es necesaria para que el divorcio surta efectos frente a terceros. Para la disolución de los matrimonios religiosos la ley exige que después de la decisión judicial haya una “disolución espiritual” por la Iglesia del rito o la religión de los cónyuges.

Intervención notarial: en el proceso consensuado sólo interviene el notario para autorizar el poder otorgado para ratificar la demanda conjunta delante del juez. La sentencia judicial no es título traslativo de la propiedad de los bienes inmuebles, por lo que se precisa de un documento notarial otorgado a tal efecto, al igual que para la constitución de derechos reales sobre aquéllos, para la transmisión de acciones nominativas de sociedades anónimas que no cotizan en bolsa y para la participación en sociedades de responsabilidad limitada.

INGLATERRA Y PAÍS DE GALES

El divorcio está regulado en la Ley de 1973 (“Matrimonial Causes Act 1973” modificada en la “Matrimonial and Family Proceedings Act 1984”). El divorcio, que ha de ser declarado judicialmente, exige que se haya producido una ruptura irreversible del matrimonio. Ésta tiene lugar cuando

se da alguna de las cinco causas legalmente previstas (igual que en Escocia). Una de ellas es la separación durante dos años consentida por los cónyuges. Si hay consentimiento de los cónyuges para divorciarse puede seguirse un procedimiento especial (escrito, no oral). Las medidas que afectan a los hijos y a las finanzas se siguen por separado. Los acuerdos respecto de los hijos se ajustan a la "Children Act 1989" (basada en los siguientes principios: sólo habrá un pronunciamiento judicial cuando sea mejor que lo haya que que no lo haya, los plazos deberán ser abreviados al máximo, los hijos a ser posible permanecerán con sus familias naturales). En el juicio podrán emitirse las siguientes órdenes: las dirigidas a la persona con la que convivan los hijos fijándoles el derecho de visita y contacto, las que especifiquen con quién ha de vivir el hijo, las que establezcan determinadas prohibiciones, las que resuelvan problemas o cuestiones concretas (por ejemplo, educación de los hijos).

El pago de pensiones o prestaciones de un cónyuge al otro está sujeto a la Ley de 1973 antes mencionada. En ella se establecen ocho factores que deberán ser ponderados por el juez para decidir si procede el pago o no. Las partes no están obligadas a reclamar tales pagos. Esta cuestión no es preciso que se resuelva judicialmente, sino que se admite el acuerdo privado, puede incluso prescindirse de fijar pago alguno. Si se reclama el pago de pensión puede llegarse a acuerdos judicialmente a través de abogados que desemboquen en una orden judicial, o bien a desacuerdos en una vista oral. El tribunal responderá de que su orden sea eficaz y se cumpla. La mayor parte de las reclamaciones acaban en acuerdo.

Los alimentos para los hijos pueden ser resueltos tanto a través del Juzgado como a través de la Agencia de Apoyo al Niño (Child Support Agency). Si la madre tiene derecho a subsidios puede apelar a esta agencia para que determine el nivel de mantenimiento, si no tiene derecho se estará al acuerdo privado con el padre o a la orden judicial que lo disponga.

Está en vías de reforma la "Family Law Act" de 1996, estando prevista que la ruptura irreversible del matrimonio (precisa para que el divorcio tenga lugar) se derive del simple transcurso de un período de al menos de nueve meses de consideración y reflexión. Se tiende a reducir el control judicial sobre si los acuerdos financieros en caso de divorcio son o no satisfactorios.

IRLANDA

En Irlanda el divorcio está regulado en la "Family Law Act" de 1996. Admite el divorcio consensuado entre los cónyuges, exigiendo que las partes estén de acuerdo en cómo dividir sus propiedades y en cómo dis-

poner todo lo relativo a los hijos del matrimonio, pero además es preciso que vivan separados de hecho durante al menos cuatro años. Sólo entonces el juez podrá declarar el divorcio. En definitiva, parece exigirse que haya habido una ruptura de la vida matrimonial puesta de manifiesto a través de la separación de hecho durante un período continuado. Si esto se da, no será preciso que los cónyuges aleguen ni que el juez investigue sobre causa alguna que haya motivado el divorcio. Para solicitar el divorcio es lógico que el matrimonio tenga que haber durado al menos cuatro años (porque es el tiempo que deben llevar separados de hecho). No se exige ninguna edad mínima en los cónyuges para poder divorciarse. El proceso se inicia con una declaración verbal. Los cónyuges pueden comparecer en persona. No tienen necesariamente que estar representados por un jurista (lawyer). El juez declara el divorcio. El fallo judicial de divorcio no necesita ser publicado. El juez incide en las consecuencias del divorcio si no hay acuerdo entre los cónyuges, incluso si el acuerdo es manifiestamente injusto para una de las partes. Cualquier cambio en la propiedad se registra en el Registro de Propiedad (Land Registry).

Intervención notarial: no existe intervención alguna del “Notary Public”.

ITALIA

En Italia el procedimiento es exclusivamente judicial. En él se precisa inexcusablemente la asistencia de abogado y debe estar presente el Ministerio Público. Finaliza el proceso con la sentencia judicial, susceptible de recurso y de ser revisada en casación. Es por sí sola título ejecutivo, y debe inscribirse en el Registro del Estado civil para que surta efectos.

Si el proceso se sigue de mutuo acuerdo entre los cónyuges, por demanda conjunta o de uno pero con el consentimiento del otro, es competente el tribunal del lugar de residencia del uno o del otro cónyuge. El divorcio es consecuencia de haber sufrido una ruptura el matrimonio (es la causa del mismo). Atraviesa dos fases: una primera ante el presidente del tribunal con la que se quiere comprobar si es posible mantener o reconstituir la comunidad espiritual entre los cónyuges, para lo cual aquél intenta conciliar a las partes e informa sobre el por qué algún punto del acuerdo no podrá ser homologado, intentando que los cónyuges lo cambien; la segunda fase se desarrolla ante el tribunal constituido en cámara de consejo que es el encargado de homologar los acuerdos alcanzados. Para solicitar el divorcio es preciso que los cónyuges lleven separados legalmente al menos tres años de forma ininterrumpida. Es

ésta la causa normalmente esgrimida para divorciarse (en 1991 fue la causa del 98,6% de los divorcios). La separación legal, a su vez, puede estar basada en un acuerdo entre los cónyuges que es homologado judicialmente (supone el 85% de los casos) o en un pronunciamiento judicial sobre la inevitabilidad sobrevenida de la vida en común matrimonial. El proceso para la separación legal es similar al que acabamos de exponer para el divorcio. Para la homologación de la separación el tribunal no puede modificar la voluntad expresa de las partes, ni puede controlar los motivos de la separación ni su oportunidad. En cambio, puede rehusar la homologación si estima que el acuerdo contiene cláusulas contrarias al interés de los hijos.

Para divorciarse los cónyuges no precisan una especial capacidad ni una edad mínima.

Intervención notarial: hay un debate sobre la transmisión mobiliaria e inmobiliaria como consecuencia de una separación o de un divorcio. Se puede decir, sin embargo, que el documento notarial es el instrumento más conveniente para realizar las transmisiones previstas en la sentencia de divorcio o que sean consecuencia de éste.

LUXEMBURGO

Si hay voluntad común de los cónyuges de divorciarse el juez declarará el divorcio, independientemente de cuáles hayan sido los motivos que les hayan llevado a ello. No es preciso que exista una causa concreta ni que lleven separados previamente un determinado tiempo. En cambio, la ley sí exige que lleven dos años, como mínimo, de matrimonio y que cada cónyuge haya cumplido veintitrés años. Los cónyuges están obligados, si el divorcio es de mutuo acuerdo, a elaborar un convenio previo. Se personarán ambos, juntos y personalmente, sin precisar la asistencia de abogado ni de notario, delante del presidente del Tribunal civil de su demarcación y le expresarán su voluntad de divorciarse. Transcurridos seis meses exactos se presentarán de nuevo juntos y en persona y solicitarán cada uno por separado, en presencia del otro, la declaración de divorcio. El juez pasará el dossier al tribunal constituido en cámara de consejo el cual basándose en las conclusiones del procurador del Estado pronunciará el divorcio si se cumplen todos los requisitos legales. El pronunciamiento judicial se retrotraerá en sus efectos para los cónyuges al día en que hicieron la primera declaración delante del presidente del tribunal, si bien sólo será eficaz frente a terceros desde la fecha de la transcripción en el Registro del Estado civil. La declaración judicial no es por sí misma traslativa de la propiedad de los bienes, se precisará a tal efecto un documento notarial.

Intervención notarial: tendrá lugar en la fase previa. Antes de la introducción de la demanda de divorcio por consentimiento mutuo los cónyuges prepararán por medio de notario un contrato matrimonial acordando el régimen de separación de bienes con liquidación y partición de sus bienes comunes.

La convención previa prevista en el artículo 277 del Código civil puede extenderse en documento privado o bajo la forma de documento notarial.

A menudo los cónyuges encargan al notario la presentación de la demanda de divorcio ante el tribunal y el seguimiento del proceso.

Se constata que los cónyuges encomiendan cada vez con más frecuencia al notario que se encargue de todos los documentos y del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, sin pasar por la intervención de un abogado.

PAÍSES BAJOS

El procedimiento de divorcio tiene también lugar en los Países Bajos ante el juez (Tribunal de Gran Instancia). Es un procedimiento rápido y sencillo si hay acuerdo entre los cónyuges. Lo único que controla el tribunal son las medidas acordadas respecto de los hijos menores. Se precisa abogado, generalmente uno para cada parte. Se puede afirmar que estamos ante un divorcio consensuado, pues basta la petición conjunta de ambos cónyuges fundada sobre el juicio de ambos de que su matrimonio está desarticulado duraderamente. Se exige la ruptura del matrimonio, pero sin que el juez tenga que comprobar si es real cuando los cónyuges afirman que existe y solicitan conjuntamente el divorcio. El procedimiento es rápido y breve: los abogados presentan la demanda conjunta con la declaración eventual de los hijos menores.

El divorcio se declara por el tribunal, que sólo controla la situación de los hijos menores. La sentencia se inscribe en el Registro del Estado civil, a petición de las partes o de una de ellas. La petición de inscripción debe hacerse a lo sumo dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la resolución tiene fuerza de cosa juzgada pues si no la sentencia pierde su fuerza.

Intervención notarial: declarado el divorcio, la comunidad de bienes, que constituye el régimen económico matrimonial legal en defecto de pacto, queda disuelta, la liquidación y partición ha de hacerse por partes iguales (salvo que otra cosa se hubiera pactado). La transmisión eventual de inmuebles, acciones de SA o participaciones de SL ha de hacerse en documento notarial.

PORTUGAL

El divorcio puede tener lugar ante los tribunales o ante el oficial encargado del Registro del Estado civil (licenciado en derecho y con una rigurosa formación jurídica similar a la del notario). Esto último sólo en el caso de que los cónyuges no tengan hijos menores o, si tienen, de que la autoridad paterna esté ya judicialmente regulada. La atribución de la competencia al oficial del Registro del Estado civil se ha plasmado por Decreto-Ley n.º 163/95, del 13 de julio, con el objetivo de descongestionar los juzgados de la gran acumulación de estos procesos.

Intervención notarial: en la actualidad la mayor parte de las particiones de bienes de mutuo acuerdo entre cónyuges separados y divorciados se realiza en Portugal en documento notarial. Dicha partición notarial puede realizarse durante el proceso de divorcio, aunque queda sujeta a la condición suspensiva de que se declare definitivamente el divorcio.

SUIZA

El legislador suizo ha mantenido también en la última reforma el divorcio judicial como única vía procedimental, y ha descartado el divorcio puramente consensual y el divorcio ante una autoridad administrativa. Si los cónyuges están de acuerdo en divorciarse deben presentar una demanda conjunta más una propuesta de convenio con un contenido mínimo. Tras un breve período de meditación de dos meses han de confirmar su voluntad en presencia del juez. En caso de demanda unilateral, no basta la simple voluntad de quererse divorciar, sino que ha de concurrir alguna de las causas legalmente previstas (entre otras, llevar separados de hecho al menos cuatro años). Deben comparecer ellos mismos (no cabe apoderado), asistidos de un abogado común o cada uno del suyo propio. El juez oye también a los hijos menores, si los hay. La sentencia que dicta es título ejecutivo y traslativo de la propiedad de los bienes, sin que se precise el otorgamiento de documento notarial alguno. El juez comunica el divorcio y manda anotarlo en el Registro de la Propiedad y en el del Estado civil.

Para divorciarse no es preciso haber alcanzado ninguna edad mínima ni llevar un determinado plazo casados. Ahora bien, al margen de ciertas causas concretas, si se alega la ruptura de la vida conyugal y la separación de hecho existe, como es preciso que ésta dure ya cuatro años, será este plazo el mínimo que los cónyuges deberán llevar casados.

Intervención notarial: no existe. El convenio es elaborado, normalmente, por un abogado. La regla general, aplicable a todo el territorio nacional por ser derecho civil, y ser éste federal, es que no se precisa

el documento notarial para la transmisión de bienes como consecuencia del divorcio, la sentencia es título suficiente para inscribir directamente en el Registro de la Propiedad. Ello no obstante, por tratarse de una cuestión procedimental y ser ésta competencia de los distintos cantones, algunas legislaciones cantonales atribuyen ciertas competencias al notario para liquidar el régimen matrimonial como parte del proceso de divorcio.

7.º La circunstancia de que se exija el pronunciamiento de un juez o de alguna otra autoridad no quiere decir que no se reconozca ningún protagonismo a los propios cónyuges. Es preciso determinar el grado de intervención de la autonomía de la voluntad, o, lo que es lo mismo, resolver hasta qué punto pueden los cónyuges regular por sí mismos las relaciones entre ellos, las relaciones con los hijos y las que existen o surgen ex novo con los terceros. Dos grupos de legislaciones podemos distinguir:

A) Un primer grupo en las que para que el juez se pronuncie basta con que exista un acuerdo de los cónyuges de quererse divorciar, siendo indiferente la causa o motivo que inspiren esa decisión o voluntad. Es el caso de Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo y los Países Bajos.

B) Un segundo grupo en las que para que el juez se pronuncie no basta con que los cónyuges quieran divorciarse y estén de acuerdo en ello sino que generalmente se precisa la concurrencia de alguna que otra causa, generalmente una ruptura previa de la convivencia conyugal con el consiguiente quebranto de la comunidad matrimonial, debidamente constatada, unas veces, por la previa existencia de separación legal (Italia) o simplemente presumida como consecuencia de una previa separación de hecho (Alemania, Austria, Escocia, España, Inglaterra y País de Gales, Irlanda, Suiza).

ALEMANIA

En Alemania se reconoce cierto protagonismo a la autonomía de la voluntad y a los acuerdos entre los cónyuges. El acuerdo y la separación de hecho durante al menos un año permite presumir que el matrimonio se ha roto y es posible solicitar el divorcio. El acuerdo debe recoger la voluntad de romper el matrimonio y de solicitar ambos el divorcio, la regulación de sus consecuencias accesorias (autoridad parental, derecho de visitas de los hijos comunes menores, derecho de alimentos en favor de los hijos y de los cónyuges, vivienda familiar y ajuar).

Es posible pactar y excluir el derecho de crédito en el régimen económico matrimonial de participación en ganancias (Zugewinnsgemeinschaft), o fijar el valor de los respectivos patrimonios al comenzar aquel régimen, excluir algún bien del patrimonio a calcular, fijar un importe máximo por derecho de crédito derivado del régimen matrimonial. El acuerdo que afecte al derecho de crédito que derive del régimen matrimonial celebrado durante el divorcio debe constar bajo forma notarial y puede ser registrado por el tribunal.

Los pactos sobre el derecho de alimentos o la pensión alimenticia entre cónyuges no precisa revestir forma alguna, salvo que el divorcio sea por acuerdo en cuyo caso precisa la forma notarial para tener fuerza ejecutiva. Los cónyuges pueden pactar con libertad sobre aquélla: importe, duración, modalidades de pago, renuncia a ella.

Los pactos sobre la pensión compensatoria deben constar bajo forma notarial, serán nulos si durante el año siguiente a su adopción se pide el divorcio por sólo uno de los cónyuges. Pero durante el proceso de divorcio, y nunca antes de éste, los esposos pueden pactar bajo forma notarial sobre la compensación de los derechos de pensión.

Pueden pactar también sobre la pensión de jubilación o de invalidez.

AUSTRIA

Los cónyuges que están de acuerdo en divorciarse deben presentar un convenio en el que regulen las relaciones con los hijos (guarda, visita, alimentos, ...) y las relaciones patrimoniales entre sí (reparto del ajuar, de los ahorros, de la vivienda familiar, etc.).

BÉLGICA

A la demanda de divorcio por mutuo acuerdo han de acompañar los cónyuges su convenio previamente alcanzado entre ellos. El convenio puede constar en documento privado o en documento notarial. Sin embargo, si el convenio contiene reglas concernientes a inmuebles, el documento notarial es indispensable. El convenio debe necesariamente recoger un acuerdo sobre el tema del domicilio durante el procedimiento, la guardia de los hijos, la gestión de sus bienes, el derecho de visita, la contribución financiera a las cargas de educación de los hijos y la eventual pensión alimenticia entre los cónyuges. Además los cónyuges podrán pactar sobre otros asuntos, como la liquidación del régimen matrimonial, el reparto de bienes, los gastos fiscales.

El juez controla el cumplimiento de los requisitos legales formales y en cuanto al fondo únicamente el acuerdo que afecte a los hijos meno-

res; no se pronuncia sobre el resto de los acuerdos, que no pueden ser contrarios al orden público belga ni a las buenas costumbres y deben además respetar los intereses legítimos de los menores.

ESCOCIA

Los cónyuges que estén de acuerdo en divorciarse y lleven dos años, al menos, separados podrán convenir entre ellos lo que consideren conveniente. Sus acuerdos siempre estarán sujetos a la aprobación del juez que haya de declarar el divorcio. No hay que olvidar que para acudir al procedimiento abreviado especial de divorcio es preciso que se den determinadas condiciones: que no haya hijos menores de 16 años y que no se reclamen el uno al otro prestaciones financieras; esto incidirá en el contenido del convenio. En la preparación del convenio pueden las partes ser asesoradas por sus abogados (solicitors).

ESPAÑA

La Ley de 1981 privatizó en cierta medida esta materia al haber dotado de un mayor protagonismo a los cónyuges y obligarles, si están de acuerdo en divorciarse, a redactar una propuesta de convenio en la que regulen sus relaciones entre sí, con sus hijos y con los terceros, tanto los aspectos personales como los patrimoniales. El juez aprobará los acuerdos adoptados, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación de la aprobación ha de ser motivada y ha de permitir a los cónyuges presentar nuevos acuerdos. El control judicial es riguroso respecto de las medidas que afectan a los hijos, incluso se prevé el informe del Ministerio Fiscal si estos son menores o incapacitados. Informe que puede no haberse emitido en tiempo o ni siquiera existir y que no es vinculante para el juez. En cambio, el juez ha de ser más prudente cuando se trata de las medidas que afectan a los cónyuges pues sólo intervendrá, y así viene ocurriendo en la práctica, cuando les sean extremadamente perjudiciales.

FRANCIA

La legislación francesa admite el divorcio por mutuo acuerdo y obliga a los cónyuges a que celebren un convenio en el que pacten sobre determinadas cuestiones que afectan a su situación y a la de sus hijos durante el proceso de divorcio y después de él.

Dicho convenio acompañará a la demanda y habrá de ser homologado judicialmente. Esta homologación no será rechazada excepto si el con-

venio no preserva suficientemente los intereses de los hijos o los de uno de los cónyuges.

Las medidas adoptadas respecto de los hijos pueden ser revisadas en interés de los mismos si existen motivos graves. En cambio, las medidas referentes a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (prestación compensatoria, liquidación y partición de bienes) son definitivas y no pueden ser revisadas más que por un nuevo acuerdo entre ellos o por decisión judicial. Una revisión tal supone que el mantenimiento de las medidas originarias acarrearían consecuencias extraordinariamente graves para uno de los cónyuges.

GRECIA

Si hay acuerdo entre los cónyuges para divorciarse, se estará en principio a lo que ellos hayan decidido también sobre las consecuencias que hayan de derivarse del divorcio. Sólo si hay hijos menores, los pactos que tomen respecto de ellos serán objeto de control por parte del juez, por tratarse de una materia de orden público sobre la que los cónyuges no pueden libremente disponer. Presentarán junto con la demanda una propuesta que será examinada por el juez.

INGLATERRA Y PAÍS DE GALES

Los cónyuges deben y pueden celebrar cuantos acuerdos deseen. Éstos deberán luego ser homologados por el juez. Su régimen es similar al de Escocia e Irlanda.

IRLANDA

Los cónyuges deben adoptar acuerdos sobre todas las cuestiones referentes a sus relaciones entre sí y a las relaciones con los hijos. Al pronunciar el divorcio el juez estará homologando y validando tales acuerdos, aunque podrá rectificarlos si entiende que los mismos son manifiestamente injustos para una de las partes.

ITALIA

Son admisibles los pactos sobre aspectos patrimoniales y personales de las relaciones entre los cónyuges, así como sobre medidas referentes a los hijos, aunque siempre sometidos al control judicial. Por ejemplo, los cónyuges pueden acordar que la pensión se abone de una sola vez, si el tribunal verifica que la suma en que se han puesto de acuerdo es justa.

LUXEMBURGO

El divorcio de los cónyuges por mutuo acuerdo les obliga a presentar un convenio en el que harán un inventario y avalúo de sus bienes y regularán sus respectivos derechos, sobre los que libremente podrán disponer, acordarán la residencia de cada uno de ellos, fijarán las disposiciones que afecten a la administración de la persona y bienes de sus hijos menores, los alimentos y aportaciones a ellos debidas, los alimentos o pensión a satisfacerse entre los cónyuges, la liquidación del régimen matrimonial. El Tribunal de Menores podrá siempre, en beneficio de los hijos menores y una vez declarado el divorcio, modificar o completar las medidas de guarda adoptadas respecto de aquéllos.

PAÍSES BAJOS

Generalmente los abogados que intervienen en el proceso de divorcio redactan previamente un convenio en el que se acuerda la partición de los bienes, eventualmente se fija una pensión alimenticia (importe, duración, posible pacto de que no pueda ser modificada), puede también establecerse o excluirse la participación en las cantidades que tiene derecho a percibir uno de ellos por jubilación, y se regula la situación de los hijos menores.

El 2 de octubre de 1996 la Comisión De Ruiter formada por el Ministerio de Justicia ha propuesto permitir el divorcio sin intervención judicial en el caso de que los cónyuges estén de acuerdo en divorciarse y en las consecuencias de su divorcio. Bastaría un convenio escrito y firmado por los cónyuges y también, por lo menos, por un abogado o un notario, y presentado después al funcionario del Registro del Estado civil para su inscripción. Se pone énfasis en la función mediadora o de mediación.

PORTUGAL

(Pendiente de respuesta. El Decreto-Lei 163/95 de 13 de julio determina que el funcionario del Registro del Estado civil o “conservador do registro civil” es la persona competente, de forma paralela a los tribunales, para decretar el divorcio o la separación de personas y bienes por mutuo consentimiento si no hay hijos menores o, de haberlos, si el ejercicio del respectivo poder paternal está ya judicialmente regulado.)

SUIZA

Hemos visto antes cómo a la demanda conjunta de divorcio ha de acompañar un convenio recogiendo la voluntad de los cónyuges de divorciarse y las reglas que han de regir las consecuencias secundarias del divorcio (alimentos; vivienda; relaciones con los hijos: patria potestad, guarda, visita; partición de bienes; reparto de los derechos de jubilación).

Cualquier pacto entre los cónyuges será examinado por el juez. El grado de control depende de cuál sea el pacto. Por ejemplo, el que fije los alimentos o pensión de los hijos queda bajo la salvaguarda del orden público. En cambio, para partir los bienes y liquidar el régimen económico matrimonial gozan los cónyuges de plena libertad. No es posible renunciar sin más a la pensión de jubilación.

8.º También tienen interés dos cuestiones más:

A) La primera de Derecho Internacional Privado: saber qué ley es aplicable al divorcio cuando los cónyuges tienen distinta nacionalidad.

B) La segunda: conocer el tratamiento que en materia fiscal se da al divorcio por cada legislación nacional.

Trataremos ambas cuestiones desde la óptica de cada país, siguiendo un orden alfabético:

ALEMANIA

A) En el momento de presentación de la demanda de divorcio se aplica la ley nacional común de los cónyuges; a falta de ésta, la ley del Estado donde los esposos tienen su domicilio.

B) 1.– Impuesto sobre la renta.

Durante el matrimonio los cónyuges pueden decidir si pagan los impuestos conjuntamente o por separado. En general el pago de impuestos conjuntamente les es más favorable a causa de una tarifa reducida de impuestos para los cónyuges (Splittingtarif).

En el caso de vivir los cónyuges separados o estar ya divorciados pagan los impuestos por separado. La tarifa reducida (Splittingtarif) no les es ya aplicable.

La pensión alimenticia pagada después del divorcio al ex cónyuge es, con ciertas condiciones, un gasto deducible.

2.- Impuestos sobre transmisiones.

En general la disolución y liquidación del régimen matrimonial no está sujeta a impuesto alguno. Incluso si un inmueble común pasa a uno de los cónyuges esa transmisión no está sujeta al impuesto sobre transmisiones.

AUSTRIA

A) (no contestado)

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

Sólo son deducibles los gastos extraordinarios de mantenimiento que supongan para el beneficiario una carga no habitual (p. ej.: enfermedad).

2.- Impuesto sobre transmisiones.

La transmisión de bienes muebles no devenga impuesto alguno; la de inmuebles tributa al 2% de su valor o del de la contraprestación. Por la transmisión de inmuebles a uno de los cónyuges puede devengarse un impuesto por la ganancia especulativa (*Spekulationsgewinn*), excepto cuando se trata de la vivienda habitual o de edificaciones construidas por ellos mismos, siempre que el transmitente la haya utilizado como vivienda principal durante dos años desde su adquisición.

BÉLGICA

A) El procedimiento belga de divorcio por consentimiento mutuo es aplicable a los belgas o a los esposos, de los cuales uno es belga aunque la ley personal del otro no belga no admita el divorcio por mutuo consentimiento. Incluso si ninguno de los dos es belga es aplicable aquel procedimiento siempre que las leyes personales de ambos admitan el divorcio por mutuo consentimiento. También puede someterse el divorcio al procedimiento belga por aplicación de la *lex fori* como consecuencia de la remisión a ella de la ley personal de los cónyuges no belgas.

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

* Los cónyuges han de tributar por separado desde el 1 de enero del año siguiente a aquél en que tiene lugar la separación de hecho. La declaración del ejercicio en que la separación de hecho tiene lugar tienen que hacerla conjuntamente y responden solidariamente del pago.

* La pensión alimenticia que un cónyuge paga al otro es deducible para el que la paga hasta el 80% de sus ingresos sujetos y, correlativamente, ha de tributar por ella el que la recibe.

* La misma regla se aplica a la pensión de alimentos que se paga en

beneficio de los hijos, debiendo tributar éstos por ella si excede el mínimo exento.

2.- Impuesto sobre transmisiones.

Por regla general la disolución y liquidación del régimen matrimonial no tributa; si un inmueble común o en proindiviso pasa a uno de los cónyuges, se liquida al 1%; si un inmueble propiedad de un cónyuge se transmite al otro se tributa por transmisión onerosa al 12,5%; si un inmueble permanece en proindiviso entre los excónyuges, mientras permanezca así no hay nada por lo que tributar.

3.- Impuesto sobre el patrimonio.

No existe en Bélgica.

4.- Otros impuestos.

A ninguno le afecta el divorcio.

ESCOCIA

A) (pendiente de contestar)

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

Cada uno declara por separado tras el divorcio.

2.- Impuesto sobre el patrimonio o la riqueza.

No incide en él el divorcio.

3.- Impuestos locales.

El divorcio no incide en ellos.

ESPAÑA

A) ¿Cuándo es aplicable la Ley española? Dice el artículo 107 del Código civil: *“La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.”*

¿Cuándo son competentes los tribunales españoles? Dice el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio: *“En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: ... en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando*

ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; ...”.

¿Reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros? Dice al respecto el artículo 107.2 del Código civil que *“Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”* Esta última le dedica los artículos 951 a 958, que recogen el juicio de *exequatur*, siendo de ordinario la Sala Primera (o civil) del Tribunal Supremo la que se encarga de él, salvo que en los tratados vigentes se atribuya la competencia a algún otro tribunal concreto. Así pues, el reconocimiento de las sentencias extranjeras no es automático. Éstas han de ser homologadas. Para resolver el *exequatur* se estará en primer lugar a lo dispuesto en los tratados internacionales (art. 951 LEC); a falta de éstos, al principio de reciprocidad (art. 952); y en defecto de tratado, norma legal y precedente judicial, se estará al examen de la resolución por el Tribunal Supremo, generalmente, al efecto de comprobar si reúne las condiciones que exige el artículo 954 de la LEC (a saber: 1.º Que haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2.º Que no haya sido dictada en rebeldía; 3.º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España; y 4.º Que reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España). En el testimonio literal de la sentencia constará su firmeza, su legalización y, en su caso, su traducción. La sentencia será entonces inscribible en los Registros españoles.

A partir de 1 de enero de 2000 regirá una nueva LEC en España (Ley 1/2000, de 7 de enero); su artículo 523 dice que los títulos ejecutivos extranjeros tendrán fuerza ejecutiva en España según los tratados internacionales y el resto de disposiciones legales en materia de cooperación jurídica internacional. En todo caso, la ejecución de los títulos ejecutivos extranjeros en España se hará según aquella ley, salvo que los tratados internacionales en vigor en España determinen otra cosa.

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

* En el Impuesto sobre la *Renta de las Personas Físicas* expresamente dice el artículo 31.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, que no existe alteración en la composición del patrimonio (y por lo tanto no cabe computar como ganancias y pérdidas patrimoniales por las que hubiere que tributar): a) En los supuestos de división de la cosa común;

b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación; y c) En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros. Estos supuestos *no darán en ningún caso lugar a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos.*

* Sin embargo, según la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, que regula el Impuesto sobre la **Renta de los No Residentes** este precepto no rige para los no residentes en nuestro país (art. 23.4), por lo que ellos sí podrán experimentar una ganancia o una pérdida patrimonial como consecuencia de los negocios enumerados por la que deberán tributar al 35% (art. 24.1.f)). Por tal razón, les será también aplicable la regla del artículo 24.2 de esta última ley que establece que tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en territorio español por contribuyentes que actúen sin establecimiento permanente, el adquirente estará obligado a retener e ingresar el 5%, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquéllos. Esto *no será de aplicación* cuando el titular del inmueble transmitido fuese una persona física y, a 31 de diciembre de 1996, el inmueble hubiese permanecido en su patrimonio más de diez años, sin haber sido objeto de mejoras durante ese tiempo. Sin perjuicio de las sanciones correspondientes, si la retención o el ingreso a cuenta no se han efectuado, los bienes transmitidos quedarán afectos al pago del importe que resulte menor entre dicha retención o ingreso a cuenta y el impuesto correspondiente.

* Ninguna incidencia tiene el divorcio en relación con esta cuestión si los cónyuges ya tributaban durante el matrimonio por separado. En cambio, si tributaban conjuntamente, el divorcio para las declaraciones que se devenguen a partir de la reforma que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1999 no interrumpe el período impositivo en curso si se produce *antes del 31 de diciembre del año en cuestión* (art. 13 de la LIRPF). Normalmente tributarán en ese ejercicio por separado, aunque podría pensarse —especialmente para los casos en que se hayan divorciado de mutuo acuerdo— que los cónyuges puedan optar entre tributar individual o conjuntamente durante todo el año.

* En la declaración individual de la renta que haga cada cónyuge divorciado tendrá derecho a aplicar las deducciones familiares vigentes. Será preciso determinar quién tiene derecho a aplicar las deducciones familiares por hijos, si el que los tiene en su compañía, si el que abona alimentos, si ambos por partes iguales o a prorrata.

*** Si uno de los cónyuges está obligado a abonar al otro una pensión ¿cómo repercute el pago y el cobro, respectivamente, en cada una de sus respectivas declaraciones?**

Hasta el 31 de diciembre de 1991 las pensiones compensatorias entre cónyuges y las anualidades a satisfacer por alimentos minoraban los rendimientos de quien los satisfacía y constituían incrementos de patrimonio de quienes los percibían.

A partir del 1 de enero de 1992:

1) Las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos ***percibidas por personas distintas de los hijos del alimentista*** (deudor):

— Se consideran rendimientos del trabajo personal y, correlativamente, su importe se trata como reducción en la parte regular de la base imponible del obligado a satisfacerlas por decisión del juez.

— Según la DGT en resolución de 6 de junio de 1994 se equipara a las pensiones compensatorias el usufructo, la renta vitalicia o el capital en bienes o en dinero por el que se sustituye conforme al artículo 99 del Código civil.

— Cuando la compensación se haga mediante entrega de bienes muebles o inmuebles, el cónyuge que satisface la prestación debe computar las correspondientes ganancias o pérdidas patrimoniales.

— No se considera pensión compensatoria la cantidad mensual que un cónyuge satisfaga en concepto de cargas del matrimonio y alimentos ni la que abone para el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar (DGT 23-6-1997).

— El hecho de tener que pagar pensiones compensatorias a su excónyuge puede incidir también en el porcentaje que le tenga que ser retenido al pagador de los rendimientos que se le abonen.

2) En cambio, ***las pensiones y alimentos abonadas a los hijos*** no pueden ser reducidas de la base imponible del pagador ni constituyen renta de los hijos, por lo que no deben incluirla en su declaración de la renta.

2.- Impuesto sobre transmisiones.

* En el Impuesto sobre ***transmisiones patrimoniales*** y actos jurídicos documentados declara EXENTAS el artículo 45 I. B) 3. de la Ley las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales.

* **La transmisión a uno sólo de los cónyuges de un inmueble cualquiera o de la vivienda familiar o de acciones o participaciones o de bienes muebles que son comunes a ambos tributa de la siguiente manera:**

— Si el régimen económico matrimonial consiste en una sociedad conyugal hemos visto que la adjudicación y el reparto de bienes entre cónyuges está exento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales.

— Si el régimen económico matrimonial es de separación de bienes, no procede la anterior exención. Si el mismo se liquida y se hacen adjudicaciones a favor de uno sólo de los cónyuges de bienes pertenecientes a ambos en proindiviso en documento notarial sólo se tributará si se trata de inmuebles, y se hará por el valor global de los mismos al tipo del 0,50%.

*** La transmisión a uno sólo de los cónyuges de un inmueble o de la vivienda familiar o de los otros bienes arriba enumerados que es propiedad del otro:** si bienes exclusivamente de uno pasan al otro o a un tercero se liquidará por el valor del bien, por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas al tipo del 7% (los inmuebles), del 4% (los muebles), estando exenta la transmisión de acciones de SA o de participaciones de SL (salvo que se haya incurrido en las excepciones del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores). No hay que olvidar que en estos casos puede producirse también a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas una ganancia o una pérdida patrimonial.

Merece interés comentar alguna sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Una de 17 de julio de 1996 consideró exenta la adjudicación de un piso, bien privativo del marido, a la esposa como compensación de su contribución a las cargas del matrimonio mediante su trabajo para la casa pues la exención no distingue entre adjudicaciones de bienes privativos y no privativos, ni exige que exista constituido un patrimonio común.

Otra sentencia del mismo tribunal de 18 de noviembre de 1997 ha considerado que no hay que liquidar ni pagar impuestos por exceso de adjudicación si por ser esencialmente indivisible se adjudican piso y aparcamiento a un cónyuge y éste compensa al otro en metálico.

*** La constitución en favor de uno de los cónyuges de un derecho de usufructo, uso o habitación sobre un inmueble que continúa siendo común o que sigue siendo propiedad del otro.** La constitución a título oneroso de derechos reales sobre bienes inmuebles tributa al tipo del 7%.

3.— Impuesto sobre el patrimonio.

Regula este impuesto la Ley 19/ 1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio. Es un impuesto estrictamente individual. Se paga según la titularidad jurídica de los bienes de acuerdo con las normas civiles que regulan el régimen económico matrimonial. Los cónyuges divorciados deben declarar únicamente los bienes y derechos propios o las participaciones propias de los que tengan en común.

4.— Otros impuestos.

La Ley de Haciendas Locales en su artículo 106 declara exentos del Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (vulgarmente conocido como plusvalía) los incrementos de valor puesto de manifiesto a raíz de las transmisiones de bienes inmuebles

entre cónyuges o a favor de sus hijos por consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación matrimonial o divorcio, así como las adjudicaciones que se hagan a favor de los cónyuges y en pago de sus aportaciones a la sociedad conyugal y las que se les hagan en pago de sus haberes comunes.

FRANCIA

A) La ley francesa es aplicable al divorcio: 1) cuando ambos cónyuges son franceses, cualquiera que sea el lugar de su domicilio; 2) Cuando los cónyuges tienen su domicilio en territorio francés, cualquiera que sea su nacionalidad; 3) Cuando ninguna ley extranjera se reconozca competente, son entonces competentes los tribunales franceses para conocer del divorcio.

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

* La regla general es que los cónyuges tributan conjuntamente, cualquiera que sea su régimen matrimonial. Excepcionalmente son objeto de una imposición separada en tres casos (así: cuando presentan demanda de divorcio y se les autoriza a tener residencias separadas, o cuando tienen separación de bienes y no viven bajo el mismo techo, o cuando hay abandono del domicilio conyugal). Una vez divorciados cada uno hace su propia declaración. Por el ejercicio en que se pronuncia el divorcio hay que hacer tres declaraciones: una conjunta por el período transcurrido desde el 1 de enero hasta la fecha en que se declara el divorcio, y dos individuales desde tal fecha hasta la conclusión del período fiscal el 31 de diciembre de ese año.

* La pensión de alimentos pagada a los hijos por el que no tiene la carga es gasto deducible; su importe se suma a los ingresos del cónyuge acreedor.

2.- Impuesto sobre transmisiones.

* Derechos de inscripción: 500 francos;

* Derechos de partición de bienes comunes: 1% sobre el activo neto divisible;

* Si los bienes inmuebles no son comunes:

– derechos de partición del 1% sobre el activo neto deducida la compensación,

– derechos de venta por el montante de la compensación.

3.- Impuesto sobre el patrimonio (ISF o Impuesto de Solidaridad sobre la Fortuna).

Los casados, cualquiera que sea su régimen matrimonial tributan conjuntamente, los divorciados, lo hacen individualmente.

GRECIA

A) El divorcio se rige por la ley que regula las relaciones personales entre los esposos durante el comienzo del proceso de divorcio. Las relaciones personales entre los esposos se rigen: 1) por la ley de la última nacionalidad común de los esposos durante el matrimonio, mientras que al menos uno de ellos la mantenga; 2) por la ley de la última residencia habitual común (o simplemente residencia común) de los esposos durante su matrimonio; 3) por la ley a la que los cónyuges se hallen más íntimamente vinculados (en caso de que tengan varias nacionalidades).

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

* Una vez divorciados, cada cónyuge hace su propia declaración; durante el proceso de divorcio pueden seguir haciéndola conjuntamente o solicitar hacerla por separado previa aportación de ciertos justificantes.

* Desde la Ley 2065/1992 (ejercicio 1993) la pensión alimenticia de divorcio deja de poderse desgravar; no se tributa por la pensión de alimentos cobrada por los hijos menores; sí en cambio por la cobrada por el excónyuge.

2.- Impuesto sobre transmisiones.

Las transmisiones patrimoniales entre los excónyuges como consecuencia del divorcio devengan impuestos.

3.- Impuesto sobre el patrimonio.

Se paga un impuesto sobre la fortuna inmobiliaria a partir de una suma, que es distinta para los solteros que para los casados; cada cónyuge hace su declaración por separado; las autoridades locales también cobran un impuesto especial que grava la fortuna inmobiliaria.

INGLATERRA Y PAÍS DE GALES

A) ¿Cuál es la ley aplicable al divorcio cuando los cónyuges tienen diferente nacionalidad?

Los tribunales ingleses son competentes para el divorcio y la separación judicial, si, y sólo si, una u otra de las partes del matrimonio a) está domiciliada en Inglaterra en la fecha de asignación, b) ha sido residente de forma habitual en Inglaterra durante un período de un año transcurrido en tal fecha.

En un proceso de divorcio o separación judicial en Inglaterra el tribunal aplicará la ley inglesa.

Un divorcio obtenido en ultramar será reconocido en Inglaterra si, a) en la fecha de comienzo del proceso uno u otro de los cónyuges ha sido

residente de forma habitual en el país en el que el divorcio o la separación se han obtenido, o si b) uno u otro de los cónyuges ha estado domiciliado en ese país o tenía la nacionalidad de ese país.

B) 1.- Impuesto sobre la renta (Income Tax).

Una vez divorciados, cada cónyuge hace su declaración por separado. La pensión, que uno recibe y que otro paga, no incide en sus declaraciones, pues ni el que la recibe ha de tributar por ella ni el que la paga se la puede deducir.

2.- Impuesto sobre transmisiones (Capital Gains Tax).

No se pagan impuestos por la transmisión de bienes entre los excónyuges hechas durante el año fiscal en el que las partes se han separado. Transcurrido el mismo, sí se devengan, excepto para la que ha sido la vivienda matrimonial, que continúa exenta.

IRLANDA

A) Puede divorciarse en Irlanda conforme a la ley irlandesa cualquier persona casada residente en el país.

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

Tras el divorcio cada cónyuge tributa por su renta por separado.

2.- Transmisiones patrimoniales.

La transmisión de bienes o la constitución de derechos en favor de uno u otro cónyuge como consecuencia del divorcio no tributa.

3.- Impuesto sobre el patrimonio o la riqueza.

No se tributa.

4.- Otros impuestos.

El divorcio no incide en ellos.

ITALIA

A) Al divorcio se le aplica la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentar la demanda de divorcio; a falta de aquella, la ley del Estado donde esté principalmente localizada la vida matrimonial.

B) Según el artículo 19 de la Ley de 6 de marzo de 1987, n.º 74, "Todos los actos, documentos y medidas relativas al proceso de disolución de matrimonio o de cesación de efectos civiles, incluso los procesos ejecutivos y declarativos tendentes a obtener el pago o la revisión de la pensión alimenticia conforme a los artículos 5 y 6 de la Ley de 1 de

diciembre de 1970, n.º 829, están exentos del derecho de timbre, de impuestos de registro y de toda otra tasa”.

La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 154, dictada el 10 de mayo de 1999, ha declarado la inconstitucionalidad de la parte de la ley arriba mencionada que no extiende la exención en ella prevista a todos los actos, documentos y medidas relativas a las medidas de separación personal de los esposos. La sentencia declara además que todos los impuestos relativos a los actos, documentos y medidas referentes a las diferentes fases de la crisis del matrimonio deben beneficiarse de esta exención.

Por tanto, además de los derechos de timbre y los impuestos de inscripción, tal ventaja fiscal se extiende igualmente a los impuestos hipotecarios y de catastro, a las tasas sobre el incremento del valor de los inmuebles, sobre el valor añadido y a todo impuesto directo o indirecto relativo a los actos, documentos y medidas previamente citadas.

La sentencia del Tribunal Constitucional ha supuesto la derogación del artículo 8 letra f) de las tarifas que figuran en la primera parte anexa al texto único del impuesto de inscripción, Decreto del Presidente de la República de 26 de abril de 1986, n.º 131; no obstante se puede considerar un problema ya superado en lo que se refiere al divorcio dada la promulgación de la Ley 74/1987, artículo 19.

Las ventajas fiscales no deberán aplicarse únicamente a los documentos de la autoridad judicial, sino también a los documentos privados y notariales que resulten vinculados al proceso de separación o divorcio.

LUXEMBURGO

A) El divorcio se rige: por la ley nacional común de los cónyuges; y si tienen distinta nacionalidad, por la ley del domicilio real común; a falta de las anteriores conexiones, por la ley del foro.

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

* Rige la imposición fiscal colectiva de los cónyuges. Sólo escapan de ella una vez divorciados, y, también, antes, si obtienen una autorización de residencia separada (la da el presidente del tribunal civil o su delegado) una vez presentada la demanda de divorcio o de separación de cuerpos.

* La pensión de alimentos que paga un cónyuge al otro supone ingreso para el que la recibe y gasto fiscalmente deducible hasta un montante máximo anual de 768.000 francos luxemburgueses para el que la paga.

2.- Impuesto sobre transmisiones.

Las transmisiones inmobiliarias previas o consecuencia del divorcio por consentimiento mutuo están sometidas a las reglas generales; está, en cambio, exenta la transmisión de la vivienda familiar si se cumplen los requisitos legalmente previstos para la exención de derechos de mutación inmobiliaria.

PAÍSES BAJOS

A) La ley aplicable al divorcio viene determinada por el artículo 1 “Wet conflictenrecht echtscheiding”, de 25 de marzo de 1981, S. 166:

Su **párrafo 1** recoge la regla de conflicto con tres subreglas: el divorcio se somete a:

a. La ley de la nacionalidad común de los cónyuges, a falta de una nacionalidad común.

b. A la ley de su “residencia habitual”, a falta de una residencia habitual común.

c. A la ley holandesa.

Según el **párrafo 2** los cónyuges con una misma nacionalidad son considerados como de nacionalidad diferente si uno de ellos carece de un vínculo real con la patria. A estos cónyuges se les aplica la subregla b o c (en lugar de la a) si no optan por su ley nacional.

Párrafo 3. En caso de que uno de los cónyuges tenga doble nacionalidad, es determinante aquélla con la que tiene lazos más efectivos (la nacionalidad efectiva).

Los cónyuges tienen siempre la posibilidad de someterse a la ley holandesa (**párr. 4**).

B) 1.- Impuesto sobre la renta.

* Son considerados por separado desde que viven separados.

* La eventual pensión de alimentos que uno de los cónyuges paga al otro es considerada como ingreso del que la recibe y como gasto fiscalmente deducible del que la paga.

2.- Impuesto sobre transmisiones.

* La división de la comunidad no devenga impuestos.

* La transmisión de un bien inmueble de un cónyuge al otro tributa (en caso de un contrato matrimonial).

PORTUGAL

A) (pendiente de contestar)

B) (pendiente de contestar)

SUIZA

A) La ley suiza se aplica a los naturales suizos domiciliados en Suiza y en los casos previstos en los artículos 59 y siguientes de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado (o sea, se aplica por regla general el Derecho suizo; ahora bien, si los cónyuges tienen una nacionalidad extranjera común y sólo uno está domiciliado en Suiza, se aplica la ley nacional común, salvo que ésta no permita el divorcio o lo someta a condiciones extraordinariamente severas en cuyo caso se aplica la ley suiza si uno de los cónyuges es suizo o reside durante dos años en Suiza; por último, se aplica también la ley suiza cuando sea competente el tribunal suizo del lugar de origen [art. 60]).

B) Resulta difícil sintetizar esta materia, pues la legislación fiscal varía de un cantón al otro. El impuesto sobre la renta es, por un lado, un impuesto federal y, por otro lado, un impuesto regulado a nivel cantonal.

Veamos, por ejemplo, la situación en Neuchâtel:

1.- Impuesto sobre la renta.

* Una vez divorciados los cónyuges, cada uno hace su declaración por separado; durante el matrimonio sólo hacen una, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial. Cuando se separan, presentada la demanda, ya hace cada uno la suya.

* La pensión que uno paga al otro, en algunos cantones, se considera ingreso del que la recibe y gasto fiscalmente deducible del que la paga.

2.- Impuesto sobre transmisiones.

* La disolución del matrimonio con liquidación de bienes, incluso inmuebles, no devenga impuestos.

* La transmisión ordinaria entre cónyuges a consecuencia de la disolución del régimen matrimonial no devenga impuestos; tampoco, la constitución de derechos reales, como un usufructo o un derecho de habitación.

3.- Impuesto sobre el patrimonio o la fortuna.

Su regulación varía de un cantón al otro.

4.- Otros impuestos.

Ningún otro impuesto tiene incidencia sobre el divorcio.

Conclusiones

En materia de Derecho Internacional Privado merece tenerse en cuenta en la actualidad a nivel europeo el Acta del Consejo de 28 de mayo de 1998 (98/C 221/01) que establece la convención concerniente a

la “competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial” y el Acta del Consejo de igual fecha (98/C 221/03) que contiene el protocolo relativo a la interpretación por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas de aquella convención.

Extraigamos, a modo de resumen, algunas de las reglas que en ambos textos se contienen:

1.º La convención se aplica a los procedimientos civiles relativos a la disolución y a la “relajación” (*relâchement*) del vínculo matrimonial por divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio, así como también a los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad de los padres para con los hijos comunes de los cónyuges en el momento en que *presenta la acción matrimonial*. Sólo se puede determinar sobre esta responsabilidad si se ha interpuesto una demanda de divorcio, nulidad o separación de cuerpos.

2.º En materia de disolución o de “relajación” (*relâchement*) del vínculo matrimonial, son competentes las jurisdicciones del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- la última residencia habitual de los cónyuges, si uno de ellos sigue residiendo ahí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno u otro esposo, o
- la residencia habitual del demandante, si ha residido ahí durante al menos un año antes a la presentación de la demanda, o
- la residencia habitual del demandante, si ha residido ahí durante al menos seis meses antes de la presentación de la demanda y es nacional del Estado miembro o si tiene en él su domicilio.

Pueden presentar también la demanda uno u otro de los cónyuges ante la jurisdicción de su país si tienen la misma nacionalidad aunque ninguno tengan en él su residencia. Para el Reino Unido e Irlanda la noción de nacionalidad ha sido sustituida por la de domicilio.

Para resolver sobre la responsabilidad parental es competente la misma jurisdicción que entienda del divorcio, nulidad del matrimonio o la separación de cuerpos, si el hijo tiene en ese Estado miembro su residencia habitual. También es competente esa misma jurisdicción si el hijo tiene su residencia habitual en un Estado miembro, si al menos uno de los cónyuges ejerce la responsabilidad parental al cuidado de ese hijo, si tal competencia es aceptada por ambos cónyuges y si es por el interés superior del hijo.

3.º La convención entrará en vigor cuando sea ratificada por los quince Estados miembros; el protocolo entrará en vigor, nunca antes que la Convención, y sólo cuando haya sido adoptado por tres de dichos Estados.

4.º Se reconoce la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para interpretar las disposiciones del convenio y las del propio protocolo. Cada Estado miembro al ratificar debe especificar los órganos jurisdiccionales de su país que son competentes para solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie a título prejudicial sobre una cuestión de interpretación. Dos sistemas se admiten: atribuir competencias sólo a los más altos órganos jurisdiccionales de cada país (se enumeran en el protocolo los de cada uno) o permitir que sean competentes también los demás órganos jurisdiccionales cuando deban resolver en apelación.

5.º En la convención se asimilan a los procedimientos judiciales **los otros procedimientos oficialmente reconocidos en un Estado miembro**. El término jurisdicción engloba todas las autoridades competentes de los Estados miembros en la materia.

6.º Las decisiones adoptadas en la materia que nos ocupa serán reconocidas y ejecutadas en los otros Estados miembros por procedimientos simples y rápidos. Sólo en casos excepcionales se denegará el reconocimiento y la ejecución.

En materia fiscal deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1) Incidencia del divorcio en la impuestos directos:

A) Impuesto sobre la renta.

Es lógico que los cónyuges, una vez divorciados, tributen cada uno por separado por los respectivos ingresos que obtengan. El divorcio rompe el vínculo que hasta ese momento une a los cónyuges. Para algunas legislaciones la posibilidad de tributar por separado no surge con el divorcio sino ya antes desde el momento en que deja de haber una comunidad de vida (en algunos casos basta con una simple separación de hecho, en otros se exige una autorización expresa). Diverge de una legislación a otra la regulación de la declaración fiscal correspondiente al ejercicio en que el divorcio tiene lugar: en ocasiones se interrumpe el período y se obliga o se permite liquidar conjuntamente por el tiempo

transcurrido desde el comienzo del año hasta la fecha del divorcio y se impone a partir de ese momento y hasta la conclusión del ejercicio social una declaración separada para cada cónyuge; en otros casos, sin embargo, se mantiene la liquidación conjunta durante ese ejercicio y sólo se impone la separada a partir del 1 de enero siguiente.

Otra cuestión a concretar es el tratamiento que merecen las pensiones que abona un cónyuge al otro. Generalmente se admite que sean gasto fiscalmente deducible para el que la paga e ingreso tributable para el que la recibe, aunque no todas las legislaciones dan este tratamiento. Respecto a los alimentos que se abonan a los hijos el régimen fiscal tampoco es uniforme: en unos casos es totalmente deducible, en otros no lo es en absoluto, y en otros sólo cuando de gastos extraordinarios se trata. Quizás para resolver la cuestión sería conveniente pensar en el trato fiscal que se da a los alimentos que pagan los padres cuando el matrimonio no ha entrado en un estado de crisis, para aplicarles entonces un régimen similar.

B) Impuesto sobre el patrimonio o sobre la fortuna.

Cada excónyuge paga por lo suyo; el divorcio opera como detonante para que se aplique esta regla en los casos en que la liquidación de este patrimonio es colectiva. No en todas las legislaciones existe este impuesto.

2) Incidencia del divorcio en los impuestos indirectos:

A) Impuesto sobre transmisiones.

Tampoco aquí es uniforme el tratamiento fiscal, difiere la solución de una legislación a otra (distintos hechos imponibles, diferentes bases imponibles, tipos fiscales no uniformes).

B) Otros impuestos.

El divorcio no suele devengar impuestos distintos de los que acabamos de contemplar.

II. Propuesta de trabajo: estudio de *lege ferenda*

Hasta aquí hemos tratado del “divorcio amistoso” desde la perspectiva del Derecho positivo actualmente vigente en cada uno de los países de los que hemos obtenido información. Nos corresponde a continuación examinar si sería factible variar su actual tratamiento jurídico para, al menos en cierta medida, “desjudicializarlo”.

Las actuales legislaciones permiten a los cónyuges cierto grado de libertad para alcanzar acuerdos a la hora de divorciarse o separarse. Sin embargo, el legislador no acaba de depositar toda su confianza en la capacidad de los cónyuges para autorregular sus propias relaciones en una situación de crisis matrimonial, de manera que somete la apreciación de la existencia misma de la causa del divorcio y los acuerdos alcanzados entre los cónyuges a la fiscalización de una autoridad, que si bien en la mayoría de países es judicial, en algunos es administrativa. Con tales controles pretende el legislador asegurarse:

1.º De que *efectivamente hay motivos* para decretar el divorcio (no basta la simple voluntad de los cónyuges de quererse divorciar).

2.º De que los cónyuges *verdaderamente quieren* el divorcio, y de que no estamos ante una simple voluntad caprichosa, precipitada, poco meditada.

3.º Y de que se *protegen* debidamente *todos los intereses* en juego (sometiendo los acuerdos alcanzados a un doble control de legalidad y de justicia o equidad).

En efecto, es tal la importancia que el legislador atribuye a la ruptura definitiva del matrimonio que no admite que éste se produzca por la sola voluntad de los cónyuges. Quiere el legislador que se compruebe que de verdad concurren las tres circunstancias que acabamos de reseñar. Se impone para ello un control que, en ocasiones, puede sobrar, ya que ante una situación irreversible de crisis matrimonial hay cónyuges que son lo suficientemente maduros, juiciosos, y a veces también desinteresados, para regular y pactar, por sí solos y de una manera equitativa y justa para todos los implicados, las consecuencias de su divorcio. En tales casos, carecerán de sentido, por innecesarios y superfluos, los especiales mecanismos de control legalmente previstos. No obstante, el legislador no puede legislar pensando exclusivamente en estos casos, sino que ha de dar un tratamiento jurídico unitario al divorcio amistoso y prever los instrumentos que permitan decretar y reconocer el divorcio, sólo cuando efectivamente haya una ruptura del matrimonio, los cónyuges quieran romper sus relaciones y hayan alcanzado acuerdos reguladores de las mismas que preserven todos los intereses en juego.

El control de la Administración no puede faltar, si bien es verdad que en unos casos se prestará con mayor intensidad que en otros según los factores que concurren; factores de índole diversa, como son el grado de madurez y el nivel intelectual de los cónyuges, el asesoramiento de que dispongan, el nivel de relación entre los mismos, la existencia o no de descendencia común, el tipo de relaciones (personales o patrimoniales) a las que afecte, etc.

Además, el control se verá enormemente simplificado si se adoptan por parte del legislador las medidas oportunas que permitan a los cónyuges alcanzar más fácilmente acuerdos. Cuanto menor sea el número de cuestiones controvertidas, cuanto mayor información tengan los cónyuges, más fácil les resultará alcanzar un convenio. Es, pues, acertada, en mi opinión, la política legislativa que busca potenciar medidas encaminadas a facilitar la formación de la voluntad de los cónyuges, relegando a un segundo plano aquellas otras cuyo único objetivo consiste en fiscalizar los acuerdos ya adoptados previamente.

Hemos visto en este mismo trabajo como, por regla general, se suele atribuir el control del que hablamos a los jueces. Sólo en contadas excepciones se confían estas competencias a otros órganos de la Administración. En mi opinión al judicializar esta materia se le está dando un viso de litigiosidad y conflictividad que no siempre existe. Desde luego no en el caso que nos ocupa, que parte precisamente de un total acuerdo amistoso entre los cónyuges sobre cómo regular las consecuencias de su divorcio. Las estadísticas nos muestran que en España –y presumo que ésta es la situación en los restantes países de la Unión Europea, en particular, y de toda Europa en general– la mayor parte de divorcios se han resuelto de forma consensuada.

En definitiva, sustentaremos la base del presente estudio sobre dos pilares básicos, que en nuestra opinión deberían inspirar toda regulación positiva del divorcio amistoso; a saber:

1.º Potenciación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, facilitando su formación y liberándola, en ciertos casos, de todo control.

2.º Mantenimiento de la sumisión de esa voluntad común en parte a **controles**, simultáneos o posteriores al momento de su formación, pero que no necesariamente han de descansar en manos del poder judicial, por lo que se defenderá la **“desjudicialización del divorcio amistoso”**.

Examinemos cada uno de estos pilares.

¿Cuáles son las razones y la forma de potenciar la **autonomía de la voluntad**? Debemos reconocer que son los cónyuges quienes mejor van a poder resolver la situación de crisis por la que atraviesa su matrimonio. Ellos conocen las causas de la crisis y son los que mejor pueden mostrar generosidad y flexibilidad para dar solución a las dificultades que se planteen.

Por tal razón, creemos conveniente que sean los propios cónyuges los que en primer lugar traten de dirimir las resultas de su crisis matrimonial. Sólo ellos conocen verdaderamente los motivos que les han llevado

a tal situación y sólo ellos pueden, con mejor conocimiento de causa, darle la solución más satisfactoria y justa, tanto por lo que a ellos respecta, como por lo que a sus hijos comunes, si los hay, se refiere. Admitido esto, es necesario que se **acentúe en los procesos de divorcio** (también, en su caso, en los de separación) **el protagonismo de los cónyuges** (y, si es preciso, el de los hijos), reforzando el principio de la autonomía de la voluntad y mitigando los controles actualmente aplicables a ésta. ¡Quiénes mejor que los propios cónyuges para decidir si quieren o no divorciarse (o separarse), para valorar el grado de irremediabilidad de su crisis y para establecer los criterios que han de regir sus futuras relaciones y las que hayan de mantener con sus hijos! Si los cónyuges han decidido de forma irrevocable poner fin a su vida en común y saben como regular su nueva situación y logran alcanzar un acuerdo de forma amistosa, ¿no es más plausible defender que sea su voluntad la que prevalezca?

Al dotar de mayor protagonismo a los cónyuges se alcanzarán diversos objetivos:

1.º Que sea más fácil conseguir una solución que les agrade.

2.º Una simplificación del proceso y una más rápida obtención del divorcio (o de la separación), por ejemplo, al poder reducir el tiempo que necesitan los cónyuges llevar separados para poder solicitar el divorcio.

3.º Un menor coste económico-personal-psicológico-social, lo que redundará con seguridad en que disminuyan las situaciones de roce, las discrepancias, y, en general, las tensiones entre los cónyuges.

4.º Que haya una mejor predisposición al cumplimiento futuro de los convenios alcanzados.

5.º Que se imbuya una mayor estabilidad y normalidad a las relaciones que en el futuro habrán de mantener los cónyuges entre sí y con sus hijos comunes, lo que redundará en beneficio especialmente de éstos cuando tengan que compartir estancias con sus progenitores o cuando deba ejercitarse la patria potestad.

Ahora bien, la única voluntad de divorciarse que es susceptible de ser potenciada y reconocida es la real y verdadera, que busca poner fin a una definitiva e irremediable crisis matrimonial. Ha de haber, pues, una verdadera voluntad de divorciarse, cualquiera que sea la causa que haya llevado a los cónyuges a quererse divorciar. Basta con que ellos de una manera voluntaria, consciente, racional, no caprichosa, deseen poner fin a su vida matrimonial y asuman, por conocerlas, y planifiquen las consecuencias que para ellos y sus hijos se van a derivar de su decisión.

Así pues, para que podamos hablar de un verdadero divorcio amistoso resulta imprescindible que haya en primer lugar una voluntad común de divorciarse y en segundo lugar una voluntad, también común, de regular las consecuencias del divorcio.

La voluntad de quererse divorciar ha de ser verdadera (no simulada ni fraudulenta), seria, meditada, conocedora de su trascendencia, libremente formada y exteriorizada de forma indubitada.

Verdadera, seria, meditada: es preciso asegurarse de que estamos ante una verdadera voluntad de quererse divorciar, de romper definitivamente el matrimonio, de que el fin que se persigue no es el fraude de ley, y de que no estamos ante una decisión poco meditada, caprichosa, irresponsable y precipitada, a un enfado pasajero que provoca una situación irremediable. Si no fuese así, estaríamos abriendo una fuga de agua que atentaría contra la seriedad e importancia propias de la institución del matrimonio. Al legislador no debería preocuparle la causa que haya conducido a una decisión así, sino tan sólo asegurarse de que la crisis existe y de que es irremediable, lo que se presume si la misma ha persistido durante un tiempo mínimo, lo que hace suponer que los cónyuges han valorado entretanto las consecuencias del divorcio, lo quieren y están dispuestos a consumarlo. Esta es la razón por la que el legislador suele exigir que los cónyuges lleven separados de hecho durante un tiempo mínimo, el cual difiere de una legislación a otra. Las últimas reformas legislativas tienden a reducir el tiempo previo que han de llevar los cónyuges separados para que puedan solicitar el divorcio, siempre que lo soliciten de mutuo acuerdo. Así, por ejemplo, en Dinamarca se ha reducido el tiempo de doce a seis meses, y en Inglaterra y País de Gales de cinco a dos años.

Libre: la decisión de divorciarse debe ser libre; debe tomarse una vez que los cónyuges han sopesado las consecuencias de su ruptura matrimonial. A esta idea responde la exigencia de algunas de las actuales legislaciones de que comparezcan los cónyuges ante la autoridad competente para que ésta se cerciore de que ambos gozan de suficiente capacidad para tomar una decisión tan trascendente y de que efectivamente su voluntad se ha formado libremente, sin ningún tipo de chantajes ni coacciones, y de que no han sido utilizados los hijos como moneda de cambio o como instrumento de presión. Si el divorcio es amistoso las últimas reformas legislativas tienden a simplificar el procedimiento de divorcio, por ejemplo, reduciendo el número de comparecencias necesarias delante de la autoridad competente (en Bélgica se han limitado a dos en un intervalo de tres meses en lugar de tres comparecencias en seis meses), o se ha establecido un procedimiento escrito y sumario (es el caso de Noruega y Suecia), o se ha acortado la fase de conciliación (en Italia).

Consciente: los cónyuges han de haber tomado la decisión de divorciarse después de haber sopesado debidamente sus consecuencias. Por esta razón requiere a veces el legislador que se haya prestado el debido asesoramiento, y exige la presentación de la solicitud y/o del convenio por medio de juristas.

Exteriorizada: la voluntad de divorciarse no puede permanecer en la esfera interna de las relaciones entre los cónyuges. El divorcio exige una declaración solemne de ruptura del matrimonio con trascendencia para los cónyuges, sus hijos y los terceros que se relacionan con aquéllos.

Pero además de la voluntad común de quererse divorciar debe haber *acuerdo de los cónyuges sobre las consecuencias del divorcio, sobre lo que éste supone para ellos, sus hijos y los terceros*. El contenido de este acuerdo o convenio no puede quedar al libre albedrío de los cónyuges, dados los intereses que hay en juego. Generalmente el legislador promueve que sean los cónyuges los que alcancen el acuerdo para someterlo posteriormente al control de la autoridad competente (por regla general el juez) para que ésta decida si aquél es respetuoso con los intereses de los hijos menores y, a veces también, para evitar que sea gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges.

Vemos, pues, cómo para que podamos hablar de un divorcio amistoso hace falta que haya lo que hemos llamado una verdadera voluntad de los cónyuges de querer poner fin de manera definitiva a su vida matrimonial y un acuerdo de los mismos sobre las consecuencias de esta nueva situación.

El Estado ante esta situación puede adoptar diferentes posiciones. Puede permanecer impasible y esperar sin más a que los cónyuges alcancen, si es posible, un convenio. O puede, en cambio, poner a disposición de los cónyuges una serie de instrumentos que les faciliten el poder alcanzar acuerdos entre ellos. Todo ello con independencia de que *a posteriori* someta los acuerdos alcanzados a un control, más o menos férreo, según el criterio de cada legislador nacional. Hacemos aquí referencia a las dos cuestiones a las que hemos aludido anteriormente como posibles vías para potenciar y fortalecer el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la materia que nos ocupa; a saber: facilitar la formación de esa voluntad común y restringir los controles a que la misma haya de quedar sometida.

En nuestra opinión la actuación correcta del Estado es la que fomenta y facilita que los cónyuges que quieren divorciarse alcancen acuerdos. Estamos convencidos de que facilitando los mecanismos oportunos resultará más fácil, rápida y barata la adopción de acuerdos y convenios de

divorcio, y se evitará el surgimiento de tensiones, reproches, erróneos asesoramientos que conducen con frecuencia a la imposibilidad de obtener acuerdos y a un enrarecimiento de las relaciones de los cónyuges entre sí, con sus hijos y con las familias del excónyuge.

Una vía para fomentar y facilitar los convenios de divorcio es la creación de institutos de mediación y conciliación, a los que los cónyuges afectados puedan acudir cuando la crisis no es todavía irreparable; en tales centros les pueden asesorar personas familiarizadas con su problemática, verdaderos expertos, que les informan sobre cuestiones jurídicas, sociales y psicológicas, previniendo sobre las medidas a adoptar que sean de mayor provecho tanto para los cónyuges como también para los propios hijos, y en los que se tratan de conciliar intereses y de buscar soluciones satisfactorias para todos y no sólo para alguno de los afectados, se persigue tutelar intereses colectivos (de la familia) y no los meramente individuales o particulares.

Es cierto que actualmente en nuestra sociedad los ciudadanos están mejor informados, pueden hacer valer mejor sus derechos y pueden tomar decisiones trascendentes con mayor libertad, fruto de su mejor información. Ello no obstante, son de gran importancia los centros de mediación a los que libremente pueden los cónyuges acudir, dependientes de los departamentos de justicia y asuntos sociales de cada país, en los que sin coste alguno y por profesionales debidamente remunerados se les permite formar de un modo rápido y seguro su voluntad sobre lo que puede resultar más útil y ventajoso para todos los miembros de la familia afectados por la crisis que padece el matrimonio. La asistencia a tales centros constituirá tan solo una posibilidad, de la que se podrá hacer uso o no en función de las necesidades de cada pareja y familia.

La realidad nos demuestra que cuanto más rápida y sencilla sea la adopción de acuerdos en caso de divorcio mejor desenvolvimiento tendrán las futuras relaciones entre los cónyuges y sus hijos. Un proceso largo, conflictivo y costoso dificulta los acuerdos y puede dejar abiertas heridas difíciles de cicatrizar.

Conocemos algunos países en que tales centros de mediación existen ya. Así, en Inglaterra y País de Gales los cónyuges son informados de la posibilidad de acudir a la mediación o a los servicios de un consejo conyugal, quedando los abogados como el último recurso. En Suecia los municipios han de tener a disposición de los cónyuges un servicio de mediación gratuito. En Noruega la mediación es obligatoria si hay hijos menores de dieciséis años.

La potenciación de la mediación está tomando cuerpo en España, y más concretamente en Cataluña. Para facilitar la formación de la volun-

tad de los cónyuges que quieren divorciarse se halla en curso en Cataluña el **proyecto de Ley de Mediación Familiar**.

Semejante proyecto (previsto ya en el art. 79.2 y en la Disposición Final Tercera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia) se inspira, como antecedentes, en la normativa y experiencia de países como los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Alemania y Francia, y supone un firme reconocimiento de la autonormación de intereses y de la autonomía de la voluntad. Se quiere que sean los propios cónyuges los que lleven la iniciativa sobre su separación y divorcio y que sean ellos los autores de los acuerdos que alcancen. Para lograrlo, es necesario ponerles en contacto o facilitarles la colaboración de unas personas que les informen, que les asesoren, tanto desde un punto de vista psicológico, como social y jurídico.

La institución ideada por el legislador para facilitar que los cónyuges puedan alcanzar tales acuerdos fuera de la esfera judicial es el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, entidad, como dice el artículo 1 del proyecto, sin personalidad jurídica propia, adscrita al Departamento de Justicia de la Generalitat que aspira a servir de soporte a la familia en las situaciones conflictivas que le afecten, evitando procedimientos judiciales contenciosos o poniendo fin a los existentes. El proyecto especifica las funciones del Centro en su artículo 2, atribuyéndole incluso la de poder designar a la persona mediadora cuando no lo hagan las partes; naturalmente, sólo cuando los cónyuges estén conformes en acudir a la mediación y les resulte indiferente la persona que haya de encargarse de la misma. El Centro dispondrá de un buen número de personas a los que se les pueda encomendar la mediación, los elegirá y formará, les dotará de los medios necesarios e imbuirá el espíritu de lo que debe ser una adecuada y correcta mediación, que siempre, según el legislador, deberá ser:

— Voluntaria (art. 9): los cónyuges serán libres de quererla, así como de desistir de ella en cualquier momento; para acudir a ella habrán de aceptar las disposiciones y el proceso de tramitación previsto en el proyecto de ley; si se han iniciado actuaciones judiciales habrán de quedar en suspenso por voluntad de ambos cónyuges; deberán estar de acuerdo en la persona que se designe como mediador, y, si no lo estuvieran, en que la designación se haga por el Centro.

— Imparcial (art. 10).

— Discreta, confidencial, sin afán de protagonismo por parte del mediador; el cual no podrá ser testigo. Se libra del deber de secreto al mediador si la información obtenida por él no es personal y se utiliza para fines de formación y estudio, o si aquella comporta una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

— Profesional: desarrollada por un licenciado o diplomado en derecho, psicología, trabajo social, educación social o en aquellos otros estudios universitarios que se determinen reglamentariamente, pero sin que baste el título, sino que deberán contar además con experiencia profesional y con una determinada formación específica, cuyo grado se concretará reglamentariamente (art. 5); pueden recabar el asesoramiento o la asistencia del Centro si se requieren conocimientos especializados (art. 12). Creemos que será imprescindible que el mediador tenga conocimientos jurídicos, aunque necesite contar, desde luego, con asesoramiento de expertos en temas de psicología y sociología.

— Directa (art. 139) y personalísima: ha de prestarse a los propios cónyuges, sin que pueda serlo a sus apoderados, representantes o intermediarios; además la mediación no puede delegarse en terceros.

— Total: podrá comprender todo el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y de sus hijos; aunque podrá también ser parcial (art. 8), es decir, ceñirse a sólo ciertos aspectos. Las materias pactadas habrán de ser naturalmente de Derecho dispositivo. Además los acuerdos habrán de dar primacía al interés superior y al bienestar de los hijos, buscando la mejor solución para la guarda y custodia de los hijos y para el ejercicio del derecho de visita.

— Gratuita, para el que tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 7).

¿Quiénes pueden acudir a la mediación familiar según el proyecto de Ley de Cataluña? Además de las personas que formen una unión estable de pareja sujetas a la Ley 10/1998, de 15 de julio, y las que formen una pareja no sujeta a tal ley o las que no convivan para resolver los problemas que surjan en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes, las personas unidas por vínculo matrimonial, entre otras cosas, para alcanzar acuerdos previos a ir a la vía judicial de común acuerdo y para adoptar acuerdos en caso de modificación de las medidas establecidas en sentencia judicial firme como consecuencia de la modificación de circunstancias.

Pero hemos dicho más arriba que no es suficiente con introducir mecanismos que faciliten la adopción de convenios de divorcio entre los cónyuges, sino que es preciso también restringir en la medida de lo posible los controles a que tales convenios han de quedar sujetos.

Para un mejor enfoque de la cuestión quizás sea conveniente hacerse las siguientes preguntas:

1.^a ¿Cuál es la situación de los cónyuges, de sus hijos comunes y de los terceros durante el matrimonio cuando a éste no le afecta crisis alguna? ¿Cuál es la razón para que se adopten medidas especiales cuando el matrimonio entra en crisis?

2.^a ¿Merece un distinto tratamiento el matrimonio en el que no hay descendencia común de aquél otro en el que sí la hay?

3.^a ¿Es posible diferenciar entre el tratamiento jurídico que ha de darse a las relaciones personales del que ha de darse a las patrimoniales?

4.^a ¿Merecen igual protección los cónyuges que los hijos? ¿Debe preverse una especial protección para los terceros?

Todas estas preguntas, y lógicamente sus respuestas, nos sirven para determinar el grado preciso de control que ha de recaer sobre los convenios alcanzados por los cónyuges que quieren divorciarse de mutuo acuerdo. Examinemos por separado las relaciones entre los cónyuges, las paterno-filiales y las que hay con terceros.

Relaciones entre los cónyuges. El matrimonio genera una serie de relaciones entre los cónyuges, unas de índole personal, otras de carácter patrimonial.

Durante el matrimonio el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes, aquél no restringe ni su capacidad jurídica ni la de obrar (en algunas legislaciones incluso las amplía al provocar la emancipación *ex lege* del cónyuge menor de edad); ambos deben respetarse, ayudarse y socorrerse mutuamente, actuar siempre en interés de la familia, guardarse fidelidad y, salvo en casos excepcionales, vivir juntos.

También son importantes las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Para el cumplimiento de sus fines el matrimonio requiere un soporte económico, unos medios, una estructura y una organización, es lo que se denomina el régimen económico del matrimonio, o lo que es igual, el conjunto de normas que regulan los efectos económicos del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros. El régimen económico matrimonial determina qué cónyuge es el titular de los bienes, a quién le corresponde el poder de administración y disposición de los bienes que puedan existir, quién ha de soportar las cargas del matrimonio, de quién es la responsabilidad derivada de las obligaciones contraídas para atender o levantar las cargas o para atender otras necesidades o intereses familiares. Respetando las reglas propias del régimen económico de cada matrimonio los cónyuges, salvo excepciones, pueden celebrar entre sí y con terceros todo tipo de contratos, pueden transmitirse bienes por cualquier título, también con terceros. Generalmente se reconoce a los cónyuges la capacidad de poder pactar, a veces incluso antes de celebrar el matrimonio, el régimen económico al que quieren someter sus relaciones patrimoniales, permitiéndoseles también *a posteriori*, durante el matrimonio, su modificación, incluso algunas legislaciones (como la catalana en España) permiten expresamente que los cónyuges puedan establecer entre sí todo tipo de estipulaciones y pactos

lícitos que consideren conveniente, ¡incluso en previsión de una posible ruptura!

La disolución del matrimonio que todo divorcio conlleva afecta tanto a las relaciones personales como a las patrimoniales de los cónyuges. Por un lado, suelen cesar los derechos y deberes de los cónyuges; por otro lado se disuelve cualquier sociedad conyugal que pueda haber existido entre ellos, lo que les obligará a efectuar la oportuna liquidación de su régimen económico. Tal liquidación, en principio, puede ser efectuada libremente por los cónyuges. De hecho ocurre con frecuencia en la práctica que los cónyuges con anterioridad a la tramitación de su divorcio, liquidan sus relaciones patrimoniales, repartiéndose entre ellos el patrimonio común, disponiendo incluso la titularidad y el disfrute de la que ha sido vivienda familiar, fijando compensaciones económicas, etc. El divorcio implica también la pérdida de derechos sucesorios en la herencia del excónyuge.

¿Existe, pues, alguna razón especial, que justifique la sumisión de los acuerdos de los cónyuges reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales a un especial control? ¿Qué motivos puede haber para que la crisis matrimonial que desemboca en el divorcio inhabilite legalmente a los cónyuges para poder autorregular por sí mismos sus relaciones patrimoniales y para presumir que aquellos no se hallan en condiciones de velar por sus propios intereses, o sea por los mismos intereses que de no haberse dado aquella crisis sí habrían podido defender sin más? ¿Acaso tiene lógica que la ley permita a los cónyuges celebrar entre sí todo tipo de contratos durante el matrimonio, aunque éste atraviere una crisis fuerte que, sin embargo, los cónyuges no quieran culminar en el divorcio, y, en cambio, si desean esta culminación, someta entonces el legislador los acuerdos a un control externo –del Estado–? ¿Por qué introduce el legislador en caso de divorcio mecanismos de control que no exige en otras situaciones, por ejemplo cuando contratan los cónyuges con terceros o, incluso, entre sí durante el matrimonio? ¿Acaso al liquidar la sociedad conyugal durante el matrimonio, cuando no hay crisis alguna de éste, no se pueden alcanzar acuerdos a la vez beneficiosos para uno y perjudiciales para el otro?

Relaciones paterno-filiales. Han de permanecer al margen del matrimonio, ya que se dan entre los hijos y sus progenitores –no los cónyuges–. Lo único que realmente importa es si los progenitores viven juntos o separados. ¿Existe alguna razón especial para que se fiscalicen los pactos adoptados por los cónyuges respecto de los hijos al divorciarse cuando esos mismos pactos acordados durante el matrimonio, sin haber crisis, no necesitan estar sujetos a control alguno?

A las relaciones paterno-filiales se refiere el legislador sin distinguir si existe o no matrimonio o si hay o no una unión estable de pareja o si aquél o ésta se hallan o no inmersos en una crisis. La ruptura del matrimonio o de la unión estable de pareja no conlleva necesariamente la de la relación paterno-filial; salvo en contadas ocasiones la relación subsistirá, aunque lógicamente habrá quedado afectada por la ruptura del matrimonio o la de la unión estable de pareja.

También en este punto admite el legislador el juego de la autonomía de la voluntad, siempre que se respeten unos principios mínimos esenciales, como son que la patria potestad se ejerza siempre en beneficio de los hijos, la cotitularidad de ambos padres, la consideración de la patria potestad como una función social y no como un derecho de los progenitores sobre sus hijos, la irrenunciabilidad a su titularidad.

Relaciones con terceros. Cualquier tercer persona que pudiera verse afectada por el divorcio tendría a su alcance los mecanismos propios de defensa de todo Estado de Derecho; acciones de rescisión por lesión o por fraude de acreedores, acciones contra un matrimonio simulado o de conveniencia.

¿Acaso no han de ser válidos y eficaces para los cónyuges los acuerdos que éstos adopten en cuestiones que sólo a ellos afectan? **El reconocimiento de la autonomía de la voluntad ha de ser en mi opinión pleno. Los acuerdos que adopten han de tener fuerza de ley para los cónyuges.**

Frente al criterio tradicional que rechazaba todo protagonismo de la autonomía de la voluntad, no sólo en sede de separaciones y divorcios, sino en general en todo lo que fuera Derecho de Familia, hoy son cada vez más las disposiciones que admiten la libertad de pactos en instituciones propias de Derecho de Familia, basta pensar en las disposiciones que permiten pactar a los cónyuges su régimen económico matrimonial, las que hacen prevalecer en materia de tutela la delación hecha por el padre y la madre, las que admiten la autotutela, las que permiten modalizar el ejercicio de la potestad familiar, las que permiten la fecundación asistida *post mortem*, etc.

Efectivamente, creemos que los acuerdos que alcancen los cónyuges sobre cuestiones de índole patrimonial y personal han de ser para ellos ley, directamente exigibles, sin que precisen ser inmediatamente fiscalizados ni por el juez ni por el fiscal ni por ninguna otra autoridad. ¿Acaso necesitan someter a la supervisión judicial, para que sean válidas y eficaces, las decisiones que toman constante matrimonio sobre asuntos de índole patrimonial o que afectan a sus relaciones con los hijos? Pues si no lo necesitan, creemos que tampoco deben existir esos controles como

requisitos de validez y eficacia cuando los cónyuges de común acuerdo ponen fin, transitoria o definitivamente, a su vida de pareja. Naturalmente, sin perjuicio, de que el desenvolvimiento de las medidas acordadas pueda ser objeto de control por el juez y, en su caso, el fiscal u otra autoridad competente.

Ese mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad queda claramente reflejado en España en diversos textos legales.

Existe un general reconocimiento de la capacidad de obrar (incluso a los menores de edad emancipados), de la capacidad para contratar (el art. 1.263 del Código civil excluye a los menores no emancipados), de la capacidad para contraer matrimonio (el art. 46 del Código civil excluye a los menores no emancipados) y de que quien tiene capacidad para casarse también la tiene para celebrar contratos matrimoniales (*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*). Por ello podemos llegar a la conclusión de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, pueden llegar incluso a aumentarla (provoca la emancipación del menor de edad).

En el propio Código civil se admite en sede de relaciones paterno filiales el juego de la autonomía de la voluntad. Así, aunque por regla general ambos progenitores son los titulares de la patria potestad y a ambos corresponde conjuntamente su ejercicio:

— el artículo 159 reconoce a los padres, haya o no crisis matrimonial, la facultad de decidir de común acuerdo bajo el cuidado de cuál de ellos han de quedar los hijos menores de siete años;

— el artículo 156.5 establece que si los cónyuges viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva (en la práctica se suele obtener un poder del otro cónyuge y si no es posible hay que acreditar la separación);

— el mismo artículo 156 admite que la patria potestad pueda ser ejercida por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro, o incluso por uno solo si actúa conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad o si estando separados lo acuerdan así expresa o, incluso, tácitamente, permitiendo que la patria potestad se ejerza por el progenitor que conviva con el hijo o por la madre si el hijo es menor de siete años.

Naturalmente que la anterior libertad no impide que los acuerdos de ambos progenitores queden sometidos a ciertos controles, especialmente de los tribunales; el propio legislador establece mecanismos de fiscalización del ejercicio de la potestad familiar: así en el artículo 156.2 para el caso de desacuerdos entre los cónyuges, el 156.5 que permite reclamar contra el ejercicio de la patria potestad por aquél de los progenitores con quien el hijo convive, el 159 que permite, naturalmente salvo pacto en

contrario y siempre que nada se reclame del juez, que si los cónyuges viven separados los hijos menores de siete años queden bajo la guarda de la madre, o el artículo 158 que regula las medidas que el juez puede adoptar a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal por ejercicio indebido de la potestad familiar, o el artículo 163 que resuelve una situación en la que hay conflicto de intereses entre padres e hijos, o el artículo 167 que regula medidas judiciales frente a una incorrecta administración de la potestad familiar, o el artículo 168 que establece la obligación de rendir cuentas y el derecho a exigir responsabilidades, y, por último, el artículo 170 que contempla como medida excepcional la privación de la patria potestad.

En esta misma línea se ha pronunciado el legislador catalán. Según el Código de Familia catalán (Llei 9/1998, de 15 de julio) la potestad familiar se ejerce generalmente por ambos padres conjuntamente, pero en ocasiones puede serlo por uno solo de ellos con el consentimiento del otro, o de acuerdo con el uso social o las circunstancias familiares, o respecto de aquellos actos en que sea normal que lo haga uno solo o que sean de urgente necesidad, o en caso de imposibilidad, ausencia o incapacidad de uno (cfr. art. 137). El propio legislador reconoce que son válidos los consentimientos generales o especiales entre los padres, siempre que sean concedidos en escritura pública y que sean esencialmente revocables, debiendo constar tanto la concesión como su aceptación fehacientemente (cfr. art. 142). En caso de desacuerdo ocasional entre los padres, en lugar de tener que decidir el juez, pueden pactar aquellos en documento público que la intervención judicial sea sustituida por el acuerdo de los dos parientes más próximos del hijo a que hace referencia el artículo 149 del Código de sucesiones catalán, formalizado también en documento público (cfr. art. 138). Si los padres viven separados por mutuo acuerdo formalizado en escritura pública, podrán delegar, de común acuerdo, también en escritura pública, el ejercicio de la patria potestad en aquél con quien los hijos convivan, o pactar que el ejercicio corresponda a ambos conjuntamente o distribuir entre ellos sus funciones (cfr. art. 139). En mi opinión, estas reglas son aplicables independientemente de que los padres estén casados entre sí y de que vivan o no juntos o de que se hayan o no divorciado. Naturalmente que en caso de desacuerdo, siempre será posible acudir a los jueces para que resuelvan lo que estimen oportuno teniendo en cuenta el interés superior de los hijos.

En definitiva, los cónyuges que atraviesen una crisis pero que decidan no divorciarse podrán llegar a vivir separados acordando entre ellos el régimen al que haya de quedar sujeto el ejercicio de la patria potestad, sin necesidad de que tal régimen haya de obtener placet alguno, ni ser

fiscalizado por autoridad alguna; sin perjuicio de que, naturalmente, pueda solicitarse de las autoridades competentes, normalmente del juez, la adopción de medidas que corrijan el indebido y perjudicial ejercicio de la patria potestad.

Por último, podríamos traer a colación una disposición legal reciente, reguladora de una figura, las uniones estables de pareja, inspirada claramente en la normativa del matrimonio. **La Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja**, al igual que el Código de Familia catalán, también otorga un relevante papel a la autonormación de intereses.

Los artículos 3 y 22, aplicables respectivamente según se trate de una unión heterosexual u homosexual, reconocen que los miembros de la pareja pueden regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia y los derechos y deberes respectivos, además de las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia con el límite de respetar los derechos mínimos que legalmente les asiste, los cuales son irrenunciables hasta el momento de ser exigibles. Como establecen los artículos 12 y 30, aplicables a uno u otro tipo de unión, ésta puede extinguirse por mutuo acuerdo. La extinción puede dar derecho a uno de los miembros a exigir una pensión compensatoria o una pensión alimenticia. Los miembros de la pareja pueden pactar al respecto lo que estimen más apropiado. Expresamente prevé el legislador que si al cesar la convivencia hay hijos comunes de la unión heterosexual pueden pactar quién de los dos los ha de tener bajo su guardia y custodia, así como cuál ha de ser el régimen de visitas del otro.

Dejemos el Derecho español y volvamos al estudio general de la cuestión que nos ocupa.

Admitido el juego de la autonomía de la voluntad, sin embargo éste no puede ser absoluto al regular las consecuencias del divorcio, porque las decisiones de los cónyuges van a afectar de manera directa a los hijos, a personas que no están en condiciones de poder velar directa y personalmente por sus propios intereses. Son éstos, quizás, los únicos dignos de ser tenidos en cuenta y protegidos. ¿Están los cónyuges en condiciones de poder pactar libremente sobre cuanto afecte a éstos? El legislador no lo cree así. Y la realidad nos demuestra que hay que extremar el celo respecto de las medidas que se adoptan con los hijos menores del matrimonio, pues mientras que en una situación de vida matrimonial normal cabe presumir que ninguno de los cónyuges tratará de aprovecharse de los hijos en su exclusivo beneficio, y que si alguno lo hace el otro podrá evitarlo, en cambio, cuando el matrimonio entra en crisis los hijos corren el peligro de ser utilizados como arma arrojadiza de un cónyuge contra

el otro. La existencia de hijos es lo que hace pensar al legislador que alguno de los cónyuges haya podido sentirse presionado hasta el punto de haber transigido en sus intereses a cambio de medidas más beneficiosas para los hijos.

La cuestión del control al que han de someterse los convenios de los cónyuges será objeto de estudio detenido más adelante. Veamos ahora cuál ha de ser el contenido mínimo que ha de tener todo convenio.

1.º *Situación en que quedan la vivienda familiar, el ajuar, y en su caso, las demás residencias.* Cabe pactar sobre su titularidad o sobre la atribución de su uso a uno u otro cónyuge. Esta última no debería perturbar la relación jurídica que ha permitido a uno o a los dos cónyuges disfrutar con anterioridad de la vivienda; tampoco debería afectar a quien no es parte en el convenio, como por ejemplo al arrendador de la vivienda.

En el Derecho español, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1995, en su artículo 15, permite que el cónyuge no arrendatario continúe el uso de la vivienda arrendada si le es atribuida a raíz del divorcio, debiendo comunicar su voluntad al arrendador en el plazo de dos meses desde que le haya sido notificada la resolución judicial correspondiente.

2.º *La pensión compensatoria o los alimentos que, en su caso, haya de satisfacer uno de los cónyuges al otro.*

En caso de divorcio, al haberse disuelto el matrimonio, cesa la obligación legal de prestar alimentos al cónyuge.

Ahora bien, nada impide a los cónyuges pactar una pensión que uno haya de abonar al otro. Semejante pacto no es contrario a la ley ni al orden público y, además, por ser totalmente voluntario, creemos que ha de quedar al margen de cualquier control externo y ajeno a los propios cónyuges. Éstos han de poder pactar libremente la cantidad a pagar, la forma y plazo de pago, su actualización, las garantías que aseguren el pago, incluso podrán acordar un plazo máximo para su abono, razonable para que entretanto se encuentre trabajo o se rehaga la vida.

3.º *La forma de contribución a los gastos familiares, si procede.*

4.º *La liquidación, en su caso, del régimen económico matrimonial y la división, si los hay, de los bienes comunes.*

El divorcio debe producir de pleno derecho la disolución de los regímenes económico matrimoniales de comunidad de bienes. Lo normal sería proceder entonces a su liquidación y a la división de los bienes

comunes que hubiera. Puede, sin embargo, que esa liquidación y reparto se haya hecho ya con anterioridad ante notario en escritura pública.

Creemos que para regular estas cuestiones los cónyuges han de poder gozar de amplia libertad, siempre que sus acuerdos *no sean contrarios* al interés o al orden público o perjudiquen a terceros. A éstos sólo les deben perjudicar cuando hayan tenido conocimiento de los acuerdos, lo cual se presumirá que ha sido así si aquéllos se les ha dado publicidad (inscripción en el Registro de la Propiedad, inscripción en el Registro Civil).

5.º Relaciones paterno-filiales. Distinguiremos diversas situaciones:

a) De haber hijos comunes sometidos a la potestad del padre y de la madre debe concretarse:

* *con quien han de convivir*: normalmente será con uno de los progenitores, pero por razones especiales puede llegar a ser con un familiar (por ejemplo, los abuelos), o incluso con un tercero no familiar (por ejemplo, una institución especializada),

* *el régimen de visitas, estancia y comunicación con el que no convivan*: debe fijarse con claridad y precisión, aunque sin exhaustividad; debe concretarse su periodicidad, lugar, forma de realizar las visitas;

* *la forma en que debe ser ejercitada la patria potestad*: los acuerdos nunca podrán excluir la patria potestad de alguno de los cónyuges; a lo sumo podrán modalizar su ejercicio.

* *la cantidad de alimentos que han de recibir, su periodicidad y forma de pago, la forma de actualización y las garantías para asegurar su pago*. Maticemos algunos aspectos:

Generalmente se entiende por alimentos los gastos ordinarios como son los de comida, vestido, salud, educación, distracciones. Hay otros, como por ejemplo los extraordinarios que no cubre la Seguridad Social o los seguros privados o las grandes operaciones sobre los que quizás sí debería pronunciarse el convenio.

Sería conveniente concretar en el convenio la cantidad asignada por cada padre para el sostenimiento de los hijos o, al menos, la cantidad que asigna para dichos alimentos el progenitor que no vaya a tener a los hijos en su compañía; también precisar la cantidad que se fija para cada hijo, y no la global para todos ellos, ya que pueden tener diferentes necesidades.

Si la mujer está embarazada al celebrarse el convenio parece conveniente que se pacten también los alimentos a satisfacer por el no nacido. Puede pactarse también, si el hijo es menor al aprobarse el convenio, que las medidas acordadas subsistan incluso después de que alcance la mayoría de edad.

Los cónyuges deberán pactar la actualización de los alimentos. Son muchos los criterios a los que pueden remitirse: IPC, un tanto por ciento más o menos que el anterior, el incremento del sueldo o de los ingresos del obligado al pago, etc. Debe constar la fecha de la primera y de las ulteriores actualizaciones.

También es importante pactar las medidas que garanticen el cumplimiento de los compromisos asumidos (por ejemplo: anotación o inscripción de las medidas, según los casos, en el Registro Civil, o en el de la Propiedad o en el Mercantil, retención al trabajador por cuenta ajena, etc.).

b) De haber hijos comunes mayores de edad, nada impide que puedan extenderse también a los mismos que estén incapacitados los pactos adoptados respecto de los menores. En cuanto a los mayores no incapacitados, también será posible adoptar pactos. Por ejemplo, que aunque lleguen los hijos a la mayoría de edad sigan disfrutando de las mismas ventajas que antes hasta que se demuestre su independencia laboral y económica; o fijarles alimentos en caso de que convivan con sólo uno de los progenitores y no tengan ingresos propios. Sería conveniente designarles de forma nominativa, especificando sus condiciones y por qué se asigna esa cantidad de alimentos, y concretar su duración, si procede.

6.º Otros pactos. Pero además del contenido mínimo que hemos visto, los cónyuges pueden convenir sobre cualquier otra cuestión que consideren importante. Por ejemplo, pueden pactar sobre quién pagará los gastos del procedimiento o sobre la asunción por uno de ellos de los gastos fiscales.

Y por fin ha llegado el momento de examinar el **control** al que en nuestra opinión han de estar sujetos los convenios de los cónyuges que se divorcian amistosamente. Al principio de este trabajo se ha reconocido la existencia actual de estos controles, se ha hablado del objetivo que con ellos se persigue, de que están generalmente encomendados a los jueces y de que resultan imprescindibles, variando la intensidad necesaria de los mismos en función de los factores que en cada caso concreto concurren.

El control ha de permitir constatar:

1.º La concurrencia de una de las causas de divorcio legalmente previstas. La mayoría de las legislaciones vigentes se conforman con que se acredite la ruptura de la vida matrimonial, presumiendo ésta como consecuencia de llevar separados de hecho los cónyuges durante un plazo determinado de tiempo, que difiere de unas a otras legislaciones. Basta con constatar dicha separación de hecho durante el plazo legalmente exigido para que los cónyuges puedan acordar el divorcio.

2.º La existencia de una verdadera voluntad común de divorciarse. Bastará con que la misma se exteriorice libremente por persona capaz no sometida a coacciones ni chantajes.

3.º La legalidad de los acuerdos adoptados.

(Y quizás también: 4.º La justicia y equidad de las medidas que afecten, al menos, a los hijos comunes menores de edad).

El control va a resultar mucho más fácil si el convenio viene avalado por haber sido fraguado a través de un centro oficial de mediación con la intervención de expertos (juristas, psicólogos, asistentes sociales, sociólogos, etc.). En tales casos la “aprobación” del convenio estará prácticamente asegurada y con la máxima celeridad, a menos que hayan variado las circunstancias vigentes cuando aquél se celebró.

Sabido es que en la actualidad el control se viene practicando por regla general en todos los países de nuestro entorno por órganos judiciales, concretamente por los jueces. Veamos si es posible y conveniente atribuir competencias en la materia, si no de manera exclusiva si al menos compartida, a otros funcionarios o autoridades de la Administración de Justicia, teniendo siempre presente que tales soluciones existen ya en países como Portugal, donde son competentes los funcionarios del Registro Civil, en Noruega y Dinamarca donde lo son el “gouverneur du comté”, o en Cuba, donde lo son los notarios. Al margen de quién determine en última instancia el divorcio, hay países en que no obstante tener tal competencia los jueces, ciertos efectos accesorios pueden estar confiados a una autoridad administrativa, como por ejemplo en Inglaterra y País de Gales, donde el montante de la pensión alimenticia de los hijos se fija por la “Child Support Agency”, o en Dinamarca, donde la Administración es la única competente en todos los casos de fijar el derecho de visita.

Sabemos que no basta con facilitar a los cónyuges centros de mediación gracias a los cuales puedan llegar a formar libre y espontáneamente su voluntad de quererse divorciar y a alcanzar acuerdos entre ellos sobre su situación y la de sus hijos. Es preciso proveerles, además, de procedimientos rápidos, ágiles y baratos, que permitan tener la seguridad de que la voluntad de los cónyuges se ha formado y exteriorizado libre, voluntaria, responsable y meditadamente. Si como hemos dicho antes los cónyuges tienen reconocida una plena capacidad para contratar entre ellos y con terceros, pudiendo disponer sin intervención de los hijos incluso de la vivienda y del ajuar familiar, si incluso los cónyuges pueden en cierta medida, siempre en beneficio de los hijos, regular entre ellos el ejercicio de la patria potestad, ¿por qué han de tener que acudir a un procedimiento judicial de divorcio (o, en su caso, separación)? ¿Cuáles son las razones que motivan que sean sólo los jueces quienes puedan declarar el

divorcio (o, en su caso, la separación)? ¿Cuál es el papel que desarrollan en tales procedimientos los jueces y el Ministerio Público? ¿Es imprescindible su intervención? Independientemente de cuál sea la respuesta a estos interrogantes, lo cierto es que actualmente todo proceso de separación o divorcio consensuado precisa, como hemos dicho, de una decisión judicial para su conclusión y que a excepción de algún país concreto (Portugal, Cuba, Noruega, Dinamarca), la única figura competente para decretar el divorcio, aunque haya total acuerdo entre los cónyuges e, incluso, aunque no haya hijos menores, es el juez. En algunos países, y sólo en determinados supuestos, interviene también otro funcionario de la Administración; a veces en el propio procedimiento judicial –por ejemplo el Ministerio Fiscal o Público para velar por el interés de los menores de edad o incapacitados; otras veces al margen del procedimiento judicial, generalmente con carácter previo al mismo –por ejemplo, el notario al disolver y liquidar el régimen económico matrimonial, aprovechando en ocasiones para convenir en esa misma escritura pública notarial algunos puntos propios del convenio regulador del divorcio (o, en su caso, de la separación).

Con la atribución de competencias en caso de divorcios amistosos a funcionarios u oficiales públicos, exclusivas o compartidas con los jueces, que fuesen extraños a los cónyuges, imparciales, expertos, voluntariamente elegidos por éstos (no impuestos), guardadores de secretos, concededores de la legalidad, socialmente reconocidos, accesibles a los cónyuges, que les ayudasen y asesorasen en la toma de decisiones, dotados de cierta autoridad pública y social, que promoviesen acuerdos globales sobre la situación personal y patrimonial de los cónyuges y de sus hijos, se daría un paso importante para la descongestión de los juzgados, para aminorar la litigiosidad, para suavizar en ocasiones la crisis matrimonial y para reducir los costes del divorcio. Las competencias atribuidas no serían solamente las de mediación, sino que se dotaría a su actuación de eficacia declarativa del divorcio (o, en su caso, de la separación), sin necesidad de tenerla que someter a ulteriores controles. En definitiva, se aspiraría a que los cónyuges *de mutuo acuerdo, de manera extrajudicial*, pudiesen decidir si continúan su vida en común o si ponen definitivamente fin a la misma mediante el divorcio (o, en su caso, la suspenden mediante la separación). Un divorcio extrajudicial, fruto del acuerdo global sobre una serie de cuestiones, que, en el caso de afectar a intereses quizás necesitados de una especial plusprotección –por ejemplo, los de los hijos menores de edad–, podría quedar sujeto a una posible supervisión o control especial. Al igual que durante la vida común en pareja pueden surgir situaciones de crisis sobre cómo ejercer la patria potestad y el legislador ha previsto ciertos controles, bastaría con dar traslado del

convenio o de la parte del mismo que afectase a esos intereses especiales al fiscal, o autoridad competente, para que si lo creyere oportuno adoptase las medidas convenientes.

Es cierto que en Europa está produciéndose una cierta “desjudicialización” del divorcio cuando éste es amistoso; naturalmente nos referimos a aquellos países que declaran competente para decretarlo al juez, y no a aquellos otros que atribuyen ya competencias a otras autoridades de la Administración. La existencia de hijos menores es la que suscita mayores reticencias a la hora de querer desjudicializar el divorcio amistoso. Algunos países, en sus actuales legislaciones, prevén mecanismos suplementarios de defensa de los menores. Es el caso de Inglaterra y País de Gales o de Suecia que exigen un mayor período de reflexión a los cónyuges cuando hay hijos menores de dieciséis años, o de Noruega que exige obligatoriamente la mediación cuando hay hijos menores de dieciséis años. Algunos países permiten sin más que se rechacen las medidas pactadas respecto a los hijos si la autoridad competente las cree perjudiciales para ellos. En Bélgica “le procureur du roi” tiene que dar el visto bueno a las medidas que afecten a los hijos y el juez las puede rechazar o modificar si son manifiestamente contrarias al interés de aquéllos; en Dinamarca “le gouverneur du comté” puede negarse a decretar el divorcio si el acuerdo es contrario a los intereses de los hijos; en Italia, el divorcio sólo puede tener lugar si el acuerdo es satisfactorio para el interés de los hijos; en España, el juez puede rechazar los acuerdos de los cónyuges si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En Suecia, el juez también controla que no se perjudique a los hijos.

Examinemos si desde un punto de vista, al menos, teórico, podría llegar a ser posible el establecimiento de un procedimiento extrajudicial de divorcio (o separación) consensuado. Su admisión obligaría a cambiar los textos legales hasta ahora vigentes para, en ciertos supuestos, sustituir o introducir junto al procedimiento judicial de divorcio (y, en su caso, de separación) otro extrajudicial.

Veamos por qué razón creemos posible atribuir competencias al notario cuando el divorcio es amistoso (seguimos ideas y utilizamos palabras de nuestro compañero Don Rafael Gómez-Ferrer Sapiña):

a) Porque la atribución de competencias a los jueces sólo es debida a razones históricas.

La competencia judicial en el campo de la llamada jurisdicción voluntaria (en ella se deben encuadrar la separación y el divorcio consensuados) responde a condicionamientos históricos, fruto de la época en que

jurisdicción y administración estaban encomendadas a las mismas personas, en este caso a los jueces.

La actividad que nos ocupa no merece ser calificada realmente de jurisdicción; los jueces no ejercen jurisdicción, ya que ni juzgan ni mandan ejecutar lo juzgado, a través del proceso con eficacia de cosa juzgada; en el caso que debatimos no está empeñada ni se promueve cuestión alguna entre “nolentes”, no hay proceso, no hay pretensiones de una parte frente a la otra; en verdad, en estos casos se trata de una función encomendada a los jueces por la ley en garantía de ciertos derechos que quedan así plusprotegidos.

Tampoco esa actividad puede ser calificada de administrativa, pues se están garantizando derechos individuales, patrimoniales y personales. El único interés general tutelado podría ser el genérico de prevención de conflictos.

Es realmente la actuación de una función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados, que forma parte de un posible “sistema cautelar” o de “justicia preventiva” que tiene como finalidad garantizar derechos.

b) Porque la mayor parte de las veces se ejerce por los jueces un control puramente formal. Veamos al amparo de diversas legislaciones europeas actualmente vigentes cuál es la situación:

— En Bélgica el “procureur du Roi” debe dar al juez el visto bueno respecto de las condiciones legales de forma y de admisión de la demanda, lo que supone un simple control de legalidad.

— En Inglaterra y País de Gales, el juez no examina el fondo del asunto.

— En Noruega, “el gouverneur du comté”, competente en lugar del juez si el divorcio es amistoso, sólo controla el transcurso del plazo previo de separación.

c) Porque las condiciones que se exigirían a esas otras personas o funcionarios o autoridades para ser competentes se dan en los notarios.

No habiendo pretensiones de una parte frente a la otra que obliguen a seguir un proceso, ni, siempre y en todo caso, la concurrencia de intereses que precisen de una plusprotección, cabe cuestionarse si esta actividad ha de ser competencia exclusiva de los jueces o si, en cambio, puede ser compartida por otras personas o atribuida exclusivamente a ellas.

Si como hemos afirmado antes, esta actividad sólo ha sido atribuida por razones históricas a los jueces y realmente no se trata de una actuación judicial típicamente considerada, puesto que no hay contienda en

juego, es preciso plantearse si puede atribuirse esta competencia a otras personas. ¿Qué condiciones habrían de reunir?

Creemos que las siguientes:

- Ser jurista, conocedor del Derecho.
- Ser asesor jurídico: dar consejo e informar.
- Tener comprobada honorabilidad.
- Estar revestido de autoridad, incluso social; dotado de fuerte credibilidad y de aprecio y cercanía social.
- Ser imparcial.
- Ser independiente
- Debe mediar y poder conciliar intereses.

Pero sobre todo es preciso que los anteriores requisitos no necesiten ser probados, sino que se presuman.

Creemos que los notarios estamos capacitados y legitimados para asumir tales competencias si el divorcio es amistoso, bien íntegramente (o sea, en cualquier caso), bien sólo cuando no existan hijos comunes menores de edad.

Si legítima resulta toda aspiración a la asunción de nuevas competencias, la atribución de las mismas a los notarios no debe poner en peligro ni desvirtuar el ejercicio de nuestra función. La asunción de nuevas competencias debe estar sujeta siempre a ciertos límites, como son, no desvirtuación de las cualidades intrínsecas de nuestra función, no desatención de la función propiamente notarial (que sólo nos llevaría a nuestra desaparición), no dedicación, por economía o selección de esfuerzos, preferentemente a las actuaciones más lucrativas, no puesta en entredicho de nuestra esencial imparcialidad. En definitiva, sólo debemos aspirar a asumir aquellas nuevas competencias que fortalezcan la prestación de nuestra función, tal como está intrínsecamente concebida, y la seguridad jurídica y la prevención de conflictos que el notariado tiene atribuida.

Encuadrada la actividad que tratamos dentro del llamado “Sistema cautelar o de justicia preventiva” puede ser perfectamente atribuida a los notarios. Con ello se avanzaría en las aspiraciones de un amplio sector notarialista, y de los Congresos Internacionales del Notariado Latino de asumir competencias, típicamente notariales, hoy atribuidas a otros funcionarios, como en este caso los jueces.

Concurren en el notariado latino en general las condiciones requeridas de probada honorabilidad, alta capacitación jurídica (por ejemplo, en España: formación universitaria; selección mediante oposición; preparación continuada, constante e incesante: oposición entre notarios), independencia funcional, especial *status* en el que confluyen una doble ver-

tiente de profesional del Derecho y funcionario público merecedor de la más plena confianza del Estado y de la sociedad, imparcialidad entendida en sentido material o sustantivo de tutela de los intereses de la parte más débil, asesor jurídico antes, durante y después del otorgamiento documental, mediador y conciliador de intereses, redactor de documentos, autenticador de hechos y de actos, controlador de legalidad, cuyas consecuencias son un documento con valor probatorio, ejecutivo, registral y legitimador, responsable de sus actos, con implantación social y estructura territorial suficiente como para poder asumir tales actividades.

En efecto, el notario es la persona idónea para asumir las competencias que examinamos, con absoluta garantía de legalidad y eficacia, respetando la propia función notarial, y poniendo al servicio de la seguridad jurídica y de la paz social sus facetas más definidoras de su figura como son la asesora, la controladora de la legalidad, la redactora del documento y autenticadora, la de ejercicio independiente e imparcial y la mediadora y de arbitraje.

Actuaría el notario en caso de divorcio amistoso como creador del nuevo Derecho preventivo, controlando que el negocio que subyace sea válido legalmente, que el documento que lo contiene sea claro y ordenado y sistemático, sin contradicciones, ambigüedades ni lagunas, y que el negocio sea apto para satisfacer las finalidades prácticas que las partes persiguen, naturalmente siempre que sean lícitas. De enorme trascendencia resulta también aquí la libre elección de notario dado los intereses y temas en juego, todos de carácter privado, familiar e íntimos.

d) Porque la atribución de competencias a los notarios no constituiría una experiencia nueva. Hay países en los que el divorcio amistoso ha sido ya desjudicializado, con notable éxito. Basta recordar de nuevo, que en Portugal el divorcio amistoso se puede acordar ante los funcionarios encargados del Registro Civil (Decreto-Ley 163/1995), que en Cuba tiene lugar ante notario (Decreto-Ley 154 del año 1994 sobre el divorcio notarial) y que en Dinamarca y Noruega se pronuncia por una autoridad de la Administración.

En Francia cabe citar también las propuestas legislativas que se están estudiando para la introducción de un quinto supuesto de divorcio, que se tramitaría por vía extrajudicial ("divorcio civil").

e) Porque desde el punto de vista doctrinal tampoco es novedosa la propuesta. Diversos autores la han defendido con anterioridad. Así por ejemplo, en la 1.^a Conferencia Científica Internacional de la Sociedad del Notariado Cubano la ponencia presentada por la escribana argentina Aida Graciela Carrer (en su condición de directora del Instituto de Cul-

tura Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba en la República Argentina).

Merece también traerse a colación los trabajos realizados en los Países Bajos por la Comisión holandesa De Ruiter que ha elaborado un informe sobre otras formas de divorcio, proponiendo un divorcio no judicial en caso de estar de acuerdo los cónyuges sobre su divorcio y las consecuencias del mismo, reforzando la responsabilidad de los cónyuges y fomentando las vías de mediación.

A la vista de todo lo que llevamos expuesto no vemos inconveniente en que el divorcio amistoso (y también la separación amistosa) pudiesen acordarse en escritura pública notarial. Radicaría el peso del control sobre el notario. Este debería asegurarse:

1.º De la identidad de los cónyuges y de su estado civil.

2.º De que se ha producido el cese efectivo de la convivencia matrimonial (separación de hecho o separación judicial) y el transcurso del plazo legalmente fijado (autorización de la pertinente acta de notoriedad).

3.º De su capacidad legal.

4.º De la libre formación de su voluntad, consciente, espontánea, sin vicios ni coacciones;

5.º De que en el convenio se han pactado todas las cuestiones que según la ley han de quedar resueltas (contenido mínimo);

6.º De la legalidad de los acuerdos adoptados. Serían pactos inadmisibles los que permitiesen renunciar a la patria potestad, o liberasen de rendir cuentas a aquél que la ejerciese, o suprimiesen la fiscalización de su ejercicio por parte del juez o de la autoridad competente, *motu proprio* o a instancia de cualquiera de los cónyuges, del menor, de cualquier pariente, del Ministerio Fiscal, del propio juez o autoridad competente; y en general los que atentasen contra los principios esenciales que han de inspirar una concepción moderna de la patria potestad (configuración de la misma como una función social –haz de derechos y obligaciones– y no como un derecho de los padres sobre los hijos, titularidad compartida de los progenitores, ejercicio de la misma siempre en beneficio de los hijos).

Surge aquí una cuestión clave. ¿Es preciso que el control se extienda también a la equidad de los acuerdos celebrados? Una de las razones por las que tradicionalmente se han encomendado los divorcios amistosos a la competencia exclusiva de los jueces ha sido la de preservar la equidad de los pactos, especialmente cuando los mismos afectan a personas incapaces de velar por sí mismas.

En nuestra opinión nada impide un consenso entre los cónyuges sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio (y de la separación):

liquidación del régimen económico matrimonial, atribución de la vivienda familiar y del ajuar doméstico, fijación de una pensión compensatoria. Mayores dificultades plantea, en cambio, la valoración, validez y eficacia de los pactos entre los cónyuges que se divorcian (o separan) sobre la situación y relaciones personales con los hijos menores de edad (patria potestad, régimen de custodia, guarda y visitas). Voces autorizadas abogan por exigir un control judicial de tales acuerdos, dado lo judicializada que se encuentra esta materia en el Derecho europeo en general, y en el español en particular, y de la trascendencia de los intereses en juego.

Creo, y así se ha defendido en reiteradas ocasiones en este trabajo, que no es necesario someter los acuerdos alcanzados a control alguno de equidad; basta con controlar que efectivamente sean legales, y de ello se encargaría el notario. La mayor o menor justicia o equidad de los acuerdos adoptados respecto de los afectados por ellos, sean éstos los propios cónyuges, sean los hijos comunes menores de edad, sean otros terceros, queda suficientemente garantizada con las medidas generales legalmente previstas. Así, por ejemplo, cabría aplicar las reglas y medidas legales contempladas para la corrección de un ejercicio desviado de la patria potestad (obligación de rendir cuentas, exigencia de responsabilidades a los progenitores, adopción de medidas cautelares por el juez, suspensión y privación de la patria potestad, etc.). Los terceros perjudicados por los pactos del divorcio podrían acogerse, por ejemplo, al régimen propio de los negocios celebrados en fraude de ley. En definitiva, que en nuestra opinión, celebrado el convenio entre personas con capacidad legal suficiente (de que así sea se ocupará el notario), el mismo ha de tener fuerza de ley entre las partes que lo hayan celebrado; los demás afectados podrán defenderse por sí mismos o bien a través de los mecanismos legales de protección generalmente previstos, por ejemplo, a través de la solicitud hecha por quienes legalmente puedan y deban hacerla (juez, Ministerio Público, el propio menor, sus parientes, etc.) de la adopción de medidas especiales por la autoridad judicial en beneficio de los hijos menores sujetos a la patria potestad de los divorciados.

De acuerdo con la opinión que acabo de exponer no sería preciso control de equidad alguno, y con la escritura notarial recogiendo la voluntad común de los cónyuges de divorciarse y la regulación de los efectos del divorcio, éste se produciría, sirviendo la escritura de título con fuerza legitimadora de sus respectivos derechos, suficiente para reflejar cualquier modificación jurídico real en el Registro de la Propiedad y para inscribir el nuevo estado civil de los cónyuges en el Registro Civil, con fuerza probatoria y ejecutiva. La inscripción de la escritura de divorcio en el Registro Civil y en el de la Propiedad haría al nuevo estado civil y

a la disolución, y en su caso liquidación, del régimen económico matrimonial, respectivamente, eficaz frente a terceros, salvo que éstos hubieran ya tenido con anterioridad conocimiento del divorcio.

Reconocemos, sin embargo, que puede haber quien piense que deba existir un control de equidad, al menos cuando haya hijos comunes menores de edad. Creemos que en tal caso el notario ni podría ni debería pronunciarse sobre la equidad de los acuerdos adoptados. Excedería de su ámbito normal de actuación y estaría desvirtuando su función. La equidad o no de lo acordado quedaría entonces sometido a un superior control del juez o de cualquier otra autoridad competente.

En Cuba existe ya una solución. El Decreto-Ley 154 de 1994 regula el divorcio notarial. Si los cónyuges están de acuerdo sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmediatos y no se emite por el fiscal dictamen en contrario, el divorcio procederá por escritura notarial. El notario dará traslado de la solicitud de divorcio cuando a su juicio los acuerdos de los cónyuges atenten contra los intereses de los hijos menores.

No obstante, quizás deberíamos plantearnos en caso de defender la práctica de un control de equidad, si el mismo sería innecesario en caso de que el convenio hubiera sido fraguado bajo los auspicios de un centro oficial de mediación o simplemente con la intervención responsable de expertos en cuestiones jurídicas, psicológicas, sociológicas, médicas, etc., con su comparecencia al acto de otorgamiento de la escritura o la incorporación a la misma de sus informes con la debida acreditación de su autoría.

En resumen: Cabría defender diferentes soluciones:

— Una primera solución: bastaría con el control practicado por el notario, incluso si hay hijos comunes menores de edad, pero exigiendo en este último caso informes de peritos y expertos tendentes a asegurarse la benignidad de los acuerdos adoptados para con los necesitados de una plusprotección.

— Una segunda solución: exigiría un control de equidad posterior al control notarial, pero sólo si hubiera hijos comunes menores de edad. Ese segundo control no debería encomendarse a los jueces, pues nada se habría ganado entonces, y sí en cambio a los fiscales o Ministerio Público, o a la autoridad que cada legislador nacional determinase, fijándole plazos breves para emprender las medidas que creyesen convenientes de considerar perjudicados algunos de los intereses en juego. A tales efectos el notario les enviaría una copia autorizada de la escritura.

— Una tercera solución: exigiría en todo caso, haya o no hijos comunes menores de edad, un control de equidad posterior al notarial. Sirven las mismas consideraciones de la solución segunda.

Precisemos también que, en nuestra opinión, no sería aconsejable involucrar a los notarios en los centros de mediación, básicamente, porque la asunción de competencias en los mismos nos obligaría en cierta medida a desatender los despachos. El notario, sin perjuicio de su asesoramiento –inherente a su propia función– prestado previa, simultánea y/o posteriormente a la autorización notarial del documento que recogiese el convenio de separación o de divorcio, podría servirse de lo gestado en tales centros de mediación, así como prestar cuantas colaboraciones externas se precisasen.

Creemos, pues, que es posible confiar más en la madurez de los cónyuges, en su capacidad de autonormación, para lo que debe reforzarse el protagonismo de la autonomía de la voluntad en detrimento de cualquier control ajeno a los cónyuges, sea éste prestado por el juez o por cualquier otra autoridad; control que, si bien no debe desaparecer, sí ha de reducirse a sus justos límites, quedando en un segundo plano cuando de un divorcio amistoso se trate. La tutela judicial debe quedar a disposición de quien la precise, sean los cónyuges, los hijos o cualquier tercero, pero sin que se considere –insisto, sólo en los procesos absolutamente consensuados– un elemento constitutivo del divorcio (o de la separación). El divorcio amistoso podrá tramitarse por la vía judicial o por la extrajudicial; ambos procedimientos estarán a disposición de los afectados. En la vía extrajudicial el divorcio, según la postura que defendemos, tendría lugar por la sola voluntad común de los cónyuges, siempre que ésta fuese seria y verdadera y hubiese una auténtica ruptura de la vida matrimonial. Voluntad a la que, para que se le reconozca tal protagonismo, hay que reforzar y proteger, estableciendo los mecanismos precisos que garantizan que el acuerdo entre los cónyuges es totalmente libre, voluntario, responsable y meditado. Esto obliga a crear de una parte centros o instituciones de mediación familiar, que permitan conocer a los cónyuges sus derechos, asesorarse sobre lo mejor para ellos y sus hijos. También habría que reconocer e introducir el papel del notario como figura clave, junto a los cónyuges y a los hijos, en los procesos de divorcio (y de separación), exigiendo el documento notarial para la plasmación de los convenios. Se dotaría así a los cónyuges de un asesor, un colaborador y árbitro imparcial, profesional, experimentado, técnicamente preparado y sin coste alguno, más que el del propio documento. La autorización del documento por el notario *no sería obstáculo para que siguieran interviniendo* otros profesionales a los que hasta ahora se les ha venido encomendado, y con notable éxito por cierto, un papel relevante dentro de los procesos de divorcio (y de separación). Su intervención, absolutamente voluntaria y dependiendo de los deseos de los cónyuges, incluso podría resultar decisiva para alcanzar acuerdos entre ellos. Es el caso de los abogados,

imprescindibles y *alma mater* de gran parte de los acuerdos alcanzados en los divorcios amistosos. El que los cónyuges hubieran contado con el asesoramiento de un abogado facilitaría y simplificaría el procedimiento de divorcio. Junto a tales profesionales no hay que olvidar tampoco a otros, como por ejemplo, psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, médicos incluso, de inestimable ayuda para valorar los acuerdos desde un prisma no jurídico, y asegurarse de la equidad y bondad de los acuerdos.

Finalizaremos este trabajo recapitulando nuestras conclusiones:

1.º Es preciso reforzar el protagonismo de los cónyuges en materia de divorcio, dando especial relevancia a los acuerdos que ellos alcanzan.

2.º Es aconsejable introducir instrumentos que permitan a los cónyuges asegurarse de que quieren divorciarse. A esta línea de actuación responden los centros oficiales de mediación y conciliación, de los que se espera que disuadan del divorcio al que realmente no lo quiere y que ayude a alcanzar un clima de paz al que lo quiere, por el bien de todos los afectados.

3.º Creación de vías alternativas al procedimiento judicial tradicional previsto para el divorcio amistoso, con el cual pueden coexistir.

4.º Atribución en casos de divorcio amistoso de competencias al notario como figura en la que se presume (¿no necesita acreditarse!) que concurren todas las condiciones que se precisan para poder ser mediador, convirtiéndose aquél en pieza clave del proceso de divorcio, aunque siempre por detrás de los cónyuges y sus hijos:

1') Para ayudar a los cónyuges en la formación de su voluntad de divorciarse (o separarse) y de alcanzar acuerdos sobre sus consecuencias, independientemente de que existan o no centros oficiales de mediación o de que se haya o no querido acudir a ellos previamente. Se estaría aprovechando la figura del notario como mediador, como persona imparcial objetivamente considerada por la sociedad, independiente, discreta, profesional, de comprobada honorabilidad, experta en temas jurídicos, en el que se podría depositar la confianza por estar dotado de fuerte credibilidad y de aprecio y cercanía social y ser conocida de los interesados, a la que los cónyuges o los miembros de una pareja podrían acudir directa-

mente sin grandes costes por su proximidad física al hallarse establecidos por toda la geografía para que personalmente les ayudase a conciliar sus intereses sobre las consecuencias que todo divorcio (o separación) traen consigo. El notario podría, y habría de contar con la colaboración de expertos en temas sociológicos y psicológicos, recabando cuantos informes de tales expertos fueran precisos.

2') Para resolver de forma directa, rápida, sencilla y barata toda la cuestión procedimental. Los acuerdos se plasmarían en escritura pública, título directamente inscribible en los Registros públicos (especialmente: en el Registro civil y en el de la Propiedad), dotado de fuerza ejecutiva, legitimadora de derechos y probatoria. El notario se aseguraría de la identidad de los cónyuges, de su estado civil, de su capacidad, de la ausencia de vicios en la formación de su voluntad, de que se ha pactado sobre el contenido mínimo legalmente previsto y de la legalidad de los acuerdos.

Si se considerase que hace falta además un posterior control de la justicia y equidad de los acuerdos, y de que los mismos no perjudican a los hijos comunes menores de edad ni a los cónyuges, el contenido de los acuerdos podría ser notificado, en la parte de los mismos que regulasen las relaciones personales, al menos, las paterno-filiales, a la autoridad nacional competente para su control —en España, el Ministerio Fiscal—, para que en un breve plazo de tiempo emprendiese las medidas oportunas para preservar los intereses, a su juicio, perjudicados (en particular, los de los hijos menores de edad o incapacitados).

3') Para colaborar con los centros oficiales de mediación aportándoles su experiencia personal y sugiriendo directamente o a través de los órganos colectivos de representación actuaciones, incluso propuestas legislativas.

5.º Los convenios de divorcio serían susceptibles de revisión por la vía judicial o, si persistiese el acuerdo común, por la vía extrajudicial a la que acaba de hacerse referencia.

6.º El convenio adoptado extrajudicialmente podría ser hecho efectivo por la vía judicial de no cumplirse voluntariamente.

DOCUMENTO PÚBLICO (*)

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

Notario

DOCUMENTO PÚBLICO Y DOCUMENTO PRIVADO: C. CIVIL. INSTRUMENTO PÚBLICO: LN y R. NOTARIAL. DOCUMENTO AUTÉNTICO: R. HIPOTECARIO. DOCUMENTO OFICIAL: LEC y C. PENAL. DOCUMENTO PÚBLICO CON FUERZA EJECUTIVA: CONVENIO DE BRUSELAS Y DE LUGANO. BIBLIOGRAFÍA. NOTA ADICIONAL.

(*) Publicado en los *Cuadernos* de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, número 7, 1999.

I. Documento público y documento privado

El C.c. regula la distinción entre documentos públicos, artículos 1.216-1.224 y documentos privados, artículos 1.225-1.230. El C.c. define el documento público en el artículo 1.216, cuando dice que son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley. Y el artículo 1.217 del C.c. determina que los documentos en que intervenga el notario público se regirán por la Legislación Notarial.

PRIETO CASTRO dice que el C.c. define el concepto de documento público, pero no señala cuáles son estos documentos públicos que están recogidos en la LEC, artículo 596, que dice, bajo la denominación de documentos públicos y solemnes se comprenden:

1. Las escrituras públicas otorgadas con arreglo a Derecho.
2. Las certificaciones expedidas por Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio con referencia al libro registro de sus respectivas operaciones y con las solemnidades que prescribe el artículo 64 del C. Comercio y Leyes Especiales.
3. Los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
4. Los libros de actas, estatutos, ordenanzas, registros, catastros y demás documentos que se hallen en archivos públicos o dependencias del Estado, Provincia o de los Pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los Secretarios y Archiveros por mandato de la autoridad competente.
5. Las ordenanzas, estatutos y reglamentos de sociedades, comunidades o asociaciones, siempre que estuvieran aprobadas por autoridad pública y las copias autorizadas en la forma prevenida en el número anterior.
6. Las partidas o certificaciones de nacimiento, matrimonio y defunción dadas con arreglo a los libros por los párrocos o por los que tengan a su cargo el Registro Civil.
7. Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie.

En cuanto a los documentos autorizados por notario el artículo 1.217 del C.c. determina que se rigen por la Legislación Notarial. La doctrina NÚÑEZ-LAGOS ha considerado que el artículo 1.217 lo que hace es recoger las normas del Reglamento Notarial que pasan a ser normas propias y de esta manera fijan y regulan todo el contenido del artículo 1.217 del C.c. y constituyen la razón de ser del artículo 143-1 del RN.

Hay que tener en cuenta que los preceptos del C.c. regulan casi exclusivamente la escritura pública, puesto que el artículo 1.218 se refiere a la

prueba de los documentos públicos. El artículo 1.219 se refiere a las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior. El artículo 1.220 se refiere a las copias de los documentos públicos cuando existe matriz o protocolo. El artículo 1.221 hace referencia al valor de las copias cuando haya desaparecido la escritura matriz. El artículo 1.223 dice que la escritura defectuosa por incompetencia de notario o defecto de forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmado por los otorgantes. Y el artículo 1.224 se refiere a las escrituras de reconocimiento de acto o contrato.

No obstante la distinción entre documento público y documento privado, no puede decirse que sea absoluta, puesto que la doctrina ha puesto de relieve la existencia de documentos oficiales y documentos auténticos, que serán examinados en este tema.

Documentos oficiales. Cada vez adquieren mayor importancia. No se trata de una categoría sólo relevante en el Derecho Penal o Procesal, sino que se trata de un tipo de documentos que tienen facultades probatorias, que no son documentos públicos pero que tampoco son documentos privados. Estos documentos oficiales no tienen la garantía de la autenticidad de los documentos notariales. Pero estos documentos oficiales tienen la garantía de una presunción de verdad. Tienen más fuerza probatoria que los documentos privados y tanta como los documentos públicos. Esta es la exposición que hace DE LA OLIVA.

Otro tipo de documento distinto del documento privado y del documento público es el documento auténtico. El artículo 1.692-7 de la LEC recogía en materia de casación el concepto de documento auténtico. La reforma procesal 34-1984 prescinde de este concepto, por considerarlo la exposición de motivos como una categoría difícil de catalogar. La existencia del documento auténtico en el Derecho español, como la del documento oficial, será examinada a continuación.

Al margen del documento público, el C.c., artículos 1.225-1.230, regula los documentos privados. No hay un concepto de documento privado. Se puede decir que es documento privado el que no es documento público. E incluso se puede decir que es documento privado aquel que no es ni documento auténtico ni documento oficial.

El documento público como cosa y el derecho sobre el documento público. La doctrina estima que el documento público contiene dos aspectos diferentes. El acto y el documento. El acto es el negocio jurídico pactado y es anterior al documento. El documento es posterior al acto. El documento como cosa puede ser objeto de propiedad; pero a su vez el contenido del documento, acto o negocio jurídico, crea una serie de derechos y obligaciones a favor de los titulares señalados en el documento.

PATTI dice que la propiedad del documento pertenece a aquel o aquellos titulares que aparecen en el contenido jurídico del documento; hay que tener en cuenta que el contenido del documento está en conexión con el titular o titulares del negocio jurídico o acto jurídico en virtud del cual está redactado el documento. Y en este sentido el derecho sobre el documento es el derecho a obtener copia conforme al artículo 224 del RN y concordantes. Pero sin embargo hay que hacer constar la copropiedad del documento público, que ha planteado problemas y que resuelve el C.c. de esta forma.

El artículo 1.065 del C.c. dice que los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refiera. Y el artículo 1.066 del C.c. dice que cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes a costa del caudal hereditario. Si el interés fuera igual, el título se entregará a falta de acuerdo a quien por suerte corresponda. Siendo original a aquel en cuyo poder quede, deberá también exhibirlo a los demás interesados que lo pidieren.

Esta cuestión ya estaba resuelta en el Derecho Romano, que fue reconocida como una *actio exhibendum* a los coherederos. Como hemos visto, en materia de herencia se plantean cuestiones sobre la posesión del documento, debido a que éste es un bien indivisible.

II. Instrumento público

LN y R. Notarial. El 28-mayo-1862, se publica la Ley del Notariado. Según el artículo 17 Ley del Notariado, el notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos. Aparece por lo tanto que el instrumento público está constituido por el protocolo y las copias.

La LEC se publica el 3-marzo-1881, y señala en el artículo 596-1, que bajo la denominación de documentos públicos y solemnes se comprenden las escrituras públicas otorgadas con arreglo a Derecho.

FERNÁNDEZ CASADO estima, en su *Tratado de Notaría*, que el instrumento público comprende las escrituras y actas notariales. En el instrumento público se caracteriza porque varias personas jurídicamente capaces, constituyen, modifican o extinguen relaciones de Derecho, a su vez este autor define el acta notarial como el instrumento público que contiene la exacta narración de un hecho capaz de influir en el derecho de los particulares, y esto realizado por requerimiento de una persona. En

la obra de FERNÁNDEZ CASADO el instrumento público se divide en dos: escritura pública y acta notarial.

AGUADO señala que la dualidad de instrumento público entre documento público y acta notarial, procede del RN de 1862; se dispuso en este Reglamento que además del protocolo se llevara un libro de actas. Se consideró que se consignarían en estos libros de actas las diligencias que se extendiesen. El problema se planteó respecto a los protestos de letras de cambio; después de numerosas resoluciones el protesto de letra de cambio dio lugar a un acta, pero que no pasó a ser consignado en el libro de actas, sino que se incorporó al protocolo notarial. La doctrina hace general esta cuestión y el Reglamento de 1874 admite las actas entre los documentos públicos que se incorporan al protocolo.

SANAHUJA dice que hay otros documentos que son instrumentos notariales, que no son escrituras ni actas, documento que no se incorpora al protocolo y que pueden dejar su constancia en su caso en el libro indicador, artículo 283 del RN. Estos instrumentos públicos son los que dice el artículo 144-1 del RN, cuando dice que el instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y en general todo documento que autorice el notario, bien sea en original, en copia o en testimonio. Y el artículo 144-4 dice que los testimonios, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escritura pública o actas, tienen como delimitación en orden al contenido, la que el Reglamento les asigne. De esta forma aparece la existencia de instrumentos públicos que no se incorporan al protocolo y que sin embargo, en su caso, tienen referencia en el libro indicador.

III. Documento auténtico

R. Hipotecario. El documento auténtico aparece como operativo en la LH artículo 3.º, cuando dice que para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública ejecutoria –o documento auténtico– expedido por autoridad judicial, por el Gobierno o sus agentes en la forma que prescriben los reglamentos. Y el artículo 34 del RH dice que se consideran documentos auténticos para los efectos de la Ley, los que sirviendo de título al dominio o derecho real o al asiento practicable, estén expedidos por el Gobierno o por autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos.

En el Derecho español, antes de la codificación, existe el documento auténtico. ASSO y MANUEL consideran que hay dos clases de documentos que hacen prueba plena. Uno, el documento público, hecho por escriba-

no público, con las formalidades legales y otro, el documento auténtico sellado por el rey, obispos o grandes del reino.

LA SERNA y MONTALBÁN consideran como documento auténtico aquellos documentos que están con el sello del rey u otra persona constituida en dignidad, y que hacen fe no a su favor sino en contra suya. Además del documento auténtico está el instrumento público, y se consideran documentos públicos el protocolo o registro, la copia original que el escribano da a las partes y el traslado de las copias que se sacan después de la primera, y para que produzca fe pública es preciso que estas últimas hayan sido sacadas en virtud de acto del juez y con citación de la parte contraria. Las escrituras públicas están otorgadas por escribano, leídas íntegramente a las partes y firmadas por las partes y el escribano.

TAPIA señala la diferencia entre el documento público y el documento auténtico. El instrumento público está hecho por persona que tiene autoridad pública, mientras que el documento auténtico está autorizado por el sello del rey u otra persona constituida en dignidad, que tiene autoridad y fuerza para ser creído y que hace fe contra el que la mandó sellar pero no a su favor. Para TAPIA el documento auténtico no es un documento público, porque no se otorga ante persona pública, con arreglo a las solemnidades que señala la Ley.

El concepto de documento auténtico, aparte de los textos hipotecarios, constituía uno de los motivos de casación en la LEC, artículo 1.692-7, que se refiere al acto o documento auténtico. En la reforma de la Ley Procesal 34-1984, fue derogado el concepto de documento auténtico. TABOADA explica la reforma de la Ley Procesal del 34-1984, como un ansiado adiós al enigmático –documento auténtico– en casación. Pero como hemos dicho el documento auténtico permanece en el artículo 3 de la LH y 34 del RH. ROCA SASTRE estima que el artículo 34 RH habla de documento auténtico y el artículo 33 del RH habla de título de inscripción. El artículo 33 dice: se entenderá por título para los efectos de la inscripción el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite. ROCA SASTRE considera que ambos conceptos son sinónimos y tienen un significado parecido y que en las STS y RDGR el documento público y el documento auténtico se equiparan, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

SANZ dice que el concepto de documento auténtico es una terminología anticuada que recoge la Ley Hipotecaria de 1861, sobre la base de la legislación de las Partidas, pero que no recoge el C. civil. Este autor

considera que el artículo 34 del RH se limita a repetir el concepto de título o documento inscribible, tal como dice el artículo 1.216 del C.c. y el artículo 33 del RH.

IV. Documento oficial

La expresión documento oficial aparece en el C. Penal, en el título XVIII, capítulo II, cuando habla de las falsedades documentales, y se refiere a la falsificación de documentos públicos oficiales. El artículo 392 del CP dice que el particular que cometiera en documento público, oficial o mercantil alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1.º del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

La doctrina y la jurisprudencia, dice CÓRDOBA RODA, entiende como documento oficial una especie de los documentos públicos que aparecen en el artículo 596-3 de la LEC que dice que son documentos públicos los documentos expedidos por funcionarios públicos, que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones.

DE LA OLIVA señala cómo el concepto de documento oficial adquiere cada vez mayor importancia; se trata de una categoría de documentos que tienen eficacia probatoria, que no son documentos privados y que tampoco son documentos públicos. Tienen una fuerza probatoria superior al documento privado y casi como el documento público, y tiene una presunción de verdad respecto a su contenido.

CÓRDOBA señala cómo la jurisprudencia ha extendido el delito de falsedad al documento privado, y esto ocurre en la figura determinada por la jurisprudencia como documento oficial por destino. La aparición de esta doctrina está en la STS 27-julio-83. Un documento privado que pasa a tener efectos por su presentación en un organismo oficial, pasa a tener la categoría de documento oficial; y ésta es la STS 17-mayo-1966, cuando dice que el documento nace o se hace con el exclusivo y único efecto de producir efectos en el orden oficial y pasa a ser documento oficial por destino cuando se incorpora a una Administración pública. CÓRDOBA RODA califica desfavorablemente esta opinión, ya que el documento oficial es el documento al cual se refiere el artículo 596-c de la LEC, y este tipo de documento no puede ser calificado como documento oficial por destino, porque se trata de un documento privado que no reúne los requisitos que señala la Ley, artículo 596-c de la LEC para ser documento oficial.

Hay que tener en cuenta que el trabajo de CÓRDOBA RODA está hecho sobre la base de este tipo, que se ha llamado documento oficial

por destino, y que no reúne los requisitos determinados en el artículo 596-c de la LEC.

V. Documentos públicos con fuerza ejecutiva. Convenio de Bruselas y de Lugano

Antes de hacer una exposición del artículo 50 del Convenio de Bruselas, y del artículo 50 del Convenio de Lugano, parece oportuno decir lo siguiente. El artículo 220, hoy 293 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, dice que los Estados miembros entablarán en tanto sea necesario negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales –la simplificación de las formalidades a que estén sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones y los laudos arbitrales–. El Convenio de Bruselas de 27-9-68, relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil (*BOE* 28-1-1991), y el Convenio de Lugano (*BOE* 20-10-1994), y aunque estos convenios no tienen la naturaleza del Derecho comunitario, pero en la medida que vienen a favorecer la aplicación de los Tratados y Constituciones de la Comunidad Europea, reciben la calificación de derechos complementarios, integrándose de esta forma en dicho Derecho comunitario. El concepto de documento público con fuerza ejecutiva es el siguiente, según el texto de estos tratados.

Artículo 50. Convenio de Bruselas. Los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en un estado contratante serán declarados ejecutorios a instancia de parte en otro estado contratante, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 31 y ss. La solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuera contrario al orden público del estado requerido. El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el estado de origen. Serán aplicables en la medida que fuera necesario las disposiciones de la sección tercera, título III.

Artículo 50. Convenio de Lugano. Los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en un estado contratante serán declarados ejecutorios a instancia de parte en otro estado contratante, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 31 y ss. La solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuera contrario al orden público del estado requerido. El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el estado de origen. Serán aplicables en la medida que fuera necesario las disposiciones de la sección tercera, título III.

El Convenio de Bruselas, en materia de documento público, tuvo en cuenta los siguientes informes cuya exposición se hace a continuación.

Convenio de Bruselas. Informe Jenard. Se exigen tres condiciones para que los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados en un estado puedan ser declarados ejecutorios en otro estado contratante.

a) El documento debe ser ejecutorio en el estado en que ha sido formalizado.

b) Deberá reunir las condiciones necesarias para su autenticidad en dicho estado.

c) Su ejecución no podrá ser contraria al orden público del estado requerido.

También se dispone en las disposiciones de la sección tercera, del título III, que se aplicarán en la medida que fuera necesaria. De ello se deduce en particular que no será exigida ninguna legalización ni formalidad análoga.

Convenio de Bruselas. Informe Schlosser. Documento público con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales. Se refiere este informe a Inglaterra e Irlanda, donde no existe algo similar a los títulos ejecutivos. En Escocia, los títulos que fundan una obligación de suministrar una prestación bien determinada, pueden asentarse en un Registro oficial. Un certificado de dicho Registro autoriza la ejecución con igual eficacia que una resolución judicial, tales certificados entran en el ámbito de la aplicación del artículo 50.

Convenio de Lugano. Informe Jenard-Moller. Los representantes de los estados miembros de la AELC pudieron señalar su acuerdo con el texto del artículo 50, aunque la noción de documento público con fuerza ejecutiva no se contemple en su legislación, a excepción de Austria. Sin embargo, solicitaron que el informe precise las condiciones que debe satisfacer un documento público con fuerza ejecutiva para ser considerado ejecutivo con arreglo al artículo 50. (Véase informe Schlosser, apartado 226).

Dichas condiciones de documento público con fuerza ejecutiva son las siguientes: – La fuerza ejecutiva del documento deberá establecerla una autoridad pública. – Dicha fuerza ejecutiva deberá abarcar el contenido y no sólo por ejemplo la firma. – El documento deberá ser ejecutivo en sí mismo en el estado en el cual haya sido establecido.

GOTHOT y HOLLEAUX señalan respecto a estos documentos públicos con fuerza ejecutiva la siguiente cuestión. Los instrumentos públicos ejecutivos se caracterizan porque la autoridad que los crea no toma en ellos ninguna decisión. Ahora bien, si el instrumento público contiene además un negocio jurídico, hay que distinguir entre el documento y el negocio contenido en dicho documento. Si el documento es ejecutivo por reunir las condiciones señaladas, se le aplica la normativa del artículo 50 del

Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano. Pero el negocio contenido en el documento se rige por normas distintas, y hay que aplicar al negocio contenido en el documento la normativa del Derecho internacional privado. Una cosa es que el documento reúna los requisitos del artículo 50, y otra cosa es que el negocio contenido en el documento sea válido; la validez del negocio contenido en el documento deberá ser calificada con arreglo a las normas del Derecho internacional privado. El juez del *exequatur* sólo valora los requisitos del instrumento, que sea título público con fuerza ejecutiva, pero no su contenido; el procedimiento del *exequatur* no puede ser a la vez un procedimiento para valorar el negocio contenido en el documento, que se ha de hacer con arreglo a las leyes del Derecho internacional privado.

Como hemos visto en el informe Schlosser, el documento público con título ejecutivo puede plantear problemas respecto a la legislación de Inglaterra e Irlanda. Hace falta con arreglo al artículo 50 del Convenio de Bruselas, dice Gaudemet-Tallon, verificar si el documento público es ejecutivo en el estado de origen, y esto puede plantear problemas en los países como Inglaterra e Irlanda, que como hemos visto no tienen la categoría de título ejecutivo dentro de su legislación. El problema se plantea cuando instrumentos autorizados en Inglaterra o Irlanda sean presentados al *exequatur* en los países de Derecho civil; por el contrario, la jurisdicción de Inglaterra e Irlanda tendrá que admitir como ejecutivo los documentos del artículo 50 del Convenio de Bruselas y de Lugano, autorizado por notario, en los países de Derecho civil, y que sean títulos ejecutivos en los países que han sido autorizados.

Sentencia del TJCE 17-junio-1999. Asunto C-260/97. Documentos públicos y oficiales. Convenio de Bruselas: Interpretación del artículo 50. Concepto de documento público con fuerza ejecutiva formalizado en un estado contratante. Documento extendido sin la intervención de un funcionario público, artículos 32 y 36.

Se trata de un documento suscrito en un banco establecido en Dinamarca. Son documentos de crédito. Están mecanografiados y firmados por el interesado y también por una tercera persona, al parecer un empleado del banco que interviene como testigo de la firma del deudor. La sentencia citada dice:

17. El informe Jenard-Moller recuerda en su apartado 92, que los representantes de los estados miembros de la asociación europea de libre comercio solicitaron que se precisaran las condiciones que debe satisfacer un documento público, para ser considerado ejecutivo con arreglo al artículo 50. Convenio de Lugano.

18. Según este mismo informe la intervención de una autoridad pública es por tanto indispensable para que un documento pueda ser califi-

cado de documento público, en el sentido del artículo 50 del Convenio de Lugano.

21. Habida cuenta de todo lo anterior, procede a responder a la primera cuestión: que un documento de crédito con fuerza ejecutiva en virtud del derecho del estado de origen, cuya autenticidad no ha sido establecida por una autoridad pública o por otra cualquiera autoridad habilitada a tal fin por dicho estado, no constituye un documento público en el sentido del artículo 50 del Convenio de Bruselas.

16. Esta interpretación del artículo 50 del Convenio de Bruselas, está corroborada por el informe Jenard-Moller del Convenio de Lugano.

12. De esta forma, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dilucida que un documento de crédito para que tenga fuerza ejecutiva, ha de ser extendido con intervención de una autoridad pública, y de esta forma constituye un documento público en el sentido del artículo 50 del Convenio de Bruselas. No constituye un documento público a efectos del artículo 50 del Convenio de Bruselas, un documento de crédito firmado por el deudor, sin la intervención de un funcionario público.

Este texto ha sido expuesto por el trabajo de J. MASEDA, en la Revista *La Ley*, número 4.829.

Bibliografía

- FERNÁNDEZ CASADO: *Tratado de Notaría*, I, Madrid, 1895.
PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1972.
DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, M. A.: *Derecho Procesal*, II, Madrid, 1992.
TAMAYO CLARES: *Derecho Notarial*, Granada, 1998.
GUIDI: *Teoría giuridica del documento*, Milán, 1950.
PATTI: *Prova documentale*. C. Scialoja-Branca. Art. 2699-2720, Roma, 1996.
SANAHUJA: *Tratado de Derecho Notarial*, I, Barcelona, 1945.
ASSO y MANUEL: *Instituciones de D. Civil de Castilla*, Madrid, 1792.
LA SERNA y MONTALBÁN: *Derecho Civil y Penal de España*, III, Madrid, 1843.
TAPIA: *Febrero Novísimo*, Valencia, 1830, IV.
ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, II, Barcelona 1954.
SANZ, A.: *I. de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953.
CÓRDOBA RODA: "Documento oficial por destino y fotocopias de documentos en los delitos de falsedad", *La Ley*, n.º 4666.
VIRGÓS, M., y GARCIAMARTÍN, F.: *Derecho procesal civil europeo*, Madrid, 1996.
TABOADA: "El ansiado adiós al enigmático documento auténtico en la casación", *Anales A. Matritense Notariado*, n.º 26.
GOTHOT y HOLLEAUX: *La Convención de Bruselas*. 27-9-1968.
GAUDEMET-TALLON: *Les Convention de Bruxelles et Lugano*, París, 1997.

Nota adicional

El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Congreso de los Diputados. VI Legislatura, n.º 147-1, determina como documentos públicos en el artículo 318, los siguientes:

“A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios judiciales.

2.º Los autorizados por notario con arreglo a Derecho.

3.º Los intervenidos por corredores de comercio colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho.

4.º Las certificaciones que expidan los registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, administraciones o entidades.

7.º Los documentos públicos administrativos no comprendidos en los números anteriores y los demás documentos a los que las leyes otorguen el carácter de públicos.”

EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: EXPLICACIONES, REFLEXIONES Y COMENTARIOS

FERNANDO GOMÁ LANZÓN

Notario

A mi padre, precisamente ahora

SUMARIO: PREÁMBULO. **PRIMERA PARTE.** COMERCIO ELECTRÓNICO: PROBLEMAS Y SOLUCIONES. **1.** Génesis. **2.** Riesgo y ventura. **3.** De los problemas y las necesidades. **4.** Ocultación del mensaje: la criptografía. **A)** *Criptografía simétrica o de clave privada.* **B)** *Criptografía asimétrica o de clave pública.* **C)** *La doble cara de la criptografía.* **5.** El funcionamiento de la firma electrónica. **6.** Los prestadores de servicios de certificación. **SEGUNDA PARTE.** COMERCIO ELECTRÓNICO Y NOTARIADO. **I. PERSPECTIVA GENERAL.** **1.** Tan cerca, tan lejos. **2.** Los principios. Sistemas jurídicos latino y anglosajón. **3.** La importancia de llamarse notario. **4.** Algunas bases de actuación. **A)** *Vigencia de la profesión.* **B)** *Reciclaje y ampliación de conocimientos.* **C)** *Sentido y credibilidad.* **D)** *Participación activa.* **E)** *Notario, marca registrada.* **II. FUNCIONES CONCRETAS DEL NOTARIO EN LA TRANSACCIÓN ELECTRÓNICA.** **1.** Funciones como notario. **A)** *El acta de depósito, el “escrow” y el depósito de claves privadas.* **B)** *El acta de visualización de*

la pantalla de un ordenador. C) Autoridad de registro. D) Legitimación de firmas digitales. E) Sellado digital. F) La escritura pública electrónica. 2. Funciones por ser notario y para actuar como notario eficiente. A) Prestador de servicios de certificación. B) Ventanilla electrónica. C) Tercero de confianza. 3. Una propuesta: la escritura pública de reconocimiento de firmas digitales. III. EL LLAMADO CIBER-NOTARIO EN ESTADOS UNIDOS. COLOFÓN. BIBLIOGRAFÍA.

Preámbulo

“Cualquier tecnología suficientemente avanzada es indistinguible de la magia”

Arthur C. Clarke

Cuenta MARIO MICCOLI (1), a la sazón Presidente de la Comisión de Informática de la Unión Internacional del Notariado Latino, que cuando en el frío invierno de 1993 fue invitado a participar en una reunión promovida por la Asociación Americana de Abogados (ABA) en la ciudad de Nueva York, no podía prever que estaba iniciando lo que él mismo califica de “fascinante aventura”: la realización y expansión, tanto desde el punto de vista técnico como desde el plano jurídico, de una nueva forma de transacción, de la que hasta entonces, según confiesa, había desconocido completamente su existencia: el comercio electrónico.

El primer día de reunión se encontró completamente desorientado; ni entendía la materia, ni era capaz de descifrar los extraños términos y expresiones usados, tan ajenos, circunstancia agravada por el hecho de que sus anfitriones daban por supuesto todo lo contrario. Sin embargo, poco a poco, y al cabo de las diversas sesiones, tomó conciencia de que este nuevo fenómeno iba a plantear de forma inmediata importantes problemas legales de todo tipo a un nivel mundial, y que era necesario estudiarlos y enfrentarse a ellos en esa misma escala, y con rapidez. Entonces comprendió por qué la ABA había considerado oportuno invitar a un relevante notario latino a esa reunión.

Este trabajo pretende exponer qué descubrió MICCOLI en el “gelo invernal” de Nueva York aquel año. Y en especial, de qué modo la profesión notarial podrá participar en tan seductora aventura.

(1) “Cybernotary”, *Rivista Notariato* (Italia), abril 1996.

Por la propia naturaleza del asunto de estudio, he considerado conveniente, antes de profundizar en el tema propiamente jurídico, el detenerme en el aspecto informático. Debido a ello, hay dos partes claramente diferenciadas. En la segunda de ellas analizaremos cómo puede enfocar la institución notarial su actividad en el mundo de la transacción electrónica, en una visión general y descendiendo más tarde a lo particular. Pero es ésta una materia de gran complicación técnica, por lo que se revela imprescindible tener unas previas nociones del funcionamiento de la comunicación electrónica y las dificultades que plantea, para percibir adecuadamente sus relaciones con el mundo del Derecho. Así, en una primera parte explicaremos de forma sencilla el mecanismo para producir comunicaciones seguras, sus peculiaridades y sus problemas.

El año 1993 está muy cerca en el tiempo, pero en términos de evolución tecnológica estamos hablando casi de la prehistoria. Si tenemos en cuenta que Internet como fenómeno de masas explota un año después, en 1994, que es cuando comienza a funcionar la ahora famosísima triple WWW (2), y observamos cómo se ha introducido en nuestras vidas en cinco o seis años, comprobaremos que el desarrollo en esta materia está viajando tan rápido como lo hacen los datos por la red (y a veces más, dados los frecuentes atascos de ésta) (3).

Internet es una criatura jovencísima que se está creando continuamente a sí misma, creciendo y modificándose, y es cada vez más un mecanismo de comercio, de transacción, de mercado en definitiva. Ciertamente existen y se desarrollan en ella otras facetas importantes, como la simple comunicación e intercambio de información o programas, la investigación, la creación de foros de opinión y utilidades que todavía están por surgir. Pero entiendo que lo verdaderamente fundamental, lo que hace que esté experimentando este crecimiento exponencial, es que en la red hay muchísimo dinero en juego. Es un universo con grandes espacios libres por explorar y unas posibilidades empresariales de máxima importancia. La economía, como en casi todas las facetas de la vida, dicta su Ley poderosa (4).

(2) GONZÁLEZ PONS, Esteban, "Internet, por donde sigue la historia", *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, número 61, febrero 1999, p. 110.

(3) La red a todos los efectos de este trabajo es Internet, que en realidad no es una única infraestructura, sino un conjunto interconectado de miles de redes abiertas (es decir, con posibilidad de acceso a cualquiera de ellas desde las demás), también conocida por el pomposo nombre de "autopista de la información".

(4) "Miles de millones de dólares se encuentran en danza y a la espera de ser aprovechados por los que primero o de mejor manera sepan advertir y manejar la situación. Si los bancos asumen una fuerte intervención en los pagos realizados a través de Internet... pueden ganar mucho dinero... Por otro lado, si empresas de otro tipo advierten la lentitud con que los bancos se mueven y organizan sus propios sistemas de pago... serán ellas las que consigan los

La red es y probablemente será biblioteca, empresa editora y plaza pública, pero ante todo se definirá como un enorme negocio a escala planetaria. La aldea global dispone ya de su mercado global.

Y de problemas globales.

PRIMERA PARTE

COMERCIO ELECTRÓNICO: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

"Cuando se trata de dinero todos son de la misma religión"

Voltaire

1. Génesis.

En el principio fue la Guerra Fría. De ella surge la red de comunicación llamada Arpanet –militar–, mutada después en Usenet –de carácter universitario– (5), hasta llegar a Internet a principios de la década de los 90. Pero no será sino hasta tres o cuatro años más tarde cuando se generalice como producto de utilización no restringido a ciertas áreas más o menos amplias, sino abierto al mundo entero. Y en ese momento se inició una evolución espectacular (6).

Algo se ha creado aparentemente de la nada. Un mundo nuevo que genera una nueva sociedad. En este nacimiento, algunos han creído que

beneficios". DEVOTO, Mauricio, y LYNCH, Horacio M., "Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital", *Revista Jurídica La Ley* (Buenos Aires) edición de 21 de abril de 1997.

(5) Se trataba de dar una solución a la posibilidad de que la URSS bombardeara centros militares estadounidenses y destruyera su sistema de comunicaciones de Defensa. En 1969 el Departamento de Defensa crea una red electrónica de intercambio de datos, Arpanet, de forma que, aun aniquilados algunos centros, el sistema seguiría funcionando por medio de los demás (y todavía hoy, una de las características de Internet es que entre dos puntos pueden encontrarse varias vías de comunicación alternativas). Posteriormente, la red creada fue conectando diversas instalaciones militares y universidades, hasta que se escindió por razones de manejo en dos diferentes, Milnet para lo militar y Usenet para la parte universitaria, pero las dos redes permanecieron conectadas entre sí por lo que se llama un "protocolo de comunicaciones entre redes", que es la base de Internet, la cual está conformada por multitud de redes entrelazadas (*Ciberdiccionario*, DAVID MORSE, pp. 20-21, ediciones Deusto, 1997).

(6) En 1995 se crearon más de 700 sitios web en un solo día, lo que ya no era inusual; y el ritmo se mantenía (*Ciberdiccionario, op. cit.*, p. 9).

la red podría llegar a convertirse en una especie de paraíso anarquista en el que, en un perfecto anonimato, personas de todos los pueblos del mundo compartirían información, opiniones y relaciones, libre y espontáneamente, sin directrices ni imposiciones: un gran foro cultural, un ágora virtual, una democracia real (7). Hay quienes entienden que la red es una gran comunidad virtual compuesta de millones de adhesiones voluntarias, en una nueva manera de entender la relación humana (8). No debemos olvidar que precisamente una de las características de la red es que quien quiera puede opinar y seguidamente dar a conocer sus ideas sin intermediarios, por lo que no es extraño que nos encontremos todo tipo de análisis sobre la materia, algunos de ellos –es inevitable– con el inconfundible aroma de fin de milenio (9).

Mas es sabido que todos los paraísos lo son porque se pierden. El inicial anonimato va dejando paso a un progresivo control de la identidad del usuario de la red, a través de diversos mecanismos electrónicos, más y más sofisticados.

Por una parte se antoja necesario ese control, en aras a prevenir la emergente delincuencia informática, cuya evolución corre paralela a los avances técnicos. Como dice RIBAS ALEJANDRO (10) “el ciberespacio es un mundo virtual en el que los defectos, miserias y malos hábitos del ser humano se reproducen con la misma fidelidad que las virtudes”. Y por otro lado, en el gran mercado la misión es vender, y para ello la información es básica, tanto la que tiene el vendedor como la que se proporciona al potencial adquirente al recabar datos. La inocencia de los pri-

(7) David CASACUBERTA y José Luis MARTÍN, en su “Diccionario de Ciberderechos” se refieren a lo que denominan “anarquía digital”, definiéndola como tendencia que considera la red como un “ciberespacio totalmente independiente y ajeno al mundo físico, en el que se ha creado una nueva civilización de la información. La anarquía digital, entroncada con el llamado anarquismo derechista norteamericano, defiende por tanto una Internet en la que los gobiernos y las autoridades estatales no tienen ninguna cabida, y que ha de ser gobernada solamente por la voluntad e intereses de quienes constituyen esta comunidad, siguiendo principios ultraliberales”. (*Boletín electrónico de Kriptópolis*, número 102, de 18 de marzo de 1999).

(8) Esteban GONZÁLEZ PONS relaciona la comunidad virtual con el contractualismo político defendido por ROUSSEAU (*op. cit.*, nota 2).

(9) Así, ideas tan sugerentes como la recogida en la voz “Bey, Hakim”, del “Diccionario de Ciberderechos” citado en la nota 7: “En principio, el nombre designa a un místico sufi, aunque aparece aquí por haber sido utilizado como pseudónimo por diversos autores de textos fundamentales de la cibercultura y los ciberderechos. El texto más famoso de «Hakim Bey» es seguramente TAZ (Zonas Temporalmente Autónomas), un texto de ideología «hippy» donde se defiende la creación de utopías móviles, sin una base física fija. El texto fue escrito en los setenta, aunque su influencia en las comunidades virtuales electrónicas es tan fuerte que mucha gente cree que fue escrito en los noventa, fecha de su popularización”. (*Boletín electrónico de Kriptópolis*, número 106, de 9 de abril de 1999).

(10) RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, p. 125, Aranzadi editorial, 1999.

merísimos tiempos da paso a un entorno competitivo y menos “neutral” y discreto de lo que aparenta (11).

No somos anónimos, pues, ni tampoco estamos seguros. Internet no contempló como esencial el factor de la seguridad, dados sus orígenes no comerciales sino de medio para intercambiar libremente ideas e información. Es una red abierta, fácilmente vulnerable para quien tenga unos mínimos conocimientos técnicos. Su progresiva mercantilización está determinando que lo que antes se contemplaba como un gasto superfluo, devenga ahora en prioridad absoluta (12).

2. Riesgo y ventura.

Nuestro centenario Código de Comercio, regulando el contrato mercantil de transporte terrestre, señala en su artículo 361 que las mercaderías se transportarán a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario. La razón de la norma es que la actividad de transporte por su propia naturaleza tiene unos peligros que por ser consustanciales con ella han de ser arrostrados por el que la pretende, no siendo en principio imputables al porteador.

En las comunicaciones vía electrónica se produce algo similar, dado que el medio de transporte de los datos, la red, es, por su propia esencia, inseguro, y susceptible de ataques externos –es decir, de personas ajenas al emisor y receptor– que pueden llegar a conocer y manipular el contenido del mensaje e incluso a crear uno completamente falso. Técnicamente la red no es capaz de proteger de forma general a los que por ella se intercambian información, y no da la impresión de que vaya a serlo al menos en un periodo de tiempo razonable. En estas condiciones, pues, el peligro de manipulación es algo connatural con el medio utilizado, por lo que los “porteadores” –empresas que dan servicios de comunicación en la red– sencillamente no garantizan el buen fin de la comunicación. Así, verdaderamente, podríamos decir que el transporte de datos por la red se realiza por cuenta y riesgo del emitente, por la misma razón que en el transporte terrestre, los riesgos y la buena o mala

(11) Cuando se solicita información por medio de los buscadores, normalmente el usuario se decanta por las primeras opciones que le aparecen en la pantalla, sobre todo cuando la lista es extensa; pues bien, recientemente se ha sabido que algunos buscadores cobran a los sitios web, cuando estos quieren estar en los lugares preferentes. Una librería virtual tan prestigiosa como *Amazon.com* también cobraba a las editoriales por recomendar sus productos (“Las búsquedas de la red están dirigidas”, Ángel CORTÉS, revista electrónica *Noticias Intercom*, 23 de febrero de 1999).

(12) MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia, “Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación”, pp. 25-35, *Estudios de Derecho Mercantil*, editorial Civitas, 1998.

ventura recaen sobre el que pretende el envío. Claro que no se trata de aplicar el citado artículo del transporte terrestre al comercio electrónico, pero esta referencia nos sirve para anunciar que, como tendremos ocasión de analizar en la segunda parte de este trabajo, aunque el que estudiamos sea un fenómeno totalmente nuevo, las normas e instituciones que lo dirijan no serán necesariamente originales, sino que algunas ya preexistentes, y entre ellas el notariado, pueden aportar soluciones, puntos de referencia y avances.

Nos encontramos por tanto con que el usuario de la red ha de buscarse particularmente su propio resguardo, en una situación que recuerda en cierto modo a la del “salvaje Oeste”, cuando al atravesar territorios inexplorados y presumiblemente infestados de peligros, las diligencias y caravanas debían procurarse por sí mismos la protección que el medio no les proporcionaba. También la red es un territorio extraño y lleno de peligros, y en ella cada uno habrá de velar por su propio beneficio.

Es un hecho que por el momento la red no genera confianza, y es otro que sin confianza el comercio electrónico encontrará grandes obstáculos para su crecimiento. Este binomio seguridad-confiabilidad es la clave, y así se estima por los expertos (13). La Comisión Europea, por ejemplo, considera como primer objetivo para el desarrollo de esta actividad el de la generación de confianza, indicando además que en el momento actual lo que existe es una inquietud extendida en tanto en cuanto no se estima que estas cuestiones estén suficientemente garantizadas (14).

3. De los problemas y las necesidades.

Consigo encontrar un libro antiguo, que llevo varios meses buscando, en el catálogo de una “librería virtual”, de la que desconozco más datos que los que ella misma proporciona en su página web. Para adquirirlo me solicitan mi número de tarjeta de crédito, ¿se lo doy?

El abogado de la empresa que dirijo me solicita que le remita determinados datos confidenciales, que de ningún modo deben ser conocidos por la competencia, ¿se los puedo enviar por correo electrónico?

(13) En una encuesta elaborada recientemente por el “Information Technology Association of America” (ITAA) entre 105 ejecutivos de importantes empresas informáticas, la falta de confianza fue señalada por el 63% de ellos como el principal problema que puede frenar el desarrollo del comercio electrónico. Por falta de confianza entendían la pérdida de privacidad, las dificultades de reconocimiento entre empresas y clientes o la falta de seguridad en las transacciones (GÓMEZ, José Manuel, “Comercio electrónico en Internet: ¿el futuro tendrá que esperar?”, *Boletín electrónico de Kriptópolis*, año IV, número 118, 17 de junio de 1999).

(14) MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia, *op. cit.*, pp. 31-32.

Voy a aceptar una oferta comercial cuyas condiciones de contrato me han sido remitidas vía Internet, ¿cómo sé que la oferta no ha sido manipulada?

Estos ejemplos ilustran las dudas ante los peligros potenciales o reales que pueden aparecer al plantearse el utilizar la red como medio de transacción. En el primero de ellos, puedo temer que la tienda no exista en realidad, y que al proporcionar mi número de tarjeta, me extraigan fondos de mi cuenta. En el segundo, en cambio, se trata de la incertidumbre acerca de si los datos van a ser interceptados y conocidos por terceros. Y en el último, la duda recae en el propio contenido del mensaje.

No se trata de temores exagerados, producto de la ignorancia y la desconfianza hacia lo desconocido; por el contrario, es relativamente fácil crear una página web falsa, e incluso varias interrelacionadas. Y no es complicado técnicamente para alguien experto el obtener, y por tanto también manipular, los mensajes electrónicos. Se trata de peligros muy reales (15).

Intercambiar información en Internet, como red abierta, implica en definitiva asumir riesgos (16):

- El autor del mensaje puede no ser quien aparece al receptor.
- El mensaje puede no recibirse como se envió, o incluso todo el mensaje quizá sea falso.
- El mensaje quizá haya sido leído por un tercero no deseado.
- El emisor puede negar haberlo enviado o el destinatario haberlo recibido.

Como dicen CARRASCOSA, POZO y RODRÍGUEZ DE CASTRO (17), la seguridad es un término que se encuentra unido de una manera indisoluble al Derecho. Para el desarrollo jurídico del comercio electrónico es de todo punto imprescindible configurar un mecanismo capaz de proporcionar la seguridad técnica que avenge esos temores, cumpliendo unos principios, admitidos generalmente como básicos:

- a) *Autenticación*: seguridad de que el mensaje ha sido remitido por una determinada persona, e identificación fiable de la misma.

(15) En el *Boletín electrónico de Kriptópolis* número 106, de 9 de abril de 1999, pueden encontrarse ejemplos creados para ilustrar lo dicho. Uno de ellos consiste en que, cuando se cree estar rellenando un formulario, en realidad se está remitiendo una amenaza a la Casa Blanca. Otro consiste en engañar al ordenador, haciéndole creer que está visitando cierta página web, cuando no es así.

(16) MARTÍNEZ NADAL, Apollonia, *op. cit.*, p. 31.

(17) CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M. A., y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P., *Contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, p. 27, editorial Comares, 1999.

- b) *Integridad* (o exactitud): fiabilidad de que el mensaje recibido es el mismo que fue enviado.
- c) *No rechazo o no repudio*: imposibilidad de que el emisor niegue haber enviado el mensaje, y el destinatario haberlo recibido.
- d) *Confidencialidad*: garantía de que el mensaje solamente va a ser conocido por el receptor y no por terceros no autorizados.

Esto expuesto, estudiemos a partir de ahora cómo la tecnología pretende dar una respuesta a los problemas y a las necesidades.

4. Ocultación del mensaje: la criptografía (18).

"No hay privacidad, más vale que se acostumbren"

Scott Mc Nealy, presidente de Sun Microsystems (y miembro de la llamada "Alianza por la Privacidad en las Redes")

Históricamente es una constante la necesidad de enmascarar el contenido de los documentos o mensajes destinados a determinadas personas. Desde la escritura hierática de los sacerdotes del Antiguo Egipto, utilizada para mantener secretos sus rituales religiosos, pasando por los códigos secretos manejados por los militares espartanos (un sistema denominado escítala), o el llamado "algoritmo de César", empleado por Julio César (19), hasta los mensajes secretos utilizados como un arma más de combate durante la II Guerra Mundial.

La criptografía se define precisamente como el conjunto de formas de crear mensajes secretos, y tiene su reverso en el criptoanálisis, el cual se ocupa de descifrar el mensaje, desvelando su misterio.

Señala MANUEL J. LUCENA LÓPEZ que la criptografía hace años que dejó de ser un arte para convertirse en una técnica, o mejor un conglomerado de técnicas cuyo objetivo común es la protección de la información. Cabe señalar el nacimiento de la moderna criptografía en la guerra de 1939-1945, con la máquina de rotores ENIGMA, que, aunque construida con anterioridad, fue utilizada a gran escala en la contienda por el ejército alemán para enviar mensajes secretos. La historia de ENIGMA y las contra-máquinas ideadas por los aliados para romperla –en especial la

(18) Seguimos en este apartado básicamente a LUCENA LÓPEZ, Manuel-José, *Criptografía y seguridad en computadores* (libro electrónico –no tiene versión en papel– disponible en www.kriptopolis.com/criptografia.zip); MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia, *op. cit.*, pp. 42 a 59. Y a CABRERO, Ignacio Enrique, "Los sistemas de firma electrónica en Internet", artículo publicado en la revista *Red10*, junio 1998.

(19) Es uno de los algoritmos criptográficos más simples y consiste en sumar 3 al número de orden de cada letra. La letra A es la D, la B es la E, y sucesivamente (LUCENA LÓPEZ, Manuel-José, *op. cit.*, p. 64).

denominada “Bomba”— constituyen un relato apasionante de un aspecto de la guerra que según recientes estudios tuvo una trascendencia notable en su desarrollo (20).

Posteriormente serán los servicios de inteligencia de las grandes potencias los que durante la Guerra Fría desarrollen las modernas técnicas de codificación y criptoanálisis por medio de los cada vez más sofisticados computadores.

Al llegar el ordenador personal e Internet, todos sentimos la necesidad de transmitir información segura, y la criptografía desciende al hombre de la calle, dejando de ser una exclusiva cuestión militar o de seguridad nacional. Como dice LUCENA, la red obliga no sólo al profesional, sino al ciudadano medio, a tener unos conocimientos básicos sobre seguridad.

A) *Criptografía simétrica o de clave privada.*

La técnica criptográfica codifica la información por medio de un algoritmo matemático. Transforma aquella, inicialmente un texto claro, en otro ininteligible. Es lo que se denomina cifrar o codificar, y la operación contraria, volver a hacer comprensible el mensaje, es por tanto descifrar o decodificar. No se trata de que el algoritmo, fórmula matemática, codifique el mensaje, sino que por medio de él se crean las claves que provocan estos efectos. Es como el molde o forja de las mismas, de suerte que con el mismo algoritmo pueden generarse multitud de claves.

Los mecanismos de cifrado y descifrado precisan de esta contraseña o clave, las cuales, aplicadas al mensaje, bien lo volverán ilegible, bien lo devolverán a su estado inicial. En una primera fase de la evolución tecnológica, la clave era la misma tanto para codificar como para descodificar, constituyendo un sistema que se conoce como de “criptografía simétrica”. En él, tanto el emisor como el receptor aplican la misma clave, por lo que ésta debe permanecer secreta para los demás, ya que si llegara a ser conocida por un tercero, cualquiera podría descifrar el mensaje.

Veamos un símil para aclarar lo expuesto: dos personas deciden que para transmitirse entre sí, y de forma segura, determinada información que consideran confidencial, van a alquilar un apartado de correos, poseyendo cada uno —y sólo ellos— una copia de la llave que lo abre. De

(20) El aspecto externo de ENIGMA era similar al de una máquina de escribir. Quien quisiera codificar un mensaje, lo tecleaba y en el papel aparecía cifrado. Son frecuentes las películas en las que aparece el ejército alemán utilizando este ingenio; así, por ejemplo, en “El submarino” de Wolfgang Petersen, se recibe en la nave un mensaje en clave que entrega el telegrafista al capitán, el cual lo descodifica con la máquina, habiendo colocado de una cierta forma (que conoce secretamente) los rotores de la misma.

esta forma, uno de los dos podrá con su llave abrir la caja e introducir la información, y el otro, con la suya, hacer lo propio y recogerla. Evidentemente, si un tercero llega por cualquier circunstancia a obtener otro ejemplar de la llave, todo el sistema se derrumba, porque el intruso tendrá acceso a los mensajes, que dejarán de ser secretos, fingirse emisor de un mensaje, modificar los existentes, etc. Este mismo mecanismo es fundamento de la criptografía simétrica, llamada también “de clave privada”, dado que como hemos visto, es necesario que la clave que cierra y abre el mensaje permanezca oculta salvo para los interesados.

El problema básico es el de cómo hacer llegar la clave privada y única al emisor y al receptor. Siguiendo con el ejemplo anterior, se trata de que los dos dispongan de la llave que abre la caja de seguridad, y que llegue a su poder sin peligro. Salvo entrega en mano, los demás medios posibles –correos, mensajeros particulares u otros– tienen el riesgo de que la llave sea interceptada y se hagan copias de la misma, incluso ignorándolo aquéllos, con el peligro evidente que ello supone, puesto que un tercero abrirá cuando quiera la caja. Del mismo modo, este sistema de clave privada tiene su momento más delicado en aquél en el que se produce la distribución de la clave. Desde luego, no es lógico hacerlo por la red; no se va a transmitir un elemento para protegerse de la inseguridad de Internet, por el propio medio inseguro, pero salvo la entrega personal, todos los demás métodos tienen un grado de peligro mayor o menor.

El algoritmo que genera claves simétricas más conocido es el llamado DES (Data Encryptions Standard), últimamente sujeto a revisión (21).

B) Criptografía asimétrica o de clave pública.

A mediados de los años 70 se inventan los algoritmos asimétricos, los cuales presentan como fundamental innovación que no generan una sola clave, sino dos que son complementarias. Así, con una de las dos se codifica el mensaje, y con la otra se desvela. Se puede aplicar una u otra para encriptar, es indiferente, pero siempre se habrá de emplear la que no se ha usado para seguir el proceso inverso.

Ambas claves no pueden ser conocidas públicamente, desde luego, pero tampoco pueden permanecer completamente ocultas. El método

(21) Data de los años 70, y su uso se ha generalizado. En 1998 la EFF (Electronic Frontier Foundation) construyó una máquina capaz de descifrar un mensaje encriptado por medio del algoritmo DES, en menos de tres días. No obstante lo cual, es previsible que siga siendo utilizado en muchas aplicaciones, por ejemplo transacciones en cajeros automáticos, y porque dada la fortaleza que ha mostrado durante 20 años, muchos opinan que lo adecuado, antes que confiar en algoritmos nuevos, es probar variantes del propio DES (LUCENA LÓPEZ, Manuel-José, *op. cit.*, pp. 72-73).

consiste en que una de ellas se dé a conocer a todos los posibles interesados por los medios que se estimen convenientes (clave pública) y la otra, por el contrario, permanezca lo más protegida que su titular sea capaz (clave privada). Naturalmente, una exigencia fundamental de estos sistemas es que el conocimiento de una de las claves no permita el cálculo matemático de la otra, es decir, que sabiendo una de las claves no se pueda obtener la complementaria.

Si el titular de las dos claves quiere enviar un mensaje libre de miradas indeseadas, lo codificará con su clave privada y lo remitirá. El destinatario lo descodificará con la clave pública de aquél, y dado que si se descodifica con una clave, es que se ha codificado con la complementaria —porque así es el sistema que estamos tratando—, puede tener la seguridad matemática de que la encriptación se ha efectuado con la clave privada. Es una manera de identificar al emisor que en un trabajo anterior (22) hemos denominado “*seguro emisor*”. En esta dirección de uso de las claves (clave privada-clave pública), lo que existe es la certeza de que una determinada clave ha codificado el mensaje, pero cualquiera que conozca la clave pública podrá desentrañarlo.

Y viceversa, si lo que se pretende es enviar un mensaje a una persona concreta, procederemos a codificar el mensaje con la clave pública del destinatario (no del emisor), sabiendo que sólo podrá abrirse aplicando la clave privada, que se encuentra en poder exclusivo de aquél. Se trata de lo que se denomina el “*sobre seguro*”. En esta segunda dirección (clave pública-clave privada), el mensaje ha podido ser enviado por cualquiera, porque la clave de codificación ha sido la pública, al alcance de todos, y la certeza reside en que solamente podrá ser leído por el destinatario y por nadie más. Es el reverso del primer caso.

En realidad, ambas direcciones se utilizan combinadamente para producir la firma electrónica, y por eso es interesante entender bien su funcionamiento.

Quizá un nuevo símil ayude a asimilar mejor esta compleja materia. Imaginemos una empresa que utilizase para enviar y recibir mensajes de sus sucursales una valija o maletín muy especial: estaría configurada de tal forma que para abrirla una vez se precisaría disponer de una determinada clave o combinación de números, y, una vez cerrada, para abrirla nuevamente habría de usarse otra clave diferente, complementaria de aquélla. Si una de las claves fuera pública, por ejemplo porque estuviera rotulada en la propia valija, y en cambio la otra fuera desconocida sal-

(22) GOMÁ LANZÓN, Fernando, “Estado actual de la seguridad en el comercio electrónico. La Fundación FESTE y la prevista actuación del Notario”, *La Notaría*, Revista del Colegio de Notarios de Cataluña, números 11-12, noviembre-diciembre 1998.

vo para la propia empresa central, tendríamos una comparación bastante aproximada del mecanismo del cual estamos hablando. Así, las sucursales –cualquiera de ellas– introducirían el documento en el maletín, abriendo éste con la combinación que figura en él; acto seguido lo enviarían a la central, con la seguridad de que solamente ésta podrá desvelar su contenido, abriendo el maletín con la combinación privada. Es el “sobre seguro” (dirección clave pública a clave privada). Y viceversa, si es la central la que envía un mensaje, utilizará para abrir el maletín la clave secreta, incluirá el mensaje en cuestión y acto seguido lo remitirá a la sucursal, la cual, al poder abrirlo con la combinación pública, tiene la seguridad de que el documento se ha introducido abriendo el maletín con la clave particular, que está en poder exclusivo de la central, por lo que es ésta la remitente. Se trata del “seguro emisor” (dirección clave privada a clave pública).

Existen muchos algoritmos asimétricos, siendo el más conocido y utilizado el RSA (por sus autores Rivest, Shamir y Adleman), que es ahora mismo, y de hecho, el básico para fines comerciales, por su virtual impenetrabilidad al día de hoy y con los medios existentes (23).

Este sistema ofrece indudables ventajas frente al de criptografía de clave privada, pero ha de hacer frente a un inconveniente fundamental: la excesiva longitud de las claves generadas (24), frente a la mayor manejabilidad –pero igualmente superior vulnerabilidad– del sistema de única clave privada. Ello deriva en un coste computacional superior, por lo que en la práctica muchas veces se utilizan combinadamente los dos criptosistemas, el de clave simétrica y el de clave asimétrica. Para la comunicación entre las partes se utilizará la clave única simétrica, que recordemos tiene el problema de cómo hacerla llegar a los intervinientes de forma segura; pues bien, eso se obtiene por medio del otro sistema: se codifica la clave única simétrica, y se envía al otro interesado por medio del sistema explicado de “sobre seguro” (es decir, se remite por medio de unas claves asimétricas), sin que terceros no deseados puedan llegar a conocerla. La clave única privada suele ser única para cada sesión, siendo conveniente además que se genere en ese momento y de forma aleatoria (25).

(23) MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia, *op. cit.*, nota 27 de la p. 44.

(24) Se considera segura actualmente una clave de 1024 bits, equivalentes a más de 300 dígitos (MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia, *op. cit.*, nota 35 de la p. 54).

(25) LUCENA LÓPEZ, Manuel-José, *op. cit.*, p. 59.

C) *La doble cara de la criptografía.*

"Amaba al gran hermano"

1984. George Orwell

El libre uso de la criptografía dista mucho de ser una cuestión pacífica. Su aplicación convierte a las comunicaciones en algo "demasiado" secreto, al menos para los poderes públicos. No existen medios técnicos en la actualidad para desvelar el contenido de una clave, es decir, de decodificar un mensaje sin conocer previamente la clave adecuada, por lo que no hay posibilidad de intervenir las comunicaciones cifradas, y esto habrá de ser sin duda aprovechado con fines criminales en general, y especialmente terroristas, de manera que las autoridades consideren la criptografía como un asunto de seguridad nacional. Así, en Estados Unidos y otros países existe una regulación referida a la prohibición de exportar tecnología de doble uso (civil y militar) a determinados Estados considerados "peligrosos" (Libia, Iraq, Irán y Corea del Norte), y a la necesidad de obtener licencia gubernamental para su exportación a otros más (26). Pues bien, la Ley considera la criptografía como tecnología de doble uso. El Tratado Wassenaar, suscrito por Estados Unidos y varias naciones de la Unión Europea, restringe la exportación de la llamada encriptación dura, de más de 64 bits (recordemos que cuanto más larga es la clave, más difícil es de romper). Y hay algo más.

Parece demostrada la existencia de una red de espionaje electrónico de nivel mundial, que estaría supervisando regularmente las comunicaciones por correo electrónico, teléfono y fax, en busca de información. Esta red recibe el nombre de ECHELON y es un sistema de vigilancia desarrollado por la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) de Estados Unidos junto a los servicios secretos del Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Canadá. Lo que hace es analizar enormes cantidades de datos de los que viajan vía satélite, en principio para prevenir acciones terroristas, pero adquiriendo en esa criba indiscriminada información económica de mucho valor (27). Puede parecer ciencia ficción, pero lo cierto es que existe un informe, presentado en la sesión del Parlamento Europeo de 14 de septiembre de 1998, y que determinó la aprobación de una Resolución sobre el sistema ECHELON en cuanto a los riesgos a que puede

(26) GALINDO, Fernando, "La conveniencia de una regulación española del cifrado de las comunicaciones españolas", revista *La Ley*, número 4708, viernes 8 de enero de 1999.

(27) Así, por ejemplo, si en una conversación telefónica incluimos las palabras "presidente", "Estados Unidos" y "atentado", parecen existir muchas posibilidades reales de que sea interceptada, porque técnicamente es factible penetrar en las comunicaciones por vía digital y conocer su contenido.

llevar su abuso. En esta Resolución se requiere a la Comisión Europea para que adopte medidas que protejan la información económica, implantando un sistema de cifrado suficiente (28).

Como en todo debate, existen opiniones extremadas. En una parte se sitúan los Gobiernos, que consideran que el Estado debe precaverse frente a amenazas reales, y que, además, precisa para el normal desarrollo de su actividad de información y datos sobre las personas y las entidades, que un sistema de criptografía “dura”, con claves de alta seguridad que permanezcan absolutamente oscuras haría imposible, porque información vital se hallaría fuera de su alcance. Por estas razones, tienden a considerar la criptografía como una amenaza (29), y prefieren admitir el uso de claves “fáciles”, cuya ruptura sea factible sin un coste extremado, así como el establecimiento de un sistema de depósito de claves, es decir, que exista una obligación de entregar una copia de la llave que descodifica la información, copia que permanecería secreta y sólo sería utilizada en los supuestos legalmente previstos –todo ello en principio, claro– (30).

En el otro lado se emplaza una línea de pensamiento sostenida, entre otros, por muchas asociaciones de defensa de usuarios de Internet, especialmente activas en la propia red, como se puede apreciar por la gran cantidad de sitios web que tratan esta materia. Para ellos nos encontramos en presencia de un ataque directo a la intimidad personal por parte de los poderes públicos, ataque que pretende cerrar la ventana que la sociedad civil está consiguiendo abrir, gracias a la tecnología, para escapar de la agobiante presencia de una Autoridad Orwelliana que tiene como objetivo hacernos creer que estamos más seguros cuanto más controlados nos encontremos.

Sin duda, hay razones atendibles en todas las posturas. Por mi parte considero que se debería aceptar una especie de “presunción de inocencia” comunicacional, considerando que los mensajes que se envíen por vía electrónica, mientras no se demuestre lo contrario, son privados y su contenido es legal. No pueden admitirse los rastreos generalizados en busca del mensaje-pepita de oro, porque en el cedazo quedarán otros

(28) GALINDO, Fernando, *op. cit.*

(29) Eduardo Serra, Ministro de Defensa, llegó a manifestar que la criptografía era “la comunicación opaca de los delincuentes” (*Ciberpaís*, 18 de marzo de 1999).

(30) En esta línea se encuentra el artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, de fecha 8 de abril de 1998, en el cual, después de admitir en su párrafo 1.º que cualquier información transmitida por redes de telecomunicaciones pueda ser protegida por procedimientos de cifrado, en el siguiente párrafo prevé la posibilidad de obligar a la entrega al Estado de los algoritmos “o cualquier procedimiento de cifrado utilizado” entendiendo algunos que en esta última expresión quedarían incluidas las claves de codificación, con lo que se estaría permitiendo de hecho un depósito obligatorio de claves, sujetando su creación a la mera apreciación de su conveniencia por parte de los poderes públicos.

muchos que no hubieran debido ser desvelados, lo que indudablemente constituye un grave atentado contra la intimidad personal, y posiblemente un grave perjuicio económico en muchos casos. No olvidemos que en ocasiones lo que se presenta como protección del interés público, oculta en realidad una defensa de intereses económicos particulares.

5. El funcionamiento de la firma electrónica.

Retomando el tema de las claves de codificación, bueno será hacer un pequeño repaso: el sistema de claves asimétrico proporciona confidencialidad en las comunicaciones (según algunos, como hemos visto, *demasiada* confidencialidad). También sabemos que, utilizando el mecanismo bautizado como de “seguro emisor”, el destinatario de la información sabe que el emisor sólo puede ser aquél que posea la clave privada, y cuya identidad, en principio, conoce. Por otra parte, al estar codificado el mensaje queda a salvo de posibles modificaciones o alteraciones, que resultarían evidentes al descifrar el mismo. De modo que de aquellos principios que antes indicábamos como imprescindibles para una comunicación segura, se cumplen ya los siguientes:

- Confidencialidad, por estar cifrado el mensaje.
- Identificación del emisor, a través del “seguro emisor”.
- E integridad del mensaje, en el sentido de que las manipulaciones serán evidentes.

Sin embargo, todo esto no es suficiente. La codificación de todo el mensaje, sobre todo si éste es largo o complejo, puede ser costosa y poco recomendable, e incluso dificultar la utilización del sistema en la práctica; no hay que olvidar que en el mundo mercantil la celeridad y la sencillez son valores primordiales. Por eso, lo que se hace es, antes de remitir la información, obtener una especie de “resumen” o “destilado” de la misma. Es como tomar una muestra del mensaje antes de enviarlo, y obtener otra después de recibirlo, comparando ambas para saber si son iguales.

Esta función de obtener muestras de los mensajes se efectúa por medio de otro algoritmo, diferente de los que hemos explicado antes, llamado “función de hash”. Aplicando esta función al documento, obtenemos una sucesión de caracteres con apariencia de haber sido escogidos aleatoriamente; es la muestra o resumen de aquél. El resumen del documento obtenido a través de este nuevo algoritmo cumple dos principios básicos (31):

(31) MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia, *op. cit.*, pp. 47-48.

- a) Es *irreversible*, de forma que partiendo de él no es posible remontarse al mensaje original. Si conocemos la muestra, no por ello conoceremos el mensaje.
- b) Es *único* para cada mensaje, porque depende de manera radical de la configuración de aquél, de manera que si se cambiara una sola letra, el resumen obtenido sería completamente diferente. Por tanto, es verdaderamente una muestra fiable de un mensaje único. Un mensaje sólo puede producir una muestra, y viceversa, una muestra solamente corresponde a un original.

Con todo lo expuesto ya podemos explicar qué es la firma electrónica, y cómo se envía un mensaje así firmado. Se procede de la siguiente manera:

1. Se obtiene como ya sabemos, y antes del envío, un resumen o compendio del mensaje a través de la “función de hash”. Tenemos por tanto un conjunto que va a ser transmitido compuesto del mensaje y de su resumen.

2. El resumen –solamente él, no el mensaje– queda codificado con la clave privada del emisor (recordemos que es el mecanismo de “seguro emisor”).

3. El conjunto es ahora el mensaje y el resumen codificado con la clave privada del emisor. Este conjunto se podrá enviar sin encriptar –si no se está interesado en que sea confidencial– o bien encriptado; la firma electrónica no exige la confidencialidad, aunque sabemos lo conveniente que es por razones de seguridad (32). Si se decide codificarlo, se utilizará el mecanismo explicado de “sobre seguro”, encriptando el envío total con la clave pública del destinatario o receptor del mismo, no la del emisor. Por tanto:

3.1) Si no se quiere confidencialidad, el envío se compone del mensaje en claro y el resumen, siempre codificado con la clave privada del emisor.

3.2) En caso de que sí se desee, el mensaje y el resumen se envían codificados con la clave pública del receptor, y el resumen a su vez está previamente codificado con la clave privada del emisor.

4. El destinatario recibirá el mensaje y el resumen de una de las dos maneras indicadas, y actuará de la siguiente forma:

4.1) Si el conjunto de mensaje y resumen se ha enviado encriptado, como ha sido codificado con la clave pública del propio

(32) La citada profesora MARTÍNEZ NADAL entiende que así como la identificación del autor y la integridad del mensaje son exigencias jurídico-mercantiles, la confidencialidad de las transacciones no se ha de considerar estrictamente una exigencia jurídico mercantil, sin perjuicio de que constituya una necesidad comercial o incluso derivada de la necesidad de proteger la intimidad personal (*op. cit.*, nota número 13, p. 33).

receptor, a éste le bastará con aplicar su propia clave privada para conocer su contenido, y ambos, emisor y receptor, tienen la certeza de que el mensaje solamente ha sido conocido por ellos, dado que únicamente con dicha clave privada es factible descifrarlo, y se presupone que el propietario-destinatario la tiene a buen recaudo. Es el sistema que antes denominamos como de “sobre seguro”, que permite que los mensajes sean confidenciales. Si el mensaje no se ha codificado, se puede conocer sin más su contenido, aunque no todavía el del resumen, que sigue codificado con la clave privada del emite-nte.

- 4.2) Una vez que el mensaje está en claro, el receptor o destinatario debe obtener una nueva muestra del mensaje, y para ello acudirá a la misma “función de hash” que empleó el emisor. En ese momento dispondrá de dos muestras del mensaje: la remitida con él por el emisor (todavía codificada con la clave privada de éste), y la que personalmente ha obtenido después de la recepción del mensaje.
- 4.3) Acto seguido, procederá a descodificar la muestra recibida con el mensaje. Como se encriptó con la clave privada del emisor, deberá seguir el proceso inverso, usando la clave pública del mismo emite-nte. Sabemos que, de acuerdo con el sistema de “seguro emisor”, si se descodifica con una determinada clave pública, es que el mensaje ha sido codificado con la privada complementaria, por lo que el destinatario tiene la certeza de que el resumen enviado ha sido codificado con la clave privada. De lo que no tiene la seguridad, al menos por lo dicho hasta ahora, es de que la clave privada –y la pública complementaria– sean propiedad de quien dice ser titular de las mismas, porque eso está más allá de la ciencia matemática. Esta identificación es básica en el mecanismo, porque señala quién es el titular de la firma electrónica, objetivo final de todo el proceso; inmediatamente estudiaremos cómo se consigue.
- 4.4) El destinatario comparará el resumen recibido con el que él ha producido. Si son iguales, sabrá que el mensaje no ha sufrido alteraciones en el camino; si por el contrario no coinciden, habrá que suponer que se ha efectuado una manipulación o incluso suplantación de aquél, por lo que el mensaje debe ser rechazado.

Todo este mecanismo es el que se conoce como *firma electrónica*, la cual como vemos está basada en algoritmos matemáticos y encripta-

ción por medio de claves (33). En el futuro, y dependiendo de la evolución tecnológica, quizá tenga un fundamento completamente distinto (34).

Como hemos expuesto en el punto 4.3) anterior, la firma electrónica se basa en dos seguridades, con dos naturalezas diferentes:

— Si se puede descodificar con una clave, es que se ha codificado con la clave complementaria, por lo que si se descodifica con la clave pública, se ha codificado con la privada; esta seguridad —de carácter técnico— la proporciona la ciencia matemática.

— La clave privada pertenece indubitadamente a una persona, que está suficientemente identificada y por tanto esta persona es el emisor del mensaje. Esta certeza no la puede proporcionar la técnica, porque es una seguridad jurídica, y por ello hay que arbitrar instituciones adecuadas que certifiquen la titularidad de las claves. Veámoslo.

6. Los prestadores de servicios de certificación.

Antes de proseguir, recapitulemos: el medio electrónico es una vía útil y novedosa de relación personal y comercial, pero es inseguro técnicamente. No es capaz de impedir que terceras personas conozcan el contenido de los mensajes que se mueven por él, no puede tampoco evitar con carácter general que un mensaje sea manipulado o inventado, y no proporciona certidumbre acerca de quién está al otro lado de la red. Una situación anticomercial, en suma. Por esa circunstancia y ante la imposibilidad de “blindar” el mensaje, metiéndolo en un búnker electrónico inexpugnable, se ha optado por hacerlo incomprensible salvo para aquellos que posean las claves que los hacen inteligibles, por medio de la encriptación. Tal y como hemos explicado, el sistema de claves asimétricas requiere que una de las dos sea secreta, y la otra pública. Y ambas claves, además, han de ser atribuidas de forma irrefutable a una deter-

(33) Se ha hecho una explicación pormenorizada de todo el proceso de firma electrónica porque es conveniente comprenderlo bien antes de estudiar sus aspectos jurídicos, pero el usuario no ha de cumplimentar todas estas etapas una por una, sino que el programa de ordenador lo hace rápida y automáticamente.

(34) La tendencia en la legislación sobre el tema es ser neutral desde el punto de vista tecnológico, de manera que se regule la firma electrónica basada en la criptografía de clave asimétrica, pública y privada, pero comprendiendo también otras modalidades que existan en el momento o puedan desarrollarse en el futuro. Así se recoge en la Proposición de Directiva Europea sobre Firma Electrónica (aprobada por el Consejo Europeo de Telecomunicaciones) y también en el Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, el cual en su artículo 2, apartados a) y b) define la firma electrónica y la firma electrónica avanzada de una manera genérica, sin concretar el sistema; no obstante, el párrafo g) de ese mismo artículo hace una referencia a “claves criptográficas públicas”, propias de este mecanismo tecnológico.

minada persona; es decir, el titular de las claves debe ser identificado de manera tal que esa identificación genere confianza.

Hay diversos sistemas propuestos para lograr este objetivo: un registro de claves privadas, que muchos rechazan por lo que tiene de posible ataque a la intimidad; un archivo de claves públicas a disposición de cualquier interesado; una especie de cadena de buena voluntad, en la cual se confía en la clave porque a su vez se confía en quien la envía, pero sin intervención de terceros independientes, sino sujeto a la confianza que me merece el que me envía la clave y la que yo merezco al que la remito a mi vez (35); y finalmente el sistema de intervención de terceros independientes, que son los prestadores de servicios de certificación, también llamados proveedores de servicios de certificación, o autoridades de certificación (36).

Se trata de terceros que intervienen en la relación de forma previa a la transmisión de mensajes, puesto que su función es emitir un certificado electrónico, en el que conste que una clave pública (y también la privada, naturalmente) es propiedad de una persona concreta, adjuntando en el certificado la identificación de ésta, y otros datos que se consideren adecuados. Los interesados en conocer a quién pertenece un par de claves específico, consultarán ese certificado, y si confían en la entidad que lo haya emitido, lo aceptarán como válido.

a) Es evidente que un momento clave en la confección del certificado será el de la identificación adecuada del que solicita del prestador su expedición y la asignación, como titular, de un par de claves. En realidad es la labor más importante, porque todo lo demás es una actividad meramente técnica. El determinar con exactitud quién es el que pide el certificado, calibrando su capacidad y legitimación en el caso de que represente a un tercero, sea físico o jurídico, es, sencillamente, esencial, y esta labor la realizan las llamadas “autoridades de registro”, entre las que ha de incluirse al notario por su propia naturaleza.

b) Igualmente necesario es que esa entidad certificante no esté de ninguna manera vinculada a las partes que se van a relacionar, tiene que ser verdaderamente un tercero (37); en caso contrario, generaría el lógico recelo respecto del contenido de sus certificados.

(35) Es el que utiliza ZIMMERMANN en su PGP (“pretty good privacy”), sistema gratuito disponible en Internet de criptografía y comunicación por el sistema de claves.

(36) Considero adecuado utilizar el primero porque es el nombre que le da el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. El nombre de proveedor también es admisible, y el de autoridad de certificación es más inadecuado porque no son en absoluto autoridades.

(37) Suele decirse que estas entidades son o actúan de TTP (Trusted Third Parties o terceros de confianza), en el sentido de que no son parte en la transacción y su fuerza se basa en la credibilidad que inspiren. No obstante, la profesora MARTÍNEZ NADAL señala que en todo

c) Y por último, de lo dicho también se deduce que los certificados serán más o menos eficaces en la medida que sus emitentes despierten una mayor o menor sensación de seriedad y honorabilidad, del mismo modo que, por ejemplo, gran parte del prestigio de las mejores casas de subastas estriba en la confianza que merecen sus declaraciones acerca del valor y origen de las obras subastadas, fama lograda por la fuerza de los hechos.

Con esto no hay que entender que no sean posibles comunicaciones electrónicas basadas en firma digital, sin la intervención de estos terceros mediadores. Muy por el contrario, una firma digital puede ser eficaz si las partes conocen perfectamente sus respectivas claves públicas, o si no conociéndolas, se fían de la que les comunica el otro por cualquier medio (carta, diskete, fax, etc.). Lo que ocurre es que las que disfruten del aval del tercero independiente, son, en principio, firmas más seguras, que serán susceptibles de producir mayores efectos jurídicos (38).

La tendencia generalizada en la legislación que sobre esta materia se va desarrollando es la de que los prestadores de servicios de certificación sean empresas privadas que compitan en el libre mercado sin necesidad de previa autorización pública. Así, en el mencionado Real Decreto-Ley 14/1999 de firma electrónica (art. 4), o en la Proposición de Directiva sobre firmas electrónicas de fecha 13 de mayo de 1998 (art. 3.1) (39).

En el ámbito público, la Ley 66/97 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 1998 habilitó a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para actuar como prestadora de servicios de certificación de las Administraciones Públicas en las relaciones de éstas entre sí o con los ciudadanos, en este último caso a través de la entidad Correos y Telégrafos como autoridad de registro.

caso no son términos coincidentes, dado que si bien los prestadores de servicios deben ser siempre TTP, no ocurre a la inversa, porque las TTP pueden tener un campo de acción más amplio, y así lo reconoce la Comisión Europea (*op. cit.*, nota al pie 43, p. 64).

(38) Así, el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, diferencia entre “firma electrónica” y “firma electrónica avanzada” (art. 2), siendo esta última la basada en un certificado reconocido –expedido por un prestador de servicio de certificación– y por medio de un “dispositivo seguro de creación de firma”. Esta firma avanzada es equiparada en cuanto a su valor jurídico a la manuscrita, y es admisible como prueba en juicio (art. 3.1). No así la otra, que no obstante no carecerá de efectos jurídicos, ni será excluida como prueba en juicio (art. 3.2), de forma que no tiene el mismo valor que la primera, pero ello no significa que su existencia carezca de cualquier valor jurídico.

(39) Juan María DÍAZ FRAILE no se muestra muy feliz con esta tendencia al opinar: “no se comparte la regla general de libertad de establecimiento sin control ni autorización previos, ya que se trata de un ámbito de la contratación de especial desprotección no sólo económica sino especialmente técnica para los consumidores, que quedan expuestos a peligros de fraudes y abusos evidentes” (“Estudio de la proposición de Directiva europea sobre firmas electrónicas de 13 de mayo de 1998”, *La Notaría*, Revista del Colegio de Notarios de Cataluña, septiembre 1998, número 9, p. 70).

SEGUNDA PARTE

COMERCIO ELECTRÓNICO Y NOTARIADO

I. Perspectiva general

1. Tan cerca, tan lejos.

“Si no se conocen las metas, es muy posible que nunca se llegue a alcanzarlas”

Proverbio

Confidencialidad, seguridad, autenticación, confianza... son conceptos de aplicación constante en el ejercicio de la profesión notarial. Expresan aspectos de ella y dibujan sus contornos.

Por el contrario, términos como encriptación, algoritmo, mensaje electrónico o firma digital pertenecen desde luego a otras ramas del saber y de la ciencia. Están lejos.

Unos y otros han aparecido anteriormente en este trabajo, relacionándose entre sí de una forma novedosa. Lo viejo y lo nuevo, lo conocido y lo desconocido confluyen en un territorio inexplorado, la llamada *autopista de la información*, que, como señala DEVOTO (40), producirá mutaciones de todo tipo y en todos los órdenes, impactando en todas las profesiones, incluida la notarial. El ordenador y los medios de comunicación electrónicos están pasando a formar parte de nuestra vida cotidiana, pero el impacto al que se refiere DEVOTO va más allá de una simple modificación del paisaje de la oficina: se trata de definir cómo ha de participar el notario en el mundo de la transacción jurídica electrónica; qué puede aportarle y qué puede reportarle; y cuáles serán las nuevas exigencias para desarrollar la profesión en este mundo. Nada menos que eso.

La Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino afirma (41) de modo tajante la suma importancia que estas cuestiones tienen para el futuro del notariado: “En la transición de las transacciones en forma escrita a las transacciones jurídicas electrónicas las partes interesadas buscan un interlocutor de confian-

(40) DEVOTO, Mauricio, *Reflexiones sobre la seguridad en la contratación electrónica*, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.

(41) *El Notario y las transacciones jurídicas electrónicas*, trabajo realizado por la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.

za... se observa un gran interés por parte de empresas... para brindar este tipo de servicios. *Si el notariado no se involucra y no participa activamente en este ámbito corre el riesgo de ser considerado incompetente en la materia y dejado de lado en la futura evolución*".

Como dice DEVOTO, en la contratación electrónica la participación de los notarios dependerá del lugar que ellos mismos se hayan creado. Haciendo sentir su presencia y proponiendo soluciones para los problemas nuevos que han de surgir. Pero también dándose a valer como una institución que desde hace cientos de años ha resuelto de forma satisfactoria problemas –identificación, legalidad, confidencialidad, asesoramiento– que en el ámbito electrónico vuelven a plantearse, con original apariencia pero no con menor intensidad.

Tan lejos y tan cerca al mismo tiempo. Se trata de adaptarse a los requerimientos de un mundo inexistente hace dos décadas, de entrar en él, aceptar sus reglas y ser útiles. Tan lejos ha de llegarse. Pero ha de obtenerse este resultado sin perder la esencia de lo que es el notario latino, sin abdicar de lo que son sus principios definitorios para convertirse en algo más "ligero". Cerca, muy cerca, de los principios.

2. Los principios. Sistemas jurídicos latino y anglosajón (42).

Dos son en la actualidad los sistemas de Derecho imperantes en el mundo: el latino y el de "common law" o sistema anglosajón (43).

El primero, en el que está encuadrado el notario tal y como lo conocemos, es fruto de la tradición jurídica romano-germánica y se caracteriza por la primacía de la Ley como fuente del Derecho. Sus ordenamientos acogen el principio de libertad de forma, declarando válidos y eficaces los negocios cualquiera que sea el mecanismo escogido para exteriorizar la declaración de voluntad, a salvo determinadas excepciones para negocios en los que se exige una cierta forma, con carácter constitutivo o

(42) En cuanto a la exposición de los dos sistemas he utilizado fundamentalmente: *Sistemas jurídicos y documento. La forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas*, de Vicente FONT BOIX, Vicente L. SIMÓ SANTONJA, Antonio de la ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO y José MADRIDEJOS SARASOLA, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1982. "Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios", de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS. Separata de la *Revista de Derecho Notarial*, número CIV, abril-junio 1979. *Fe pública y vida económica*, de José Juan TOHARIA, Benito ARRUÑADA y Cándido PAZARES. Instituto de Estudios Económicos. "El Notario: concepto doctrinal y legal. Sistemas de actuación notarial", de José María CANO REVERTE, *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada* (segunda época), número 182, marzo 1996.

(43) No existe en realidad un único sistema anglosajón, dado que hay grandes diferencias entre Estados Unidos y Gran Bretaña, por ejemplo. En este trabajo nos referiremos al sistema americano de seguridad económica con seguro de títulos.

meramente probatorio según los casos, exigencia fundada en que se estima que tienen una trascendencia jurídica pública mayor.

Una vez aceptado este principio de libertad, el problema recae en la prueba procesal: cómo demostrar la existencia de una voluntad o negocio y hacerla valer en el proceso. Para facilitar aquélla, se priman con efectos privilegiados algunos medios probatorios, entre ellos los documentos procedentes de determinados profesionales facultados para este fin por el ordenamiento, que son los documentos públicos. En estos podrá recogerse cualquier tipo de negocio, y deberán hacerlo necesariamente aquéllos que la Ley exija, bien para la propia existencia del mismo, bien a efectos de prueba.

El notario en este sistema es el profesional encargado de la redacción y autorización del documento público, base del ordenamiento, aunque no única, porque coexiste con el documento privado.

Siguiendo a JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ (44), podemos considerar los siguientes principios como definitorios de la función notarial en un sistema de notariado latino en España:

- 1) *Autoría*: el notario autoriza el documento, en el sentido de que asume, se proclama autor del documento, que queda convertido en instrumento público, y se constituye por tanto en responsable del mismo. Ello conlleva el asesoramiento de las partes, en especial de la más necesitada de ello.
- 2) *Control de legalidad*: en su doble aspecto de cumplimiento de las solemnidades para que un documento pueda reputarse instrumento público, y de determinación de los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines que se pretenden.
- 3) *Imparcialidad*: el asesoramiento no es de una parte frente a la otra, sino que se proporciona a todas ellas. No hay notarios “de parte”.
- 4) *Inmediación*: presencia efectiva y personal en el otorgamiento de actos y contratos.
- 5) *Conservación del documento*: a través del protocolo.

A esto se añadiría en cuanto al documento en sí, la autenticidad, es decir, la fe pública de la que está dotado el documento notarial, y también la eficacia privilegiada de la escritura, consecuencia de la autenticidad (45).

(44) PRADA GONZÁLEZ, José María de, “La forma de los actos jurídicos privados y la seguridad jurídica”, pp. 108 y ss., Seminario sobre seguridad jurídica de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1989.

(45) BOLÁS ALFONSO, Juan, “La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 24, octubre-diciembre 1997.

Esencialmente estas características son aplicables a todo el notariado de tipo latino, si bien en éste, respecto del español, se acentúa la faceta asesora y profesional (46). En el primer Congreso Internacional del Notariado Latino, se le definió 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 este fin y confiriéndoles autenticidad*”.

Enfrente se encuentra el sistema jurídico anglosajón. En él, las decisiones judiciales y la costumbre son las fuentes básicas del Derecho. Así, aquéllas acaban por tener un valor normativo general. Admite, como el anterior sistema, un principio general de libertad de forma, pero con mucha mayor amplitud. No existen prácticamente controles formales previos, y las transacciones pueden efectuarse con una libertad y flexibilidad muy acusadas. El tráfico jurídico descansa en el documento privado, desconociéndose el concepto de documento público como productor de efectos privilegiados con relevancia de fe pública.

En este sistema no existe en realidad un notariado que merezca tal nombre. MARTÍNEZ SARRIÓN dice que hablar de Notariado Latino es una redundancia porque no hay otro (47). NÚÑEZ-LAGOS, por su parte, en el primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, consideró sus actividades como “sucedáneos funcionales”, que muy dudosamente podrían calificarse de notariales. Concretamente en Estados Unidos, el notario es un mero legitimador de firmas, carente de formación jurídica, que queda ajeno al documento dado que no lo redacta, y que no efectúa control alguno de legalidad. Su cargo es temporal y suele constituir una profesión complementaria (48). Es un ciudadano honrado que autentica firmas, que toma juramentos y declaraciones, que notifica y protesta, y nada más (49).

Privado de los beneficios de la fe pública, no hay por tanto un mecanismo que garantice con carácter previo la seguridad de la transacción,

(46) GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Derecho Notarial*, p. 15, Dykinson, 1992.

(47) GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *op. cit.*, p. 14.

(48) DROZ indica que no solamente abogados, sino que también lo son comerciantes, peluqueros, estancos de tabaco... y que ha llegado a ver en centros comerciales cómo el “notary public” ha sido sustituido por una máquina, en la que se introduce el documento y se extrae timbrado, con el nombre del notario y la fecha y hora de la certificación. Citado por Juan BOLÁS ALFONSO, Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y Manuel SAGARDÍA NAVARRO en la ponencia española que presentaron al XX Congreso Internacional del Notariado Latino, añadiendo después los autores: “¡Huelgan comentarios! Tomemos nota de adónde nos pueden llevar ciertas posturas que pretenden sostenerse en aras del *progreso*”.

(49) HIDALGO DURÁN, Diego, *El Notariado en los Estados Unidos y especialmente en el Estado de Nueva York*. Citado por Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS en “Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios”, *op. cit.*, p. 91.

de forma que la protección en el caso de inmuebles se obtiene a través del llamado “seguro de títulos”, cuyo fin es asegurar al adquirente –previo abono de la correspondiente prima– que, en caso de despojo del bien adquirido, será convenientemente indemnizado. Es decir, garantiza el valor, pero no la definitiva adquisición del objeto o derecho.

Un modelo jurídico que no garantice que cuando se compra se está comprando de verdad tiene un calificativo: es inseguro. No previene y evita problemas, sino que los pretende resolver *a posteriori* por medio de la restitución del valor económico perdido indebidamente, y a través de un seguro, que por otro lado encarece la operación. Ello ha generado una verdadera explosión litigiosa en Estados Unidos, con el consiguiente incremento de costes económicos.

El desarrollo económico general viene provocando el efecto de que la organización e implemento de la seguridad jurídica pase de ser una mera característica del ordenamiento con una influencia menor en su vida económica, a convertirse en un factor estratégico, trascendente. Y creo que cabe decir que, desde este punto de vista, el sistema latino de seguridad jurídica preventiva, basado principalmente en el documento público, es de eficacia superior y coste inferior al anglosajón, cuyo fundamento es la reparación económica del daño efectivamente causado.

No obstante, es evidente la influencia mundial que Estados Unidos ejerce en todos los aspectos, consecuencia de su potencia económica y su ascendencia social. Este influjo también se deja sentir, como no podía ser menos, en su sistema jurídico, dotado de una fuerte capacidad expansiva, que produce una penetración de legislación y prácticas inspiradas en el Derecho de aquel país, en especial en naciones pertenecientes al continente americano (50). Esta circunstancia es especialmente relevante en una época como la actual, de globalización de la economía y mayor permeabilidad comercial en todos los países del mundo, y en la que la movilidad de personas, bienes y servicios y la configuración de estructuras supranacionales cada vez más complejas, determinan que sea preciso –y de mucha importancia– decantarse por un sistema jurídico concreto, bien puramente, bien con elementos de ambos, latino y anglosajón.

La eficacia de uno u otro sistema es un valor que desde luego se habrá de tener en cuenta a la hora de elegir los principios configuradores de la seguridad jurídica. Respecto del sistema latino, y en palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS (51) “fuera del área cultural de la romanidad, que le es propia, el Notariado latino tiende a extenderse por sus bondades intrínsecas”. Es un dato positivo, pero hay otros factores que entran en juego:

(50) Chile, Perú o Brasil, entre otros.

(51) *Op. cit.*, p. 8.

— Primeramente, el ya mencionado peso específico político y económico del mundo anglosajón, y en general, de las grandes multinacionales, favorables a la eliminación de “intermediarios” que no puedan controlar.

— También está la propia visión o perspectiva de los operadores económicos. Como señala JUAN BOLÁS ALFONSO (52), si para un jurista lo principal es proteger la eficacia del contrato, en la perspectiva de aquéllos es una simple cuestión de optar entre dos sistemas por el más barato, analizando la eficiencia y el coste económico-social. Para un economista, por tanto, lo importante no será garantizar que los pactos se cumplan y que cada parte reciba lo estipulado, sino calcular si es más barato un sistema de seguridad preventiva que cumpla este objetivo u otro que se apoye en el abono en metálico por la frustración del negocio. Es una manera completamente distinta de estudiar la misma realidad, lo que hay que tener muy en cuenta.

— Y en tercer lugar se detecta en determinados sectores una cierta fascinación por el sistema anglosajón –sobre todo por su antiformalismo, flexibilidad y rapidez innegables–, especialmente en algunos estudiosos “de primer vistazo”, los cuales, en análisis superficiales o interesados, califican como de más barato el sistema anglosajón, simplemente porque en el latino hay un fedatario que cobra honorarios, y en el anglosajón el documento es privado y no existe fedatario. Visión reductivista y francamente inaceptable. Como dice MARCELO W. MIRANDA, la superioridad del sistema anglosajón es un “mito jurídico”, aunque extendido en algunos países, principalmente latinoamericanos (53).

Pasemos ya a considerar en qué posición encaran ambos sistemas el desarrollo del comercio electrónico.

3. La importancia de llamarse notario.

*“Realmente, el único nombre que ofrece seguridad es Ernesto”
La importancia de llamarse Ernesto. Oscar Wilde*

Estamos en un momento de verdadera creación. El mundo de la comunicación virtual, cuyo nacimiento indudablemente marca la parte final del siglo, es radicalmente nuevo, y precisa de normas, instituciones, usos y costumbres, y, en general, de un entramado jurídico que dé seguridad y lo haga *habitable*. Necesita ser civilizado, en definitiva, porque cabe decir que se encuentra en un estado primitivo de su evolución.

(52) BOLÁS ALFONSO, Juan, *op. cit.*

(53) CANO REVERTE, José María, *op. cit.*, p. 725.

Claro que no hay que empezar desde cero. La legislación ya existente puede absorber en parte el nuevo fenómeno y encuadrarlo en algún supuesto ya regulado, con mayor o menor dificultad, pero no siempre es así. Las complejas materias técnicas que nos presenta requerirán una legislación específica e inédita en muchos aspectos, y las instituciones que vayan a gozar de una participación activa en el universo electrónico no serán *necesariamente* aquellas que desempeñen una actividad equivalente en el llamado “mundo real”. Ese lugar, esa posición, no se presupone, sino que los que quieran intervenir tendrán que demostrar que son útiles dentro de la red.

Esto último es especialmente importante en relación con el notario y el sistema latino en general. Su utilidad, e incluso su superioridad real frente al anglosajón no se van a acoger espontáneamente cuando se plantee la regulación del comercio electrónico. En la red no se va a “sentir” que se necesita al notario a fin de proporcionar seguridad; lo que se demandará, sí, es que las transacciones sean confiables, técnica y jurídicamente, mas si el notario no se ofrece, no señala su importancia, no demuestra que su intervención aporta un valor, otros ocuparán su lugar sin duda de ningún tipo. Nadie es imprescindible en un medio que tiene mil formas de organizarse.

El mecanismo electrónico de comunicación precisa de una compleja infraestructura técnica, que en la actualidad se apoya en el mecanismo de firma digital y claves de codificación —como hemos tenido ocasión de explicar en este mismo trabajo—, pero que quizá en el futuro se base en otras tecnologías. El sistema actual procede de Estados Unidos, y presumiblemente los demás que se desarrollen provendrán igualmente de allí, dada su incuestionable superioridad en este campo. Existe una apreciable y cercana relación entre el entramado tecnológico y la regulación jurídica del mismo, de manera que de aquel país llegan, junto con los mecanismos informáticos que posibilitan el comercio electrónico, los usos, modos y formas del sistema anglosajón. El peligro de que este sistema penetre en los países fuera de su ámbito de influencia se presenta una vez más y con mayor gravedad, porque el sistema latino no está asentado en esta materia; es nueva y todo en ella ha de ser demostrado. Tiene que demostrar su valor, nadando contracorriente; y poderosas son las fuerzas que se le enfrentan:

— La tendencia del mercado: tecnología anglosajona, empresas anglosajonas... y lógicamente Derecho anglosajón. Ya se ha indicado anteriormente.

+ La globalización: en esta materia no cabe establecer diferencias entre los diversos países o áreas de influencia. El comercio electrónico precisa la uniformidad, porque está en su propia naturaleza el ser universal.

— El *glamour* del documento anglosajón, la imagen: también lo hemos mencionado antes. La seducción que en algunos sectores económicos ejerce este sistema.

— Y los grandes poderes económicos. El porqué requiere una explicación más extensa, y un párrafo aparte:

El notario es un profesional independiente que asesora prestando especial atención a la parte más débil, que en la mayoría de las ocasiones lo será el individuo particular en su relación con la gran empresa. No es un delegado de ésta ni sirve a sus intereses, sino que se constituye como un tercero que aconseja, preserva la legalidad y configura el negocio de la manera más satisfactoria para los intervinientes, y no necesariamente como desea la parte fuerte. Es un mediador no controlable y por tanto en cierto modo incómodo para aquellos que disfrutan de una posición de superioridad. Dadas estas circunstancias no es raro sino absolutamente natural que éstos prefieran el sistema anglosajón al latino, puesto que elimina al tercero independiente y resuelve los conflictos después de que se produzcan mediante una reparación económica por el daño producido; en realidad es un sistema que está hecho a la medida del gran capitalismo.

Asimismo, es perfectamente comprensible que al explicar las razones de tal preferencia acudan a razones de interés común: la sociedad de hoy —se proclama— exige celeridad, sencillez y un contacto directo entre las partes, sin intermediarios que lo único que hacen es encarecer la operación no aportando ningún “valor añadido”. La actuación notarial constituye una formalidad anticuada propia de tiempos más solemnes y pausados, y es de cada vez más difícil encaje en los actuales. Es mejor un sistema de documento privado combinado con un “seguro de título” —el modelo anglosajón— mecanismo ágil, veloz, y además con el encanto de que no hay que pagar al notario, por lo que se reducen costes, con el consiguiente beneficio para el ciudadano.

En realidad no es así —el coste acaba siendo superior, y el servicio es de inferior calidad— y se pueden dar ejemplos concretos (54), pero esta argumentación, que se escucha con frecuencia en determinados sectores económicos, va a encontrar campo abonado en el ámbito del comercio electrónico, dominado por multinacionales, en pleno proceso de organización y en el que nadie es, de por sí, imprescindible. Es de esperar, pues, una determinada línea de pensamiento que tienda a evitar o reducir en

(54) El protesto notarial de la letra de cambio ha sido prácticamente sustituido por la declaración equivalente realizada por la propia entidad financiera. Según esta teoría, más rapidez y eliminación de costes notariales. En la práctica, vale diez veces más caro que el protesto: los bancos cobran por los gastos de tramitación.

lo posible y por las razones expuestas la intervención notarial en el comercio virtual, postulando al sistema anglosajón como el más adecuado. Se trata de una manifestación más del pulso que mantienen los dos sistemas, pero ahora aparece un nuevo elemento que ha de tenerse en consideración: siendo la red un mundo nuevo, hay que inventar nuevos nombres, y en el caso del notariado se pretende usar el suyo para realidades que nada tienen que ver con él, y sí mucho con conceptos de tipo anglosajón.

En la red se menciona con cierta frecuencia al llamado “*notario electrónico*”, expresión que se aplica básicamente a los proveedores o prestadores de servicios de certificación, por la razón de que garantizan que una determinada clave pertenece a una persona. Es decir, estos prestadores, a través de la emisión de certificados, avalan siquiera a efectos económicos la titularidad del par de claves, y se les suele considerar terceros de confianza, de forma que, por la magia de las palabras (certificar, garantía, tercero, confianza), se produce una asimilación con la labor notarial, sin ningún sustento jurídico. Esta identificación sobre la base del nombre ha de rechazarse: los proveedores son fundamentalmente empresas privadas, los certificados basan su eficacia en la confianza que merezcan a los que los consultan, sin ningún efecto privilegiado, y desde luego no efectúan juicio de capacidad ni legalidad, ni labor asesora e imparcial, porque su función es simplemente técnica y muy alejada de la profesión. Permitir que, aunque sea a efectos periodísticos o descriptivos, se utilice el término “notario” para referirse a estas entidades, significa, en primer lugar, cerrar la puerta a la actuación del verdadero profesional; y en segundo lugar, degradar la labor del notario, asimilando notario electrónico a notario anglosajón.

Veamos un ejemplo. En un artículo sobre la materia (55) se lee lo siguiente: “a pesar de que los notarios probablemente no celebrarán dicha posibilidad, uno podría preguntarse si las autoridades de certificación tienen un papel notarial vital a cumplir en el futuro digital, y si podrían suplantarse gran parte del rol de los notarios en el mundo electrónico”. Aquí tenemos una exposición del peligro antes apuntado: a) reducción de las funciones del notario al entender de forma implícita que es básicamente un legitimador de firmas –un notario anglosajón–; b) asimilación de las funciones que realiza el proveedor de servicios de certificación a las de ese notario degradado; c) y en su consecuencia, final expulsión del verdadero notario por ser innecesaria su presencia al haber alguien que realiza la que se dice que es su única función.

(55) BARCELÓ, Rosa Julia, y VINJE, Thomas, “Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 228, abril-junio 1998.

La importancia de llamarse notario. En el mundo actual la imagen influye muchísimo, y no debemos en modo alguno descuidarla. El notario electrónico ni es notario ni sus actividades tienen relación con las que éste desarrolla. No debe utilizar ese nombre porque genera una peligrosa confusión y sobre todo una indeseable vulgarización de las funciones notariales, limitadas a *dar fe* de que alguien es quien manifiesta ser. Hemos de entrar con las armas y bagajes latinos en el comercio en la red. Cuidado con que alguien usurpe nuestro nombre y desplace nuestro lugar.

4. Algunas bases de actuación.

Este complejo asunto es susceptible de análisis desde multitud de puntos de vista. He aquí unas ideas que, sin pretender agotar la materia, sí pueden servir de puntos de referencia en su estudio:

A) Vigencia de la profesión: indudablemente, la comunicación electrónica supone una revolución sin precedentes desde el punto de vista tecnológico. Permite la relación e intercambio anulando las distancias y el tiempo entre las personas, y posibilita transacciones comerciales que antes hubieran sido inviables por razones técnicas o de simple rendimiento económico. Crea una nueva forma de relación social. Verdaderamente está marcando el tiempo que vivimos y con certeza lo hará aún más intensamente con los venideros. Nada menos. Pero también nada más.

Leyendo o escuchando opiniones sobre el significado de este fenómeno, es frecuente encontrarse con visiones apocalípticas que hacen tabla rasa con muchas de las instituciones y fórmulas usadas hasta ahora en el mundo comercial, considerándolas incompatibles para actuar en el universo virtual. No cabe discutir que el soporte de comunicación es ahora más rápido y abre unas posibilidades enormes, pero hay necesidades y problemas que no solamente permanecen, sino que se intensifican, y el más destacado es el de la seguridad. Ya hemos comentado que la seguridad es un valor en alza y tiene cada vez más un valor económico, y que en la red es, precisamente, el problema principal por la falta de contacto directo entre los intervinientes. La falta de trato personal es su principal ventaja y asimismo su mayor inconveniente. Se precisan mecanismos e instituciones que ingresen en la red a fin de proporcionar confianza a los que naveguen y contraten en ella. Y evidentemente una de las características que han distinguido al notariado a lo largo de los tiempos ha sido precisamente la de generar confianza, controlando la legalidad del negocio, asegurándose de la identidad y capacidad de los otorgantes y asesores.

rando jurídicamente. El notariado, a despecho de algunas opiniones, puede desarrollar plenamente su función en el mundo electrónico.

Es muy interesante en este sentido una Declaración de la Asamblea de Notariados Miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino (56): *"... la nueva tecnología no representa más que un cambio de instrumento de comunicación, sin que implique necesariamente una modificación de las tradiciones de intercambio comercial o del ordenamiento mismo... Para que, de todos modos, las posibilidades ofrecidas por esta tecnología alcancen un completo desarrollo, es necesario que sean introducidas nuevas reglas y nuevas normas respecto a aquellas tradiciones en uso de la praxis comercial... es de la máxima importancia que las normas –técnicas y jurídicas– que reglan el nuevo sistema brinden las máximas garantías de seguridad... Seguramente habrá otros que ofrecerán en el mercado sus servicios de TTP (57) (bancos, cámaras de comercio, service providers en Internet, empresarios) análogamente a lo que ocurre hoy en día en el mundo del papel que nos es familiar; ninguno, de todos modos, podrá garantizar un tal nivel de imparcialidad y, sobre todo, que tal posición de equilibrio y de «tercería» sea unánimemente reconocida. Esta exclusividad notarial –independientemente del instrumento técnico utilizado– merece siempre ser reconocida".*

B) Reciclaje y ampliación de conocimientos: continúa la Declaración indicando que el notariado no precisa en principio de grandes cambios en su actividad: *"Para que el notario pueda seguir cumpliendo tal función, a la cual no es absolutamente posible renunciar, para el desarrollo ordenado y pacífico del comercio jurídico, será solamente suficiente que el notario adquiera los conocimientos concernientes al funcionamiento de las nuevas tecnologías, para poder cumplidamente informar a las partes y gobernar el procedimiento que se dispone a utilizar".*

Son suficientes estos nuevos conocimientos tecnológicos, pero también son necesarios. No se trata de manejar con más o menos soltura el equipo informático a nuestra disposición, sino que es preciso un verdadero proceso de reciclaje, asumiendo que existe un nuevo ámbito del saber –el medio electrónico– cuyo entendimiento es imprescindible si se pretende ser útil. Para proporcionar seguridad, previamente hay que estar seguro de lo que se dice. Como dice MAURICIO DEVOTO (58), *"Sin*

(56) "Rol e importancia del notario en el comercio electrónico", Declaración de la Asamblea de notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 2 de octubre de 1998, *Gazeta de los notarios*, número 100, diciembre 1998.

(57) "Trusted Third Parties", terceros de confianza mediadores entre las partes.

(58) DEVOTO, Mauricio, *El Notariado argentino en la era digital*, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.

pretender alcanzar los mismos conocimientos que los técnicos en la materia, considero que no podemos hablar de seguridad jurídica en la contratación por medios electrónicos si no sabemos lo que sucede con la información que es enviada de una computadora a otra... y sobre todo si no conocemos el medio electrónico por donde la información transita”.

Esta necesidad deberá llevar a una modificación de los programas de acceso al cuerpo notarial, incluyendo específicamente contenidos sobre la materia. Y para los notarios demandará en el futuro cercano un notable esfuerzo de adaptación que tendrá que luchar contra las inercias y rechazos que inevitablemente habrán de surgir.

C) Sentido y credibilidad: relacionada con las dos anteriores, apela a una actividad que constituye una de las facetas más características del ejercicio de la profesión notarial, y más noble también: el acercar el Derecho al ciudadano, o dicho de otro modo, el explicar conceptos e instituciones complejas a personas que los desconocen en mayor o menor medida, utilizando términos sencillos y comprensibles y observando una estricta imparcialidad, a fin de que se lleguen a asimilarlos suficientemente para decidir en consecuencia con pleno conocimiento de causa. Esto y no otra cosa significa la lectura que reglamentariamente hace el notario de los documentos que autoriza; no se trata de un mero recitado de lo escrito en el papel, sino de una disección de su contenido hasta hacerlo inteligible para el otorgante. “Leer”, en el Diccionario Notarial, es sinónimo de informar, aconsejar y advertir.

En una hipoteca, o en una partición hereditaria, o bien en una declaración de obra nueva, por poner tres ejemplos de negocios con cierta complejidad y tecnicismo, el notario ha de configurar su exposición de una forma tal que, siendo asimilada por todos los interesados, contenga sin embargo la esencia indeformada del mismo. El lenguaje del notario ha de descender al nivel del menos diestro de los otorgantes, pero sin que la simplificación lleve consigo la alteración del contenido.

Indudablemente esta labor genera seguridad en aquella persona a quien va dirigida, y es una de las razones que explican la confianza que la sociedad deposita en el notario. Y precisamente la confianza es un valor de alta cotización en el comercio electrónico, que es un sector que se está edificando sobre la base del principio del predominio absoluto de la empresa privada, sujeta eso sí a unos controles públicos, pero con libertad de establecimiento y actuación. En un mercado así el consumidor, el usuario, está todavía más desprotegido que en el comercio no virtual, rodeado de entidades privadas que van a procurar legítimamente obtener beneficios pero no asesorarán imparcialmente, e inmerso en una materia cuyo contenido desconocerá en su mayor parte, tanto en los

aspectos tecnológicos como en los jurídicos. Expuesto e inseguro, en definitiva.

A esto hay que añadir que estamos caminando hacia una Sociedad de la Imagen, pero funcionalmente ágrafa y en la que existe la falsa idea de que es imposible explicar la materia informática para que cualquier interlocutor la entienda, cuando en la mayoría de las ocasiones lo que hay es una deficiente exposición, en parte resultado de la cada vez más generalizada incapacidad de expresarse con corrección y propiedad, y quizá en otra parte provocada y querida (a fin de cuentas, la información es poder —y dinero—).

El notariado puede y debe empeñarse en la misión de hacer del mundo de la transacción electrónica un lugar a la medida del ciudadano y no al revés. Y en esta tarea puede y debe igualmente hallar el sentido jurídico profundo de todo este fenómeno, para llegar a su entendimiento y análisis suficientes, previo el imprescindible reciclaje tecnológico antes mencionado. Sólo así, dominando la materia, podrá exponerla de forma comprensible, haciendo, una vez más, fácil lo complicado, lo que le proporcionará la oportunidad de constituirse en un interlocutor imparcial, accesible y con credibilidad (59).

D) Participación activa: al notario no se le va a reclamar su presencia desde la red, ha de ser él mismo el que justifique su importancia, su utilidad, en un terreno en el que el mundo anglosajón domina tecnológica y económicamente. Todo ello ha sido suficientemente analizado con anterioridad. De esa exigencia se hace eco la Declaración de la Asamblea de la UINL antes citada, la cual en su primer punto establece: “*La necesidad de promover la promulgación de leyes que reconozcan la intervención del Notariado de tipo latino, asegurando la legalidad, autenticidad y conservación de los documentos electrónicos que sirvan de base a las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas de todo el mundo*”.

El notariado debe intervenir en seminarios, reuniones, foros de debate y discusión, visitar universidades y empresas, y formular propuestas tendentes a garantizarse el lugar que le corresponde, lugar que, repito una vez más, hay que ganárselo porque no va a venir dado por la fuerza de los hechos. Ya hemos mencionado antes la petición que la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino hacía para que la profesión se involucrara de verdad en el proceso, ante el riesgo de que fuera dejada de lado en el curso de la evolución.

(59) Puede considerarse una manifestación particular de la idea de protección al consumidor como parte más débil de la relación, tan en boga por otro lado.

Complementando esta idea, considero muy interesante la opinión de MIGUEL ÁNGEL DAVARA RODRÍGUEZ (60), que entiende que el profesional del Derecho no puede escudarse en una vocación humanista para rechazar todo lo que se refiera a avances tecnológicos. No se puede vivir de espaldas a la realidad, pero es que además, añade, la técnica influye de forma directa en los presupuestos humanistas. Si aquélla es utilizada correctamente, se logrará defender más eficazmente los derechos de los individuos y la convivencia social, independientemente, aunque de forma paralela, de los intereses mercantilistas o políticos (61). Como dice GONZÁLEZ PONS (62), *“la ciencia y la tecnología puede que sean neutrales en el laboratorio, pero no lo son, en absoluto, en manos de un solo Estado, y mucho menos en poder exclusivo de las corporaciones privadas”*, concluyendo que la aplicación tecnológica está muy relacionada con los principios democráticos.

La defensa de una visión humanista del avance tecnológico, despojándolo de su falsa neutralidad. Creo que es una idea que puede constituir una interesante propuesta de estudio para el notariado, aunque excede desde luego del ámbito de este trabajo (63).

E) Notario, marca registrada: la expresión *notario* tiene un significado en sí mismo. Es un valor, una “denominación de origen” que hay que cuidar y defender, impidiendo que determinadas entidades o instituciones se apropien indebidamente de ella (64).

(60) DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, pp. 23-24, Aranzadi editorial, 1997.

(61) DAVARA se ocupa también de lo que denomina la “dictadura tecnológica”, a la que considera la más temible de todas ellas, caracterizándose por un control total por parte del Poder de las actividades de los ciudadanos a través de los modernos medios tecnológicos, llegando incluso a la previsión de las actividades futuras, sin que el individuo sea consciente de ese control. Una especie de Fichero Definitivo (el nombre es mío). Entiende que el peligro de dictadura es real, y que los medios informáticos, que conllevan en sí un poder, han de ser empleados en beneficio de un desarrollo social más justo y digno (*op. cit.*, pp. 83-84).

(62) *Op. cit.*

(63) En palabras de DAVARA: “si la eficacia y el progreso son necesarios, nunca deben ser comprados a un precio en el que esté incluido un recorte en las libertades de la persona... no es conveniente separar, como día a día se va haciendo, tecnología de humanismo... El desarrollo tecnológico debe ir así avanzando, en paralelo, haciendo siempre referencia al bien del género humano, en lo que podemos llamar *humanismo tecnológico*” (*op. cit.*, pp. 40-41).

(64) Dos ejemplos ilustrativos: la Agencia de Protección de Datos, en el glosario de términos informáticos que contiene su página web, reserva la acepción *notario electrónico* para la entidad pública o privada que sea emitente de certificados digitales. Y existe una sociedad en Argentina que se denomina “Notario Electrónico, S.A.”, y que es una entidad de certificación privada, que pretende atraer para sí el prestigio de la institución, apropiándose del nombre (www.notarioelectronico.com.ar).

Como hemos comprobado, el mundo electrónico se encuentra en proceso de construcción, y nadie es imprescindible mientras no demuestre que lo es. La cultura anglosajona impregna fuertemente su evolución, y con él su Derecho y su mentalidad jurídica, por lo que el sistema latino va a tener que abrirse paso a contracorriente. Propiamente no existe más notariado que el latino, pero se califica con la expresión “notarios electrónicos” a entidades que son muy parecidas a notarios anglosajones, y que no proporcionan la seguridad del sistema latino dado que sus actividades son meramente informáticas, sin contacto con el Derecho.

Esta difuminación del concepto provoca confusión y problemas. La denominación de origen en los vinos, por ejemplo, es un mecanismo para impedir que otros vinos de peor calidad o características no adecuadas utilicen un cierto nombre en su comercialización. Ese nombre queda protegido porque en sí es el compendio de las virtudes y calidades de un producto. Si se descuidara este aspecto permitiendo que otros de menor categoría utilizaran el nombre, se acabaría identificando al conjunto con el producto de clase inferior, con la consiguiente merma de prestigio.

Del mismo modo hay que defender la denominación de origen *Notario*: activa, decididamente, denunciando cualquier intento de usurpación. Es claro que habría sectores económicos muy interesados en que sus productos de seguridad informática –de claro corte anglosajón– llevaran ese nombre, asimilando de forma automática ante la sociedad, poco dada a distinciones sutiles, todo el crédito y la fama de la institución.

Hay que expresar con claridad que nadie más que el propio notario tiene derecho a utilizar ese nombre, y que el llamado “notario electrónico” únicamente puede ser el profesional latino actuando en la red, y no una empresa mercantil privada que probablemente pertenecerá a un gran grupo económico, y que como máximo se podría considerar como un legitimador –privado– de firmas electrónicas, sin imparcialidad ni control de legalidad. Nada que ver, en definitiva. Alguien dijo que para que una idea absurda se convirtiese en verdad, bastaba repetirla de forma insistente. Debemos estar atentos, pues, para evitar que esta forma de hablar quede como un uso corriente, porque, como antes hemos explicado, ello provocaría degradación del concepto y con él, de la institución a la cual debe estar indisolublemente unida.

De nuevo MAURICIO DEVOTO (65) lo resume con claridad: *“El sector privado ofrece cada día nuevas soluciones al problema de la seguridad. Muchas veces estas soluciones se confunden o pretenden confundir, por*

(65) DEVOTO, Mauricio, *Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública*, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.

ahora terminológicamente, con las bondades propias que para el mundo papel resultan de legislaciones de países de derecho civil. Demás está decir que en muchos casos los servicios que las soluciones informáticas brindan llevan el mismo nombre que ciertas garantías que sólo brinda el sistema de notariado latino".

II. Funciones concretas del notario en la transacción electrónica

Actualmente el notario puede desarrollar una serie de actividades que, sin pretensión de ser exhaustivos, pueden clasificarse al modo clásico en que las diferenciaba GONZÁLEZ PALOMINO: las que forman parte del quehacer del "notario como notario", y aquellas otras que no pertenecen a aquél, pero las ejerce "por ser notario y para actuar como notario eficiente".

1. Funciones como notario.

A) *El acta de depósito, el "escrow" y el depósito de claves privadas* (66).

Este acta se observa por diversos autores como un eficaz mecanismo para crear una prueba de la titularidad de determinados elementos para actuar en la red. Así, JAVIER RIBAS ALEJANDRO recomienda que para proteger una página web se depositen notarialmente una serie de elementos configuradores de la misma (67), lo que puede efectuarse, continúa, por medio de un CD-Rom en el que se incluya todo el contenido de la web. De esta forma se crea una prueba que permite comparar el original con las posibles imitaciones posteriores, posibilitando la defensa de la propiedad intelectual e industrial.

RIBAS lo combina, para el caso de que sea necesario, con un requerimiento a los imitadores de los diversos elementos creativos "para evitar que éstos pasen a formar parte de la ciencia del sector".

Recordemos que este tipo de depósitos son voluntarios para el notario, quien podrá imponer condiciones al depositante (art. 216 del Reglamento Notarial). La doctrina se extraña de que un negocio jurídico como el depósito no se instrumente en escritura sino en acta, justificándolo RODRÍGUEZ ADRADOS en que con él solamente surgen obligaciones para el notario como depositario (68).

(66) RIBAS ALEJANDRO, Javier, *op. cit.*, pp. 29 y 155. CARRASCOSA, POZO y RODRÍGUEZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 225-233. Y MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *op. cit.*, p. 160.

(67) Textos, imágenes y gráficos, códigos fuente, etc.

(68) GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *op. cit.*, p. 173.

Destacamos dos en concreto:

a) Una especialidad de depósito es el llamado “*escrow*”, que consiste en el depósito del código fuente de un determinado programa. Este código está escrito en un lenguaje comprensible por el hombre pero no por el ordenador, mientras que con el código objeto ocurre a la inversa. Es habitual comercializar este último, permaneciendo oculto el código fuente del programa, de forma que el usuario no tiene la posibilidad de modificar el programa a sus necesidades. Por eso, es importante la demostración de la titularidad del código fuente, y su depósito (69).

b) Otra modalidad especial es el *depósito de claves privadas de codificación*. El notario tendría en su poder estas claves de forma segura, y serviría para acreditar la titularidad de las mismas y consecuentemente la pertenencia de la firma electrónica –obtenida a partir de las dos claves, pública y privada– a una persona cierta. Anteriormente hemos comentado la resistencia que en determinados sectores existe al depósito de claves, por considerarlo atentatorio a la libertad e intimidad personal. No obstante, el Reglamento italiano relativo a la formación, archivo y transmisión de documentos con instrumentos informáticos o telemáticos de 10 de noviembre de 1997, prohíbe en su artículo 9 que el proveedor de servicios de certificación se constituya en depositario de claves privadas; y conforme al artículo 7, el titular de las claves asimétricas podrá obtener el depósito de la clave privada ante notario, debidamente registrada en un soporte adecuado, y consignada posteriormente en un envoltorio sellado de manera que no sea posible alterarla o conocerla sin romper aquél.

B) *El acta de visualización de la pantalla de un ordenador.*

Se trata de un acta de presencia en la cual el notario atestigua el contenido de una pantalla de ordenador, normalmente por medio de la impresión en papel de lo que aparece en la pantalla y la incorporación a la matriz del resultado.

La finalidad es acreditar de manera incontestable que en una determinada página web, en un día y hora precisos, aparecen ciertos contenidos que interesa acreditar en un tiempo futuro.

(69) CARRASCOSA, POZO y RODRÍGUEZ DE CASTRO lo caracterizan como un contrato atípico, relacionado con el de depósito regulado en los Códigos civil y de comercio, pero especial por sus características, su objeto y su causa. Su finalidad principal sería el permitir al usuario el acceso al código fuente, sin que se vean perjudicados los derechos de propiedad intelectual de la empresa titular del código, ya que obtiene previamente con el acta una prueba de su titularidad (estudio en pp. 225-233, *op. cit.*).

RIBAS (70) la estima particularmente útil en los contratos electrónicos de adhesión. Existe el problema para el ofertante de que el adherente niegue haber visualizado o aceptado la página web en la que figuran esas condiciones. Para evitar este resultado, se establece un mecanismo informático tal que para poder encargar el pedido, ha tenido antes que pasar, tener a la vista y aceptar, las condiciones generales establecidas en una pantalla específica. A fin de demostrar que el mecanismo estaba así instalado y para que *ningún adquirente alegue no haber tenido conocimiento de las condiciones generales*, se levantará acta notarial.

En esta acta el notario habrá de entrar en el sitio web, comprobar que aparece necesariamente una página con las condiciones de contratación y que, solamente tras accionar el botón que indica que se aceptan, aparece la pantalla con el formulario para solicitar los bienes y servicios concretos. Por obvias razones de seguridad, es conveniente que el acceso se efectúe a través del ordenador del propio notario o de uno en el que éste confíe. Igualmente será adecuado, como hemos señalado antes, imprimir e incorporar al acta el contenido de la pantalla en la que aparecen las cláusulas contractuales, o incluso el de todas las pantallas que se le presenten a la vista.

Como el contenido de las condiciones puede variar, será asimismo conveniente establecer un mecanismo para notificar al notario esta variación cuando se produzca, a fin de que por sí mismo repita la operación, e incluso solicitar del fedatario que de forma periódica durante un cierto tiempo acceda al web y certifique lo que aparece, en la forma antedicha.

Indudablemente esta sencilla acta puede beneficiar también al adquirente de los bienes o servicios que quiera obtener esa misma constancia, para poder reclamar en el futuro sin temor a que le nieguen *a posteriori* la existencia de esa página web. Y en general puede ser muy útil para acreditar cualquier contenido que aparezca en la red, un medio tan variable que hay que tomar muchas más precauciones que las que corresponderían si el contrato se hubiera plasmado en papel.

C) *Autoridad de registro.*

Para que el proveedor de servicios de certificación pueda garantizar que un determinado par de claves de codificación pertenece a una persona, física o jurídica, es necesario que ésta lo solicite, y que se le identifique con garantías.

El certificado electrónico que expide el proveedor lo que hace precisamente es señalar que una concreta persona es titular de una clave, y su

(70) *Op. cit.*, pp. 89, 91 y 162.

eficacia práctica depende de la confianza que el usuario deposite en él y en quien lo expide. Como consecuencia de ello, fácilmente comprendemos que la identificación segura del solicitante, la apreciación de su capacidad legal, y el correcto examen de la suficiencia de sus facultades cuando actúe en nombre ajeno (bien por medio de apoderamiento, representación orgánica –sociedades, por ejemplo– o legal –patria potestad, tutela–), son absolutamente decisivos, y en realidad constituye la piedra angular de todo el mecanismo (71). Los trabajos posteriores son de tipo técnico o informático, de creación y mantenimiento del certificado; este es el momento en el que el mundo real conecta con el virtual, y es también el más delicado jurídicamente.

Estas funciones –identificación, apreciación de la capacidad y legitimación– son típicamente notariales y por eso DEVOTO (72) opina que las autoridades de registro, por naturaleza, son los notarios de tipo latino, y para ello no necesitan nada más que ejercer normalmente su profesión, porque la labor de la autoridad de registro es esencialmente jurídica.

Indudablemente, esta actividad será desarrollada por otras instituciones o entidades, mas el certificado que base su contenido en una previa actividad notarial de comprobación de la identidad del solicitante y de la aptitud jurídica para la petición que efectúa, incuestionablemente gozará de una elevada confianza por parte del usuario. De hecho, se suelen clasificar los certificados en diversos niveles o escalas de fiabilidad, y en el nivel más alto se encuadran aquellos en los que la autoridad de registro –denominación muy incorrecta por otra parte– ha sido el notario (73).

La actuación habrá de consistir básicamente en una escritura en la que el interesado solicite la expedición del certificado, y probablemente también preste su consentimiento al contrato de adhesión que regule sus relaciones con el proveedor (74). Dicha solicitud será remitida por el notario –por medios electrónicos o convencionales– al proveedor de certificados (75).

(71) “Dado que la inicial comprobación de la información de un solicitante de certificado es crítica para la fiabilidad del certificado emitido, estos intermediarios juegan un papel indispensable para conseguir la confianza de un sistema de certificados de clave pública”. Apollonia MARTÍNEZ NADAL, *op. cit.*, p. 137.

(72) *Claves...*, *op. cit.*

(73) Así ocurre, por ejemplo, en la entidad FESTE.

(74) En relación concretamente con FESTE, se describe el proceso en mi artículo “Estado actual de la seguridad en el comercio electrónico...”, antes citado.

(75) SIMÓ SANTONJA indica que la autenticación de las solicitudes de claves podría adoptar diversas formas (legitimación de firmas, acta, escritura), según los efectos pretendidos y las exigencias formales de cada ordenamiento (“El Notario y los derechos fundamentales”, obra de Vicente L. SIMÓ SANTONJA, aunque en esta parte transcribe una conferencia dictada por Diego Simó Sevilla. *Ponencias del Notariado Español en el Congreso Internacional del Notariado Latino*, Buenos Aires, 1998, Colegios Notariales de España, 1998).

D) *Legitimación de firmas digitales.*

En un mensaje electrónico la firma digital puede ser estampada ante notario, de manera que no sea necesaria la intervención del prestador de servicios de certificación ni la consulta de ningún certificado porque no exista duda de la identidad del otorgante. A diferencia de la legitimación de firmas en documentos privados extendidos en papel, en la cual el fedatario diligencia la firma en el propio documento en el que está estampada, para la firma electrónica deberá autorizarse un acta notarial en la que conste el hecho del firmado digital del mensaje, y que servirá de prueba en caso de controversia. Naturalmente, el documento sigue teniendo la naturaleza de documento privado, no adquiriendo por la actuación del notario el carácter de público.

Esta función está acogida legislativamente en Italia. El artículo 16 del precitado Reglamento de 10 de noviembre de 1997 define lo que denomina *autenticación de firma digital* como la manifestación, por parte de un notario u oficial público, de que la firma digital se ha realizado en su presencia por el titular, previa comprobación de su identidad personal, de la validez de la clave pública, y del hecho de que el documento firmado corresponde a la voluntad de la parte y que no es contrario al ordenamiento jurídico.

Otra diferencia con la legitimación de firmas en papel es que éstas solamente pueden corresponder a personas físicas, aunque el firmante represente a una persona jurídica, es decir, que el compareciente siempre es firmante y con su propia firma, por ser ésta personal e intransferible. En la legitimación de firmas digitales, por el contrario y dadas las especiales características de este tipo de firma (que más bien es un sello), la persona física puede representar a otra (sociedad, por ejemplo), y lo que hará será firmar digitalmente –sellar– el documento, con la firma o sello que corresponde al representado, no con la suya propia. Por tanto, el notario, para permitir a una persona que estampe una firma digital de una entidad jurídica –o de cualquier otra persona que el compareciente declare representar– tendrá que asegurarse no solamente de su identidad sino también de la representación que manifieste ejercer, comprobando que tiene facultades para utilizar la firma digital del otorgante.

Y una diferencia más con la firma convencional es que, como hemos expuesto en la primera parte de este trabajo, la firma digital no es única para cada persona, sino que es simplemente un mecanismo de cifrado de un documento, un sello o marca en el mismo, y de la misma forma que se pueden poseer legítimamente varios sellos identificadores para estamparlos en los documentos en papel, se podrá ser titular de varias firmas digitales a la vez. La firma digital, en el estado actual de la tecnología

(sistema de cifrado con claves asimétricas), no identifica a una persona, y por esa razón es necesario determinar con exactitud quién es el titular de las claves que hacen posible el firmado digital, labor que desempeña la autoridad de registro.

E) *Sellado digital.*

Señalado como una de las posibles funciones notariales en la Declaración Notarial de 2 de octubre de 1998, a la que antes hemos hecho referencia, el sellado digital o "time stamping" consiste simplemente en la determinación de la fecha y la hora en la que un documento electrónico es enviado. El sellado digital lo efectuará un ordenador que esté bajo el control del notario, por medio del programa informático adecuado.

En cualquier caso, parece conveniente un acta notarial en la que quede constancia de la fecha y la hora en la que se ha producido el sellado y envío del documento, y en la que se incorpore una copia del documento enviado (76).

En este caso como en el anterior, considero que el notario puede y debe acceder al contenido del documento objeto de su actuación, comprobando que su contenido no es ilegal o contrario al orden público o a las buenas costumbres, tal y como ocurre con las actas de remisión de documentos por correo, de la que ésta podría considerarse una variante cercana (77).

F) *La escritura pública electrónica.*

Parece tecnológicamente factible que un documento electrónico tenga el carácter de documento público notarial, siempre claro es que observe los requisitos que la legislación civil exige para dotar de tal carácter público. En todo caso se plantean una serie de cuestiones entre las cuales destaca la de la conservación de tales documentos en lo que sería un protocolo electrónico. No avanzaremos más en esta cuestión, por estar pendiente una Ley de Firma Electrónica que ampliaría el contenido del Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, y en la que pudiera regularse el instrumento público electrónico (autoriza-

(76) Apol·lonia MARTÍNEZ NADAL considera un grave problema la posibilidad de que el encargado del sellado digital y el autor del documento se confabulen para modificar a su voluntad la fecha de sellado, cambiando la real por la que más les convenga, proponiendo soluciones tecnológicas para hacer imposible el cambio. La intervención del notario, con la confianza que inspira, resuelve el problema en un sentido diferente (*op. cit.*, pp. 74-76).

(77) Cfr. artículo 201 del Reglamento Notarial.

do por notario), que equivaldría en cuanto a sus efectos a la escritura pública (78). Será entonces el momento del análisis.

2. Funciones por ser notario y para actuar como notario eficiente.

A) *Prestador de servicios de certificación.*

La Declaración de la Asamblea de Notariados Miembros de la UINL antes citada entiende que es posible constituir una cadena de servicios de certificación que parta del notario individual, y vaya ascendiendo por las diversas estructuras de organización nacional –Colegios, Consejo General– hasta llegar a la superior de la propia UINL, siendo la entidad superior certificadora de la inferior, de suerte que el notario dispondría de una firma electrónica especial, certificada por su Colegio Notarial, que le identificaría como profesional; una especie de carnet profesional electrónico. El Colegio actuaría como proveedor de certificados, y a su vez sería certificado por el Consejo General, y éste por una estructura supranacional o por la Unión Internacional.

Así, el notario podría comunicarse, adecuadamente identificado, con los notariados de todo el mundo y en general con instituciones o particulares con los consiguientes beneficios para la circulación del documento electrónico. Y en ella podrá basarse el futuro documento público notarial electrónico.

En cuanto a la posibilidad de que el cuerpo notarial actúe como prestador de servicios de certificación en libre competencia con las empresas privadas, salvo mejor opinión, considero que esta labor, que en todo caso habría de llevarla a cabo el notariado en su conjunto como entidad única prestadora de estos servicios, excede del ámbito de actividad de la profesión, por pertenecer más bien al mundo de la empresa mercantil. Lo que sí que existe es una entidad, FESTE, en cuyo Patronato participa el Consejo General del Notariado, entre otras instituciones, y que es una prestadora de servicios de certificación; no obstante, se trata de una empresa particular, vinculada en cierta forma, pero con fines propios.

Cuestión diferente es que asuma esta función de prestador en un sentido y en un campo diferente al de las empresas mercantiles que se dediquen a la misma actividad, funcionando paralelamente y sin excluirse, por ejemplo, porque la legislación exigiera para determinados supuestos que la certificación se expida por una entidad pública o por alguien sobre el que el Estado ejerza un cierto control (79). DIEGO SIMÓ SEVI-

(78) Fuente: diario *Cinco Días*, fecha 2 de diciembre de 1999.

(79) Así lo entiende la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la UINL, en el informe antes citado.

LLA, por su parte, sugiere la posibilidad, en la línea de sendos proyectos de Chile y Argentina, de que el notariado actúe como entidad certificante de segundo grado, cuando haga falta autenticar la certificación de un prestador de servicios no suficientemente seguro (80).

B) Ventanilla electrónica.

Es otra propuesta de la Declaración Notarial de 2 de octubre de 1998 y consiste, genéricamente, en convertir a cada notario en una puerta segura a la red. A través del ordenador de aquél, bajo su supervisión y control, y quedando constancia fehaciente, se enviarán y recibirán documentos electrónicos, lo que será especialmente útil para aquellas personas que carezcan de medios técnicos o conocimientos adecuados. Además de la comunicación electrónica, se proporcionará asesoramiento e información, lo que indudablemente dotará de mayor valor al documento como resultado de esa intervención.

Es una idea que luego habrá de concretarse en diversas actividades o soluciones particulares. Un ejemplo concreto lo proporcionan CARRASCOA, POZO y RODRÍGUEZ DE CASTRO (81): “basta con acudir a un Notario que cuente con servicio de fax o módem, interconectado con otra Notaría, a la que acudirá el otro contratante, a quien se transmitirá la oferta por medio informático y recibirá por igual vía la aceptación, comprometiéndose ambos fedatarios a intercambiarse los respectivos testimonios”.

C) Tercero de confianza.

Más que una función, es una expresión que se utiliza en el mundo electrónico para indicar la necesidad de contar con alguien imparcial y sin interés particular en el que se pueda confiar, dadas las inseguridades y problemas que lleva consigo este medio.

Existe en este mundo una cierta imprecisión en el uso de las expresiones y algunas, como la presente, son empleadas con diversos significados dependiendo de quién las utilice. Se suele considerar que los prestadores de servicios de certificación han de ser terceros de confianza, pero sin que tal calificación lleve consigo el desarrollo de una función especí-

(80) “El Notario y los derechos fundamentales”, obra de Vicente L. SIMÓ SANTONJA, aunque en esta parte transcribe una conferencia dictada por Diego Simó Sevilla. *Ponencias del Notariado Español*, Colegios Notariales de España, 1998.

(81) *Op. cit.*, p. 87. Recoge la Ponencia 117 del IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Bariloche, 1994, sobre Resumen Notarial en una contratación por sistema telemático.

fica, sino que denota simplemente que deben de ser imparciales y confiables. En todo caso, también otras actividades, y entre ellas muchas de las expuestas anteriormente, exigen naturalmente esa posición de independencia para ser desarrolladas adecuadamente, por lo que cabe decir que los que las ejecutan han de serlo también en este sentido.

El notario es por naturaleza un tercero de confianza, su mismo trabajo exige de forma esencial que se comporte de esta forma. Tareas como el asesoramiento legal y la indagación de la voluntad de los otorgantes no se entienden sin esta premisa. El ser tercero de confianza es una actitud, un comportamiento ante una situación definida que provoque seguridad en los demás, y para el notariado es, verdaderamente, una de las piedras angulares de la profesión.

Siendo la confianza una de las necesidades básicas en el comercio electrónico, y siendo el notario por definición un tercero de confianza, es muy interesante —creo que básico— poner de relieve esta característica en todos los foros posibles, postulando a la institución como una colaboradora sencilla, experimentada y económica, en el desarrollo del nuevo fenómeno.

3. Una propuesta: la escritura pública de reconocimiento de firmas digitales.

Como dice RODRÍGUEZ ADRADOS, la función notarial tiene una cierta tendencia a encastillarse en la seguridad jurídica como valor de referencia. Se trata, desde luego, de un factor importantísimo pero no del único que ha de considerarse; y entre aquellos otros que han de merecer nuestra atención señala, aparte de la justicia y la igualdad, el valor de la libertad (82).

Ha sido característica del notariado latino la de configurar la voluntad de los otorgantes, dentro de los límites que permiten las normas prohibitivas o imperativas, en una actividad de verdadera creación de negocios e instituciones antes desconocidas, de desarrollo del Derecho más allá de lo establecido en la ley, amparándose en el principio de autonomía de la voluntad. Es lo que VALLET DE GOYTISOLO llama la “determinación negocial del Derecho” (83). Ejemplos de innovación notarial son la sociedad limitada, la propiedad horizontal, la hipoteca cambiaria, etc.

(82) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, discurso de presentación de la obra de VALLET DE GOYTISOLO “Metodología de la determinación del Derecho, II (Parte sistemática)”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 23, julio-septiembre 1997, p. 255.

(83) Que se desenvuelve “bien sea como si fuese por mar abierto o por llanuras no acotadas, o bien hallando caminos o canales entre las fronteras, murallas o diques de las leyes imperativas o prohibitivas” VALLET, citado por RODRÍGUEZ ADRADOS, *vid.* nota anterior, p. 250.

No hay razón alguna para considerar que el marco de la transacción electrónica es diferente en este sentido, de manera que será posible crear nuevas figuras jurídicas ajustadas a los límites establecidos por la normativa pero no regulados por ella, simplemente acudiendo al principio de libertad de pactos establecido en el artículo 1.255 del Código civil, y el de la fuerza de ley de las obligaciones entre las partes contratantes contenido en el artículo 1.091 del mismo texto legal. La aparente exhaustividad en la regulación de, por ejemplo, el Real Decreto-Ley sobre firma electrónica no debe llamarnos a engaño: desde el punto de vista jurídico hay un amplio margen para la apertura de nuevos cauces.

La escritura de reconocimiento de firmas digitales es, concretamente, una propuesta teórica que se adscribe en esta línea de tradición notarial de creación de nuevas instituciones (84).

Como hemos tenido ocasión de estudiar, la firma electrónica precisa en principio de un tercero que asegure por medio de un certificado que una cierta clave pública pertenece a una persona; y de hecho el Real Decreto-Ley regula exhaustivamente los certificados y las entidades que los emiten, los llamados prestadores de servicios de certificación. Sin embargo, es perfectamente posible que dos o más personas decidan establecer un pacto contractual por el cual se reconozcan mutuamente sus respectivas firmas electrónicas, admitiendo cada uno que una concreta clave pública les pertenece, y por tanto también la correspondiente clave privada, con lo cual la demostración de la titularidad de la firma, la prueba de a quién pertenece en cada caso, queda resuelto.

Este pacto a todos los efectos, y en especial a los probatorios, será conveniente que se instrumente en escritura pública, en la cual se habrán de contener una serie de menciones:

a) Forma de creación de las claves que dan lugar a la firma electrónica. Incluso el notario podría crearlas en su ordenador con el programa adecuado, y asignar una firma a cada uno. Lo que no es adecuado es que se presenten ya generadas, porque no hay certeza de que no pertenezcan a una persona diferente. En definitiva, se trata de cerciorarse de que no hay posibilidad de que la firma pertenezca a otra persona.

b) Modo de conservación de las claves privadas: el propio interesado podrá conservarlas en el diskete, tarjeta electrónica o soporte que per-

“Arquitecto del Derecho” llama José Manuel RAPOSO al notario, considerando que a veces la escritura es una “obra de auténtica ingeniería jurídica construida dentro de las fronteras de la autonomía de la voluntad” (citado por Juan BOLÁS ALFONSO, *op. cit.*, p. 54).

(84) Puede verse una proposición similar en la ponencia española presentada en el Congreso Internacional del Notariado Latino, “El Notario y los derechos fundamentales” en la parte de Diego Simó Sevilla (ver nota 80).

mita la técnica en cada caso, aunque también cabe que el notario las reciba en depósito, como antes se ha dicho, pero siempre será algo voluntario. Hay que tener en cuenta la responsabilidad que ello conlleva.

c) La declaración de voluntad de las partes por la que mutuamente y en cuanto a las operaciones que desarrollen entre sí, reconocen que las firmas digitales son respectivamente titularidad de cada uno de ellos.

d) La constancia en la propia escritura de las claves públicas de cada uno de los otorgantes.

e) Plazo, si se quiere establecer, durante el cual habrán de considerarse válidas las firmas.

f) Los supuestos en los cuales queda cancelada la firma electrónica (recordemos que en realidad es un sello más que una firma que identifique a una persona), en caso de robo o extravío de la clave privada, dificultades técnicas o cualquier otro, entre los que cabe incluir la simple voluntad del titular de la misma.

g) Muy relacionado con el anterior, el sistema de notificación de la pérdida de eficacia de la firma. Es indudable la extrema importancia que tiene la rapidez en hacer saber a los demás esta anulación, en especial en caso de extravío o robo de la clave privada, por la posibilidad de simulación de identidad. El mecanismo depende de la creatividad de cada uno, aunque yo propongo dos soluciones:

— Que en vez de una firma digital, a cada otorgante les sean adjudicadas dos en la escritura. La primera sería la que se utilizaría para las relaciones ordinarias, y en el supuesto de que la primera firma dejara de ser válida por cualquiera de las causas previstas, se comunicaría de forma inmediata esta circunstancia a través de un mensaje firmado con la segunda, la cual sería usada solamente para este caso.

— Que al igual que ocurre con los poderes, el otorgante se dirija al notario, y éste autorice una escritura de revocación de firma electrónica. Sin perjuicio de que se notifique a los demás interesados por los procedimientos clásicos, el propio notario podría enviarles una comunicación electrónica con la firma digital del mismo fedatario, el cual acreditaría su identidad frente a los receptores por medio del certificado que la autoridad notarial habrá expedido a su favor —el carnet notarial electrónico—, actuando ésta como prestadora de servicios de certificación a estos efectos, tal y como hemos visto anteriormente al tratar de estos prestadores. En su caso, este notario comunicará la revocación o ineficacia al que autorizó la escritura de reconocimiento, del mismo modo que si se tratara de un poder, para su constancia en la matriz.

En esta escritura se prescinde completamente del tercero certificante, autorregulándose las partes como mejor les convenga, con un coste infe-

rior porque no han de pagar los a veces elevados gastos del certificado y las tasas que puede llevar consigo (85), y con una alta seguridad jurídica. Parece más apta para ser utilizada por personas conocidas y en círculos no muy amplios.

Una variante de ésta la constituiría la escritura de reconocimiento unilateral de firma electrónica, en la cual una persona genera una firma electrónica, y ante notario hace constar que le pertenece, prescindiendo asimismo del certificado electrónico. Puede tener varias utilidades, entre ellas la meramente publicitaria; de igual manera que en ciertos concursos o sorteos se añade la coletilla de que las bases han sido depositadas ante notario, aquellos que deseen proporcionar la seguridad de que son titulares de una clave pública y por tanto de una firma electrónica, pueden hacer constar que ha sido generada ante notario.

III. El llamado *cibernotario* en Estados Unidos (86)

Como vimos anteriormente, el sistema jurídico de tipo latino ha de ubicarse en el comercio electrónico en pugna con el anglosajón, basando su fuerza primordialmente en la alta seguridad jurídica que proporciona, frente a la cual el segundo únicamente puede oponer una seguridad económica, aunque cuenta en su apoyo con su implantación en el país más poderoso del mundo.

Dada esta situación, es muy interesante el llamado *Proyecto Cibernotario*, patrocinado por el "Cybernotary Committee" de la Asociación Americana de Abogados (ABA, American Bar Association). Y lo es por dos razones básicas: porque se desarrolla en Estados Unidos, y porque supone un acercamiento a los modos y formas del notariado de tipo latino.

Con el comercio electrónico se ha agudizado en Estados Unidos un problema ya preexistente: la frecuente no aceptación de actos ejecutados allí en los terceros países en los que han de producir efectos, fundamentalmente por diferencias en los procedimientos utilizados o el contenido específico exigido. Así, muchos documentos son rechazados como conse-

(85) Cfr. el artículo 23 del Real Decreto-Ley.

(86) Véase *The Cybernotary: The public key registration and certification and authentication of international legal transactions*, Theodore Sedwick BARASSI, gerente del proyecto Cibernotario (disponible en www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html); *Consideraciones relativas al comercio electrónico y la firma digital*, Mauricio DEVOTO, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm; "El Notario y los Derechos fundamentales", Vicente L. SIMÓ SANTONJA, *op. cit.*, en la parte dedicada a la tecnología informática y los derechos fundamentales.

cuencia de esas diferencias por los organismos competentes de esos países, que no son solamente los del área latina de influencia, sino también, por ejemplo, Reino Unido o Sudáfrica.

Este problema pretendió solventarse por medio de una carta-opinión emitida por escrito por un abogado americano especializado en la materia, tras un estudio de las formas legales del país de destino y las peculiaridades de la transacción, pero, aparte de exponer al jurista a una responsabilidad por esa carta para la que quizá no esté convenientemente asegurado, y encarecer además el negocio, en algunos países el abogado será considerado como parte interesada, incumpliendo el requisito, que en muchos ordenamientos se impone con carácter esencial para ciertas transacciones, de intervención de tercero imparcial.

Previendo que esta situación empeoraría en el mundo electrónico, la ABA en colaboración con la Unión Internacional del Notariado Latino (87), inició una serie de trabajos destinados a solventar la falta de seguridad en las transacciones internacionales de los Estados Unidos, en especial las de tipo electrónico, creando una figura llamada cibernotario, considerada como una oficina cuasi-pública, con dos funciones diferentes y complementarias:

1. La primera es jurídica, en el sentido de que desarrolla las funciones tradicionales del notario, entendiendo por tal, y esto es de gran importancia, no el mal llamado notario anglosajón, sino el notario oficial público reconocido en prácticamente todos los países de tipo latino (88). Se trata, pues, de un acercamiento a este sistema por parte del ordenamiento jurídico estadounidense, y a la vez de un verdadero reconocimiento de la superior eficacia de aquél.

El hecho de que el sistema americano se plantee adoptar algunos principios del otro, y en concreto los del notariado latino para conseguir una adecuada seguridad en las transacciones internacionales electrónicas, constituye incuestionablemente un argumento en favor de la institución notarial que debe ser puesto de manifiesto y alegado en cuantos foros políticos, legales y sociales debatan la configuración jurídica del comercio electrónico, y especialmente en los foros nacionales a la hora de legislar sobre la materia. Vivimos –anteriormente lo comentamos– en una Sociedad de la Imagen, y disponemos de una buena frase publicitaria: *Los Es-*

(87) Mario MICCOLI acudió a la reunión en Nueva York, invitado en 1993, como representante de la UINL, siendo el tema del grupo de reflexión el de “Electronic Notarization and Repudiation”.

(88) Una de sus funciones asignadas es verificar la capacidad del usuario para realizar la transacción electrónica internacional pretendida, comprobando el cumplimiento de los requisitos legales de la nación de destino, a fin de solucionar el problema de rechazo de los actos en el extranjero.

tados Unidos se acercan al notariado latino para obtener seguridad jurídica en la red. No tenemos por qué desaprovecharla (89).

2. La segunda función es de tipo electrónico: el cibernotario habrá de tener un nivel de especialización alto en cuanto a conocimientos informáticos, debiendo actuar como autoridad de registro (en un sentido muy amplio, puesto que no sólo comprende el verificar la legalidad y capacidad del solicitante, sino que puede ser requerido para investigar sus datos económicos o penales), y tercero de confianza. Se le encomienda la llamada “notarization”, determinación fehaciente de la fecha y hora de su intervención; igualmente la certificación de la identidad del emisor de un mensaje comprobando su firma digital. Y cuantas funciones se consideren adecuadas en el futuro, vista la evolución (90).

El cibernotario tiene ya reflejo legislativo en la *Florida’s Electronic Notarization Act*, de abril de 1997.

Colofón

Que sea MARIO MICCOLI, con el que iniciamos el camino, el que lo concluya (91): “*si se piensa que la mayor parte de nosotros temíamos que la llegada de la informática hiciese superflua y obsoleta la profesión notarial, cuando observamos que la propia informática abre al notariado unas vías inesperadas de crecimiento de la función y de proyección internacional, podemos sentir alguna, siquiera contenida, satisfacción*”.

Bibliografía

- BARASSI, Theodore Sedwick, *The Cibernotary: The public key registration and certification and authentication of international legal transactions*, disponible en www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html.
- BARCELÓ, Rosa Julia, y VINJE, Thomas, “Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 228, abril-junio 1998.
- BOLÁS ALFONSO, Juan, “La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 24, octubre-diciembre 1997.

(89) Esto conecta además con la idea antes expuesta de que el notario electrónico sólo puede ser el tipo latino, dado que el cibernotario americano se acerca en su actuación a aquél, y además viene avalado por la colaboración de la propia UINL.

(90) Esta segunda función ilustra la tendencia a que el jurista que participe en la red tenga conocimientos informáticos, debiendo el notariado, como se expuso anteriormente, proceder a un reciclaje, incorporando esta disciplina a su campo de conocimiento.

(91) “Cibernotary”, *op. cit.*

- Boletín electrónico de Kriptópolis*, revista electrónica del sitio web www.kriptopolis.com.
- CANO REVERTE, José María, "El Notario: concepto doctrinal y legal. Sistemas de actuación notarial", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada* (segunda época), número 182, marzo 1996.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M. A., y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P., *Contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, editorial Comares, 1999.
- CASACUBERTA, David, y MARTÍN, José Luis, "Diccionario de ciberderechos", *Boletín electrónico de Kriptópolis*, disponible en www.kriptopolis.com.
- CORTÉS, Ángel, "Las búsquedas de la red están dirigidas", revista electrónica *Noticias Intercom*, 23 de febrero de 1999.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi editorial, 1997.
- DEVOTO, Mauricio, *Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública*, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.
 — *Consideraciones relativas al comercio electrónico y la firma digital*, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.
 — *El Notariado argentino en la era digital*, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.
 — *Reflexiones sobre la seguridad en la contratación electrónica*, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.
- DEVOTO, Mauricio, y LYNCH, Horacio M., "Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital", *Revista Jurídica La Ley* (Buenos Aires) edición de 21 de abril de 1997.
- DÍAZ FRAILE, Juan María, "Estudio de la proposición de Directiva europea sobre firmas electrónicas de 13 de mayo de 1998", *La Notaría*, Revista del Colegio de Notarios de Cataluña, número 9, septiembre 1998.
- El Notario y las transacciones jurídicas electrónicas*, trabajo realizado por la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino, disponible en www.colegio-escribanos.org.ar/ediciones.htm.
- FONT BOIX, Vicente, SIMÓ SANTONJA, Vicente L., ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la, y MADRIDEJOS SARASOLA, José, *Sistemas jurídicos y documento. La forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1982.
- GALINDO, Fernando, "La conveniencia de una regulación española del cifrado de las comunicaciones españolas", revista *La Ley*, número 4708, viernes 8 de enero de 1999.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando, "Estado actual de la seguridad en el comercio electrónico. La Fundación FESTE y la prevista actuación del Notario", *La Notaría*, Revista del Colegio de Notarios de Cataluña, números 11-12, noviembre-diciembre 1998.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Derecho Notarial*, editorial Dykinson, 1992.
- GÓMEZ, José Manuel, "Comercio electrónico en Internet: ¿el futuro tendrá que

esperar?", *Boletín electrónico de Kriptópolis*, año IV, número 118, 17 de junio de 1999.

GONZÁLEZ PONS, Esteban, "Internet, por donde sigue la historia", *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, número 61, febrero 1999, p. 110.

LUCENA LÓPEZ, Manuel-José, *Criptografía y seguridad en computadores*, libro electrónico disponible en www.kriptopolis.com/criptografia.zip.

MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia, "Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación", *Estudios de Derecho Mercantil*, editorial Civitas, 1998.

MICCOLI, Mario, "Cybernotary", *Rivista Notariato* (Italia), abril 1996.

MORSE, David, *Ciberdiccionario*, ediciones Deusto, 1997.

PRADA GONZÁLEZ, José María de, "La forma de los actos jurídicos privados y la seguridad jurídica", *Seminario sobre seguridad jurídica de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo*, 1989.

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

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, discurso de presentación de la obra de Vallet de Goytisolo "Metodología de la determinación del Derecho, II (Parte sistemática)", *Revista Jurídica del Notariado*, número 23, julio-septiembre 1997.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios", separata de la *Revista de Derecho Notarial*, número CIV, abril-junio 1979.

"Rol e importancia del notario en el comercio electrónico", Declaración de la Asamblea de notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 2 de octubre de 1998, *Gazeta de los notarios*, número 100, diciembre 1998.

SIMÓ SANTONJA, Vicente L., "El Notario y los derechos fundamentales", incluida en las *Ponencias del Notariado Español en el Congreso Internacional del Notariado Latino*, Buenos Aires, 1998, Colegios Notariales de España, 1998.

TOHARIA, Juan José, ARRUÑADA, Benito, y PAZ-ARES, Cándido, *Fe pública y vida económica*, Instituto de Estudios Económicos, 1997.

**DERECHOS DE APROVECHAMIENTO
POR TURNO
(Ley 42/1998, de 15 de diciembre) (*)**

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS
Notario

El presente artículo ha sido redactado para su publicación en el Libro-Homenaje al Prof. HERNÁNDEZ GIL y ha servido de base a la ponencia defendida en la Jornada-Debate del 22 de marzo de 1999 “Ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias”, organizada por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, y a la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares el 26 de abril siguiente, bajo el título “In memoriam Multipropiedad. Requiescat in pace”.

Corría el año de gracia de 1986 cuando un buen día el entonces Decano del Ilustre Colegio Notarial de Baleares (Sr. De la Cruz Lagunero) me comunicó la “buena nueva” de que el Consejo General del Notariado me había elegido para ser la persona encargada de elaborar la ponencia que el notariado español debía presentar en la “III Jornada Notarial Ibero-americana” a celebrar en Palma en 1987 (18 al 20 de junio). Título de la

(*) Circular n.º 48, de 24 de mayo de 1999, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

ponencia: *“Soluciones notariales al fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido”*.

La inconsciencia, la locura –quizás por eso de que “a lo loco se vive mejor”– me llevó a aceptar esa designación, a pesar de que por aquellos entonces poco o nada sabía sobre multipropiedad y poco o casi nada se había escrito entre nosotros sobre esta nueva figura jurídica (como excepción que confirma la regla general recordemos a SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO, AZAUSTRE, ROCA GUILLAMÓN, PAU PEDRÓN Y LORA-TAMAYO). Hubo que apretar los codos y estudiar a nacionales y, sobre todo, a extranjeros, éstos en versión original y sin subtítulos.

Con sudor y con dolor alumbré la ponencia y a partir de este momento he continuado leyendo e investigando sobre el tema. He dado conferencias, he participado en congresos, mesas redondas, etc., etc. En definitiva, me he hecho multipropiedad-adicto; incluso algunos compañeros han llegado a conocerme como “mister multipropiedad”.

Así las cosas, y tras asistir impotente a la lucha entre los Ministerios de Justicia y Turismo y ver cómo se deshacían como azucarillos en el agua los múltiples proyectos que se iban elaborando, se produce el cambio de Gobierno después de las últimas elecciones, cambian los Ministros y Directores Generales y en el B.O.Cortes-Congreso n.º 80, serie A, del 16 de septiembre de 1997, se publica el “Proyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles”, abriéndose el plazo para presentar enmiendas que finalizaba el 3 de octubre siguiente.

En este proyecto no sólo se transpone la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, “relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido”, sino que se procura dotar a la institución de una regulación completa; se adopta la expresión, “derecho de aprovechamiento por turno”, que se configura como un derecho real limitado; se establece la inscripción del régimen en el Registro de la Propiedad como constitutiva “con el fin de evitar que se puedan iniciar las transmisiones... antes de que el Registrador controle la legalidad del régimen y lo haga público por tratarse de un régimen jurídico y no de un derecho real”; y se regulan las sociedades de servicios, determinándose sus condiciones mínimas, las obligaciones que deben cumplir para con los adquirentes, la retribución a la que tienen derecho y algunas de las consecuencias que ha de conllevar el incumplimiento de sus deberes.

Los plazos para la presentación de enmiendas se fueron prorrogando hasta diciembre de 1997. En este mes, el B.O.Cortes-Congreso del día 11 (n.º 80-10, serie A) las publica, ascendiendo su número a la respetable cifra de 177.

En marzo de 1998 se acuerda la tramitación del Proyecto por el procedimiento de urgencia y el 17 de julio se da a conocer en el B.O. Cortes-Congreso el informe de la ponencia. Destaquemos el cambio del título del proyecto que pasa a denominarse, como a la postre en la Ley, “derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias” (por incorporación de una redacción transaccional con la enmienda n.º 146 del G. P. Coalición Canaria); la sustitución en todo el texto de la expresión “departamento” por “alojamiento”, al considerársela más correcta, tanto desde un punto de vista técnico-jurídico como lingüístico (también como transacción a las enmiendas formuladas por dicho grupo parlamentario); se mantiene su configuración como derecho real; se suprime el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro, acordándose la incorporación de la enmienda n.º 56 del G. P. Catalán-CIU, con diversas modificaciones transaccionales; y se suprime la regulación de las sociedades de servicios como fórmula también transaccional para salir del atolladero “Gobierno versus Comunidades Autónomas”, que habían planteado las enmiendas del G. P. Catalán-CIU y G. P. Coalición Canaria (n.ºs 86 y 168 respectivamente), al considerar que la materia era propiamente turística y, por tanto, que corresponde en exclusiva a aquellas Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en materia de promoción y ordenación del turismo.

En el Senado se introducen, además de pequeñas modificaciones por razones de estilo y técnica legislativa, un nuevo párrafo a la letra c) del apartado uno del artículo 4 –prohibiendo que las empresas de servicios estén domiciliadas en paraísos fiscales y exigiendo que tengan, en todo caso, una sucursal domiciliada en España, evitando así que las reclamaciones deban formularse contra una persona que esté amparada por una Ley personal que le permita una total opacidad patrimonial y un fuero extracomunitario– y se añade una Disposición Adicional Tercera relativa a los “Regímenes fiscales forales” –para salvaguardar expresamente, en lo que se refiere a las normas tributarias previstas en el proyecto, la singularidad de dichos regímenes–.

En el *BOE* n.º 300, correspondiente al 16 de diciembre de 1998, se publica la esperada Ley: *Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*. Ley que no contiene un plazo especial para su entrada en vigor, produciéndose ésta, ex artículo 2.1 C.c., a los veinte días de su publicación en el *BOE*, o sea, el 5 de enero de 1999.

El vacío legislativo se ha llenado por fin y de ello debemos congratularnos todos, pero... ¿se ha llenado bien?, ¿se ha dado satisfacción a todos los intereses en juego?

Ya he escrito, y ahora lo reitero, que la primera reacción personal que me produjo la lectura de la nueva Ley fue el venírseme a la mente la clásica locución "*excusatio non petita, accusatio manifesta*". Tengo la impresión de que a través de la larguísima Exposición de Motivos que precede a su corto articulado (veinte preceptos, más tres adicionales, tres transitorias y una final), el legislador trata de justificarse a sí mismo y *autoconvencerse de la bondad de las decisiones adoptadas*. No parece caminar sobre seguro. Así, por ejemplo, se excusa de no aceptar los términos más utilizados en la práctica para calificar a esta figura jurídica. No a la "multipropiedad"; palabra proscrita y declarada fuera de la Ley en los artículos 1.4 y 8.1. No a la fórmula "tiempo compartido", traducción de la forma inglesa "Time-Sharing", porque, entre otras razones, parece dar a entender que lo que comparten los titulares de estos derechos es el tiempo, cuando es precisamente lo contrario, por cuanto lo son respecto de periodos diferentes y excluyentes. Se acuña así la expresión "aprovechamiento por turno", por ser menos comprometida —uno, ingenuamente, siempre ha pensado que lo acertado es lo contrario— y porque se ajusta perfectamente a la regulación que se hace —lo que implica, a nuestro entender, una petición de principio—.

Se apoya la nueva Ley en la Directiva, ya citada, 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, que, curiosamente y como ya hemos visto, utiliza la expresión "tiempo compartido". Directiva que debió haberse incorporado, transpuesto, a nuestro ordenamiento jurídico el 29 de abril de 1997. Directiva que sorprendentemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de noviembre de 1997 aplicó directamente, reconociendo al consumidor el derecho de desistimiento unilateral contenido en su artículo 5.º, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas que no admite el llamado efecto directo horizontal de las Directivas.

Consecuencia de la transposición ha sido la admisión del derecho de resolución *ad nutum*. Derecho de desistimiento unilateral a favor del adquirente durante los diez días siguientes a la celebración del contrato. El llamado "derecho de arrepentimiento", contra el que he clamado más de una vez. Nuestro legislador, puntilloso o escrupuloso en el lenguaje, se ha permitido recalificar este derecho de resolución europeo y atribuirle dos denominaciones distintas a sus dos modalidades. Llamando, en su artículo 10, "desistimiento" a la resolución unilateral del adquirente que no necesita de ningún motivo o razón; y "resolución" a la que exige un previo incumplimiento por parte del vendedor (no contener el contrato alguna de las menciones o documentos exigidos por el art. 9, o no haber resultado suficientemente informado el adquirente). Para desistir, el plazo

es de diez días contados desde la firma del contrato; para resolver, el de tres meses a contar desde la fecha del contrato.

Si el arrepentimiento, el desistimiento, es difícil de digerir, cuando el contrato se ha celebrado ante notario... ¡qué decir! El legislador se excusa y reconoce que “la intervención del fedatario público (como notario más me habría gustado que siguieran llamándome así y que, en vez de intervención, se hablara de autorización) sería suficiente para considerar innecesario conceder al adquirente la facultad de desistimiento, pues su presencia impide el que la otra parte haga valer su preponderancia, pero puesto que la Directiva no establece ninguna excepción a favor de estos contratos intervenidos (?), ha sido necesario conservar esa facultad de desistimiento, si bien exigiendo que el mismo se haga por acta notarial, como documento público equivalente a la escritura en la que se ha formalizado el contrato sobre un derecho de aprovechamiento por turno”. Se agradece el esfuerzo, se reconoce que el daño al Notariado Latino se infringió en el 94 al no ser nadie capaz de defender en el Parlamento Europeo lo que este tipo de notariado significa, pero... la notificación por acta no cura la herida.

La Ley ha sido dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.^ª y 14.^ª de la Constitución. Competencia exclusiva del Estado, lógicamente sin perjuicio de las que la propia Constitución reconoce en cuanto a la conservación, modificación o desarrollo de los derechos civiles a las Comunidades Autónomas.

En esta línea, el artículo 4.1.b) establece que la licencia para ejercer la actividad turística solamente será exigible en aquellas Comunidades Autónomas donde la comercialización de derechos que implican la facultad de disfrute de un alojamiento durante un periodo de tiempo al año tenga, con arreglo a su legislación, la calificación de actividad turística sometida a licencia. Las ideas no están muy claras. La Ley se denomina “sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”. Parece, pues, que sólo debe afectar o recaer sobre inmuebles de uso turístico. Lo mismo se desprende del artículo 1.2, cuando previene que todos los alojamientos del edificio o conjunto inmobiliario deben estar sometidos a este régimen de aprovechamiento por turno, con la única excepción de que con él puede coexistir otro tipo de explotación turística. Insiste en esta línea el artículo 4.1.b), al referirse a la constitución del régimen, que exige “haber obtenido de las autoridades competentes las licencias necesarias para ejercer la actividad turística”. Entonces, ¿por qué razón el propio artículo 4.1.b), párrafo segundo, sólo exige licencia para ejercer la actividad turística en aquellas Comunidades Autónomas donde, con arreglo a su legislación, el aprovechamiento por turno sea calificado de actividad turística sometida a licencia? Habrá, pues,

CCAA en que sea actividad turística y otras en que no (véase el art. 5.6.º “la situación turística del inmueble, en su caso”).

¿Y qué decir de las empresas de servicios? Si en una propiedad horizontal la presencia de un administrador es vital para su buena marcha; en un conjunto inmobiliario en régimen de aprovechamiento por turno es imposible pensar que pueda funcionar sin una empresa de servicios. La Ley –en el párrafo final del apartado I de la Exposición de Motivos– considera su existencia “esencial para la vida del régimen” y en este sentido exige para su constitución “haber celebrado contrato con una empresa de servicios que reúna, en aquellas Comunidades Autónomas donde se establezcan, los requisitos que se exijan a éstas, salvo que el propietario, cumpliendo los mismos requisitos, haya decidido asumirlos directamente él” (art. 4.1.c); y exige, asimismo, que en la escritura reguladora se incorpore el contrato celebrado con la empresa de servicios (art. 5.2) ... Si la empresa de servicios es tan vital, ¿por qué no se regula? A diferencia de borradores de proyectos anteriores y del proyecto inicial de ésta, que dedicaba sus artículos 16 a 19 a regular el régimen, las obligaciones y atribuciones de este tipo de sociedades, su retribución y las consecuencias del incumplimiento de los servicios, la nueva Ley calla. Solución parlamentaria transaccional, sin duda, por aplicación del clásico contrato *do ut des* de la antigua Roma. En estos momentos lo cierto es que una sociedad de responsabilidad limitada con 500.000 ptas. de capital (3.005,06 euros), puede hacerse cargo de un conjunto inmobiliario de cien alojamientos, con cincuenta y un titulares de aprovechamiento por turno cada uno, pistas de tenis, piscina, campo de golf y alguna que otra menudencia más. Y cierto que en el futuro esta sociedad deberá reunir las condiciones que establezca la Comunidad Autónoma que así lo estime oportuno, pero... ¿cuáles serán sus competencias en este ámbito? ¿Podrán exigir un capital superior al que establecen las leyes generales aplicables? ¿Podrán conferirles derechos en caso de extralimitación en el uso? ¿Podrán privar de utilizar durante el periodo correspondiente el alojamiento por falta de pago de cuotas?

En conjunto la Ley me parece, además, una norma que sólo toma en cuenta los derechos de los consumidores y arrasa los de los promotores, partiendo de la idea, contraria al principio constitucional de inocencia, de que su único interés es defraudar a los primeros. Puede que haya habido abusos, nadie lo duda, pero de ahí a legislar “contra” me parece excesivo. Si “tó er mundo e güeno”, como dijo alguien, ¿por qué, por qué...? Examinense los artículos 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, e incluso el artículo 13, donde se faculta al promotor para resolver el contrato por falta de pago de las cuotas pero se le exige la consignación proporcional del precio correspondiente al tiempo que reste para la extinción del derecho, se

aplica a las cláusulas penales pactadas la moderación judicial del artículo 1.154 C.c. y, salvo pacto en contrario, se le obliga a atender las deudas que el incumplidor tuviese pendientes con la empresa de servicios, y compárese su contenido con el desistimiento y resolución del artículo 10 a favor del adquirente. Si la tardanza en publicarse la Ley fue la contraposición de puntos de vista entre Justicia y Turismo, que nadie se olvide que sin empresarios-promotores no habrá consumidores de derechos de aprovechamiento por turno y que el aparente triunfo de Turismo habrá matado la gallina de los huevos de oro.

Y tras ese repaso, evidentemente subjetivo y como tal carente de peso específico, de la Ley en su conjunto, penetremos un poco más en ella, sistematizando su examen al más puro estilo castaniano, del modo siguiente:

A) Concepto. El legislador no lo da, ni tiene por qué, pero del artículo 1.1 se desprende que derecho de aprovechamiento por turno es “aquel que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios”.

Para el legislador, pues, el derecho de aprovechamiento por turno es:

— Un derecho de disfrute. Huye de conceptuarlo como de uso o goce, por cuanto el *ius utendi* ha sido tradicionalmente definidor de la propiedad y ya hemos visto cómo mentar la propiedad es pecado mortal. Prefiere por ello acudir a la facultad de disfrutar, propia del derecho real de usufructo (compárense los arts. 348 y 467 del C.c.),

— un derecho de disfrutar con carácter exclusivo pero limitado a un periodo específico de cada año, con lo cual vuelve a aflorar la idea de tiempo que ha venido siendo recogida por todos los autores como denominador común para definir esta figura jurídica, llámesela como se quiera. Tiempo que nunca ha sido objeto del derecho, porque no puede serlo, pero sí es y continúa siendo el modo de delimitar el ejercicio del mismo,

— un derecho de disfrutar un alojamiento (luego volveremos sobre este término) susceptible de utilización independiente, pero no desnudo sino amueblado (“dotado de modo permanente con el mobiliario adecuado al efecto”, dice la Ley). Requisito éste que han venido exigiendo los autores, habiendo afirmado SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO que “los tradicionales muebles deben considerarse como inmueble, aplicándoles con la debida elasticidad y amplitud el criterio de destino que se desprende de los números 4.º y 5.º del artículo 334 del C.c.”,

— y un derecho a disfrutar que debe ir acompañado por el derecho a la prestación de los servicios complementarios.

B) Naturaleza jurídica. Tanto la Exposición de Motivos como el articulado se encargan de recalcar que el nuevo derecho es un derecho real limitado. Concretamente el inciso final del apartado 1 del artículo 1 establece que “el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado”. El párrafo 1.º del apartado 4 del propio artículo 1 dice que “el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad”. El párrafo 3.º del mismo apartado 4 del repetido artículo 1 destaca cómo “cada uno de los derechos reales de aprovechamiento por turno gravará, en conjunto, la total propiedad del alojamiento o del inmueble, según esté previamente constituida o no una propiedad horizontal sobre el mismo”.

Claramente, además, es un derecho real:

— Sobre cosa ajena, por cuanto el propietario “podrá libremente disponer de su derecho de propiedad con arreglo a las normas del Derecho Privado” (art. 1, apartado 4 *in fine*) y a él revierte el pleno dominio, ya que “extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna” (art. 3.2),

— y limitado, tanto en cuanto a las facultades (atribuye las de disfrute y disposición –art. 1.1 y art. 15– y no comprende “las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario” –art. 1.1–), como en cuanto al tiempo (de tres a cincuenta años, como luego veremos ex art. 3.1).

Pero, ¿es solamente un derecho real limitado? Es un derecho real limitado desde el punto de vista del titular o titulares individuales de cada periodo, pero considerado en su conjunto –relación titulares, promotor y empresa de servicios– es un régimen jurídico inmobiliario, como lo fue en su día la propiedad horizontal. Tesis defendida por BADOSA COLL que –seguida por MUNAR BERNAT, entre otros– lo considera como “una cualidad jurídica real del inmueble que contribuye a configurarlo como objeto de derechos reales y que se fundamenta en un determinado destino económico”. Sólo así cobran sentido –decimos nosotros– las normas del capítulo II de la Ley, que lleva por título precisamente el de “régimen jurídico” y que imponen su constitución por el propietario registral del inmueble antes de haber vendido ningún derecho de aprovechamiento, ningún turno, y se entiende cómo “la reunión de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella, en una misma persona no implica la extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen” (párr. 3.º, apart. 4.º, del art. 1),

y no se opere la consolidación y subsiguiente extinción del derecho (arts. 513, 546, 1.156, entre otros del C.c.).

C) Modalidades: “El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo”. Así reza el apartado 1 del artículo 1.º.

Son, pues, dos las modalidades:

1.ª) Como derecho real limitado, y

2.ª) Como contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada (que es la que se contiene en el indicado apartado 6 del art. 1).

Según la Exposición de Motivos “la cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento por temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto contradigan su naturaleza jurídica”.

Desarrollando esta idea el apartado 6 del artículo 1 establece que “Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la LAU”.

Toda vez que los arrendamientos por temporada son, de acuerdo con el artículo 3.2 de la nueva LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) arrendamientos para uso distinto del de vivienda, se plantea el grave problema de qué normas de la LAU serán aplicables a estos arrendamientos que reúnan los requisitos expuestos (más de tres temporadas hasta un máximo de cincuenta años y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o todas).

En principio, y según el artículo 4 de la LAU, los arrendamientos por temporada se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por su Título III (arrendamientos para uso distinto del de vivienda) y, por último por el C.c. Pero si se tiene en cuenta que las normas de la LAU relativas al ámbito de la Ley, fianza, forma y procesos arrendaticios, son imperativas (art. 4.º) y también lo son los de la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno (art. 1.7, que proclama la nulidad de pleno derecho para todo contrato pactado el margen de ella; art. 2, nulidad de

cláusulas anticipadas de renuncia y de sumisión a arbitraje; art. 9, contenido mínimo del contrato; etc.) la cuestión se complica y se complica aún más si nos damos cuenta de la existencia de normas que se contradicen, por ejemplo, el artículo 37 de la LAU que, en materia de forma, parte del principio de libertad, frente al artículo 9 de la Ley que exige un contenido mínimo que deberá constar por escrito.

A la vista de todas estas dificultades no cabe más que considerar como desafortunada la remisión y de problemática la coordinación de ambas leyes.

PAU PEDRÓN, siguiendo a DE PABLO CONTRERAS, añade dos cuestiones más. A saber, en qué medida se aplica la LAU a los arrendamientos por temporada, a pesar de la declaración terminante de su artículo 3 de que quedan sujetos a ella, y en qué medida la LAU ha derogado el RD 2877/1982, de 15 de octubre, sobre apartamentos turísticos.

Cualquier otro contrato distinto de las dos expuestas modalidades por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiendo ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7).

D) Estructura.

a) Elementos personales. En primer lugar nos encontramos con el propietario. Propietario del edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado. Pero no un propietario cualquiera sino, según el artículo 4.1, el “propietario registral”. La confianza depositada por el legislador en la institución del Registro de la Propiedad excede incluso de la del legislador hipotecario, por cuanto de acuerdo con la LH la inscripción, como regla general, es voluntaria y declarativa. Es cierto que el Registro es un magnífico medio de publicidad, que da a conocer una verdad relativa que garantiza un tráfico jurídico normal, pero de ahí a que la verdad proclamada por el Registro sea una verdad absoluta media un abismo. Frente al propietario registral puede haber un propietario real extrarregistral. No se nos olvide nunca.

En la otra orilla hay que situar a los adquirentes del derecho de aprovechamiento por turno; los que en la actualidad se conocen con el nombre genérico de consumidores y a los que ésta, y otras muchas leyes, se preocupan de proteger... puede que en demasía.

Un tercer elemento personal aparece en la Ley como necesario. Se trata de la empresa de servicios, salvo que el propietario asuma directamente sus funciones. Así resulta del artículo 4 que establece los requisitos obligatorios para la constitución del régimen y enumera, entre ellos, en la letra a) del apartado 1 “Haber celebrado, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, el contrato con una empresa de servicios que reúna, en aquellas Comunidades Autónomas donde se establezcan, los requisitos que se exijan a éstas, salvo que el propietario, cumpliendo los mismos requisitos, haya decidido asumirlos directamente él”. Ya nos referimos al principio a estas empresas de servicios carentes de toda regulación. Añadamos que las mismas no podrán estar domiciliadas en paraísos fiscales y tendrán que tener al menos, una sucursal domiciliada en España [párr. 2.º de la letra c), del apartado 1, del art. 4]. Norma que podría entrar en contradicción con las libertades de establecimiento y prestación de servicios del Tratado de Roma, al introducir una restricción que afecta a empresarios de otros Estados miembros de la Unión Europea, como mantiene la profesora de la Universidad de La Laguna NOEMI DOWNES; opinión que compartimos plenamente. Para nosotros, su falta de regulación es uno de los más clamorosos fallos de la nueva normativa.

Enumera, además, la Ley a otras personas a las que se le aplicarán sus disposiciones, a saber y según el artículo 1.5:

— A los promotores. Figura independiente del propietario por cuanto cada vez que la Ley lo nombra lo separa de aquél con una coma (art. 1.5; 8.2, párr. inicial; 8.3; 8.4; 9.3, párr. 3.º) o con la disyuntiva “o” [arts. 4; 7; 8.2.a; 9.1.9.º-a); 10.3; 16; disp. adic. primera]. Aunque nada se diga parécenos evidente que entre el propietario y el promotor deberá exigir un previo contrato —digamos de promoción, atípico e innominado (*vide* STS de 27 enero 1999)— que regule sus relaciones internas y que en ningún caso podrá contener estipulaciones contrarias a la nueva Ley, dado su carácter imperativo (art. 1.4 y 5),

— y “a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno” (art. 1.5). Para determinar esta profesionalidad no nos cabe duda que habrá que acudir a las normas del IVA. De su Ley reguladora (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), concretamente de su artículo 5, apartados uno y dos, se desprende que son profesionales las personas o entidades que habitualmente realicen actividades que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales o humanos, o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

No se olvide que “a los efectos de publicidad, comercialización y transmisión del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmue-

bles, podrá utilizarse cualquier otra denominación (que no sea multi-propiedad o contenga la palabra propiedad), siempre que no induzca a confusión a los consumidores finales y de la misma (la Ley –en error gramatical– dice “del mismo” refiriéndose a “la denominación”) se desprenda con claridad la naturaleza, características y condiciones jurídicas y económicas de la facultad de disfrute” (art. 1.4, párr. 2.º).

b) Elementos reales. El régimen de aprovechamiento por turno sólo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado (art. 1.2). Dentro de este marco, todos los alojamientos independientes que lo integran, con excepción de los locales, susceptibles de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, deben estar sometidos a dicho régimen (art. 1.1 y 2) y será necesario que el conjunto tenga, al menos, diez alojamientos (art. 1.2).

Este régimen es, en principio, de carácter exclusivo, admitiéndose una única excepción y es que el mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a cualquier otro tipo de explotación turística y ello siempre que los derechos de aprovechamiento por turno recaigan sobre alojamientos concretos y para periodos determinados (art. 1.2 inciso final). La Exposición de Motivos justifica la excepción por tratarse de dos actividades tan próximas que, a efectos de convivencia, no pueden ocasionar ningún perjuicio grave para los clientes y los titulares de los derechos.

El término alojamiento que, sin duda, proviene del campo turístico-hotelerero fue propuesto por el Grupo Federal de IU (enmienda 2 al Congreso) por entender que el de “departamento” utilizado por el Proyecto era ajeno a la terminología turística española en materia de inmuebles y ser traslación forzosa de la denominación anglosajona de apartamento. Particularmente –sobre gustos no hay nada escrito– no me satisface. Al legislador balear tampoco, por cuanto sigue hablando en la reciente Ley General Turística, Ley 2/1999, de 24 de mayo (BOCAIB N.º 41, 1.º abril), de “apartamentos turísticos” (art. 15, véase su definición en el art. 21). Según el Diccionario de la Lengua es “lugar donde uno esté alojado o aposentado” y alojar es “hospedar; recibir a uno en una casa de huéspedes”. Puede que los años me hagan cambiar. Lo único evidente es que quedan excluidos los locales que, según la Exposición de Motivos, son todos los elementos que no pueden ser utilizados como alojamiento y por eso se exige, antes de la constitución del régimen, la obtención de las correspondientes cédulas de habitabilidad (art. 4.1.b). Por favor, no acuda nadie a la Exposición de Motivos para saber qué es alojamiento, por cuanto literalmente lo que dice es que “Tal expresión (alojamiento) inclu-

ye tan sólo los elementos que sean susceptibles de ser utilizados como alojamiento”.

En la modalidad de derecho real limitado “cada uno de los derechos... de aprovechamiento por turno gravará, en conjunto, la total propiedad del alojamiento o del inmueble, según esté previamente constituida o no una propiedad horizontal sobre el mismo” (art. 1.4, párrafo 3.º). Como derecho real el objeto –la base física– sobre el que recae, el alojamiento, debería estar siempre determinado. Sin embargo, no queda esto claro en la norma que acabamos de reproducir; ni tampoco en el artículo 5.1.3.º, cuando, al referirse el legislador a los requisitos que debe expresar la escritura de constitución reguladora del régimen, se habla de “la cuota que corresponda a cada turno con relación al alojamiento, si está previamente constituida la división horizontal o con relación al total del inmueble, si no lo está”.

En la modalidad de arrendamiento vacacional por temporada, el artículo 1.6 establece que “tales contratos deberán referirse necesariamente... a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho”. De este apartado quizás quepa deducir “a contrario” que en la modalidad de derecho real el alojamiento debe ser en todo caso determinado.

Recordemos que el alojamiento debe estar dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto (art. 1.1).

c) *Elementos formales.* Dentro de este apartado diferenciamos: la constitución del régimen, las condiciones de promoción y la transmisión.

c') *Constitución del régimen.* “El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública y se inscribirá en el Registro de la Propiedad” (art. 4.3). Ya vimos cómo el sistema de inscripción constitutiva del proyecto fue rechazado. Ahora la constitutiva es la escritura. La inscripción se mantiene –como es la regla general en nuestro sistema– como declarativa. Es declarativa por cuanto el derecho de aprovechamiento existe con anterioridad a la inscripción. A esta característica se le añade la obligatoriedad y es obligatoria por cuanto el que va a ser favorecido con ella se ve compelido a solicitarla en virtud de una disposición legal, en este caso el apartado 3 transcrito que, imperativamente (“se inscribirá”), establece su inscripción en el Registro. Las razones de la obligatoriedad están en la Exposición de Motivos: “la formalización del régimen en escritura pública se establece como constitutiva, y se impone como obligatoria su inscripción en el Registro de la Propiedad, con el fin de evitar

que se puedan iniciar las transmisiones de derechos de aprovechamiento por turno antes de que tanto el fedatario autorizante como el registrador controlen la legalidad del régimen y se haga público. Así, los adquirentes, antes o después de su adquisición, podrán acudir al Registro para recabar la información esencial sobre el régimen al que se encuentra sometida su adquisición, con plena garantía de su adecuación a la legalidad”.

Al otorgamiento de la escritura de constitución deberá acudir el propietario registral (art. 4.1) y la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son asumidos por él directamente (art. 4.3).

Para poder constituir el régimen el artículo 4 de la Ley exige el cumplimiento previo de los siguientes requisitos:

a) Haber inscrito la conclusión de la obra en el Registro de la Propiedad. Si estuviere solamente iniciada, deberá haber inscrito la declaración de obra nueva en construcción.

b) Haber obtenido de las autoridades competentes las licencias necesarias para ejercer la actividad turística, las de apertura, las necesarias para la primera ocupación de los alojamientos, zonas comunes y servicios accesorios que sean necesarios (la Ley utiliza mal el femenino “necesarias”, por cuanto se incluyen zonas y servicios) para el destino y la correspondiente cédula de habitabilidad. En el caso de que la obra esté tan sólo iniciada bastará haber obtenido licencia de obra y la necesaria para la actividad turística.

Esta última, tanto si la obra está terminada como si tan sólo iniciada, solamente será exigible en aquellas Comunidades Autónomas donde la comercialización de derechos que impliquen la facultad de disfrute de un alojamiento durante un periodo de tiempo al año tenga, con arreglo a su legislación, la calificación de actividad turística sometida a licencia.

Ya expusimos al comienzo el contrasentido que para nosotros supone titular esta ley “sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”, exigir como requisito previo la licencia para ejercer la actividad turística y terminar diciendo que ésta (la licencia para la actividad turística) sólo se exigirá en las Comunidades Autónomas que consideren esta actividad como turística sometida a licencia. Antes de la nueva Ley así lo tenía ya establecido la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (Orden 1843/90 de 15 de enero, D. 117/1997, de 6 de septiembre y Orden del 26 del mismo mes y año). Criterio que reitera la citada Ley General Turística de les Illes Balears (Ley 2/1999, 24 de marzo), cuyo artículo 12, podrá plantear quizás problemas de inconstitucionalidad al admitir aprovechamiento por turno de muebles y en que se anticipen rentas.

c) Haber celebrado de conformidad con lo establecido en la presente Ley, el contrato con una empresa de servicios que reúna, en aquellas Comunidades Autónomas donde se establezcan, los requisitos que se exijan a éstas, salvo que el propietario, cumpliendo los mismos requisitos, haya decidido asumirlos directamente él.

Nada que añadir a lo dicho sobre estas empresas, su carencia de regulación y las dudas sobre las competencias de las Comunidades Autónomas.

No olvidar la prohibición de sociedades domiciliadas en paraísos fiscales.

d) Haber concertado los seguros a los que se refiere el artículo 7: uno que cubra, por todo el tiempo que dure la promoción y hasta la transmisión de la totalidad de los derechos de aprovechamiento por turno, el riesgo de nacimiento a su cargo (del propietario) de la obligación de indemnizar a terceros los daños causados y perjuicios causados (repetición del legislador, que no mía), por él o cualquiera de sus dependientes, hasta que dicha transmisión se produzca; y otro que cubra la responsabilidad civil en que puedan incurrir los ocupantes de los alojamientos derivada de la utilización de los mismos, así como un seguro de incendios y otros daños generales del edificio o del conjunto de sus instalaciones y equipos. Se admite que el promotor y la empresa de servicios puedan pactar que esta última se haga cargo del pago de las primas de estos seguros.

Si el inmueble estuviere en construcción deberá, además, el propietario contratar a favor de los futuros adquirentes un aval bancario con alguna de las entidades registradas en el Banco de España, o un seguro de caución con entidad autorizada que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho, actualizadas con arreglo al índice anual de precios al consumo, si la obra no ha sido finalizada en la fecha fijada o no se ha incorporado el mobiliario descrito en la escritura reguladora, cuando el adquirente del derecho opte por la resolución del contrato en los términos previstos en el artículo 10 de la presente Ley. Las cantidades así recibidas serán independientes de las que deba satisfacer el propietario o promotor en concepto de indemnización de daños y perjuicios, consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones (art. 4.2, párr. 1.º). Ni el aval podrá quedar liberado, ni el contrato de seguro extinguido, mientras no esté inscrita el acta notarial donde conste la finalización de la obra (art. 4.2, *in fine*).

Declara, por añadidura, la nueva Ley, en el párrafo 2, del apartado 2 del propio artículo 4, aplicables las garantías de las cantidades entregadas a cuenta que establece la Ley 57/1968, de 27 de julio. De esta guisa al propietario o promotor durante la construcción, además de lo ya expues-

to, se le carga con la obligación de garantizar la devolución de las cantidades percibidas más el 6% de interés anual con un seguro o un aval solidario, y se le obliga a percibir las cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria o caja de ahorros y depositarlas en una cuenta especial, pudiendo únicamente disponer de ellas para las atenciones derivadas de la construcción. Esta cuenta sólo podrá aperturarse cuando se acredite el seguro o aval al que se acaba de hacer referencia.

Y termina el propio artículo 4 con dos rayos fulminantes:

1.º) Los notarios no autorizarán una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno y los registradores no la inscribirán mientras no se les acredite el cumplimiento de todos los requisitos que acabamos de enumerar (apartado 4); y

2.º) Los contratos por virtud de los cuales se constituyan o transmitan derechos de aprovechamiento por turno antes de estar válidamente constituido el régimen serán nulos de pleno derecho, debiendo ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (apartado 3, párrafo en relación con el art. 1.7).

Seguidamente la Ley, formalista donde las haya, enumera, en su artículo 5, las circunstancias mínimas que imperativamente deberá expresar la escritura pública reguladora del régimen:

1.ª) La descripción de la finca y del edificio o edificios que en ella existan, con reseña de los servicios comunes a que tengan derecho los titulares de los aprovechamientos. Si la construcción estuviere únicamente comenzada, se indicará la fecha límite para su terminación.

2.ª) La descripción de cada uno de los alojamientos que integren cada edificación, a los que dará una numeración correlativa con referencia a la finca. Si el inmueble se ha de destinar al tiempo a explotación turística –a otra explotación turística debiera decir por cuanto el derecho de aprovechamiento por turno lo es o parece serlo (*vide* título de la Ley y art. 4.1.b)–, se determinará cuáles de los alojamientos son susceptibles de ser gravados con derechos de aprovechamiento por turno y para qué periodos del año.

3.ª) En cada alojamiento destinado a aprovechamiento por turno se expresará el número de turnos, su duración, indicando día y hora inicial y final, la cuota que corresponde a cada turno con relación al alojamiento, si está previamente constituida la división horizontal, o con relación al total inmueble si no lo está, el mobiliario que tenga destinado, así como su valor, y los días del año no configurados como turnos de aprovechamiento por estar reservados, en este alojamiento, a reparaciones y mantenimiento. A cada aprovechamiento (a cada turno) se le dará también un número correlativo respecto a cada alojamiento.

En cuanto a la duración de cada aprovechamiento dispone el artículo 1.3 que el periodo no podrá nunca ser inferior a siete días seguidos; que todos los turnos han de tener la misma duración; y que deberá quedar reservado para reparaciones, limpieza u otros fines comunes un periodo de tiempo que no podrá ser inferior a siete días por cada alojamiento.

4.^a) Referencia a los servicios que se han de prestar y que son inherentes a los derechos de aprovechamiento por turno, expresando que éstos se asumen directamente por el propietario o por una empresa de servicios.

5.^a) En su caso, los estatutos a los que se somete el régimen. De los mismos no podrá resultar para los titulares de los derechos ninguna obligación o limitación contraria a lo establecido en la Ley.

6.^a) La situación registral, catastral, urbanística y, en su caso, turística del inmueble. Se acompañará igualmente (no hay otro igual con el que comparar) el plano de distribución de los distintos alojamientos en la respectiva planta. Este acompañamiento de plano no se sabe si implica la obligación de protocolizar o acompañar *stricto sensu* a la copia; tampoco se dice a dónde se debe acompañar y tampoco en el artículo 6.º, relativo a la inscripción, se contiene ninguna referencia a dichos planos. Nótese que sí hay que incorporar a la escritura y acompañar una copia autenticada al Registro, para su archivo, de los contratos celebrados con la empresa de servicios y los de seguro del artículo 7 (arts. 5.2 y 6.2).

7.^a) La retribución de los servicios y, en su caso, los gastos de comunidad. Gastos de comunidad que consideramos de imposible cálculo a estas alturas.

8.^a) Duración del régimen. En su modalidad de derecho real limitado el régimen tendrá una duración de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del propio régimen o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando éste se haya constituido sobre un inmueble en construcción (art. 3.1). Obsérvese que se establecen dos *dies a quo* diferentes, según que el edificio esté construido o en construcción. Circunstancias ambas que parecen contradecir la eficacia constitutiva de la escritura, al trasladar la iniciación del cómputo del plazo de duración a la inscripción del régimen o de la finalización de la obra; evidente residuo de la primitiva redacción de inscripción constitutiva –*vide* art. 3.º del proyecto–.

Si del contrato de arrendamiento vacacional por temporada se tratara, su duración también se establece entre más de tres temporadas y hasta un máximo de cincuenta años, siempre que se anticipen las rentas de algunas o de todas las contratadas –requisitos cumulativos– (art. 1.6). No hay *dies a quo*, ni definición de qué debemos entender por tempora-

da, si bien del indicado artículo 1.6 parece desprenderse que se trate de temporadas anuales (“deberán referirse a una temporada anual determinada”), la cual –por aplicación del art. 3 de la LAU– podrá ser de verano o de cualquier otra época del año.

A la escritura deberán incorporarse, originales o por testimonio, según el artículo 5.2, el contrato celebrado con la empresa de servicios y los de seguro a los que se refiere el artículo 7 ya examinado. A la copia se acompañará copia autenticada de dichos contratos para su archivo en el Registro.

En el supuesto de inmueble en construcción se exigen además:

— Que se incorporen a la escritura los documentos acreditativos de los avales y seguros de caución a los que se refiere el estudiado artículo 4.2 (art. 5.2, párr. 2.º),

— y que, una vez finalizada la obra, se haga constar su terminación en el Registro en el plazo de tres meses, aportando las licencias de apertura, de primera ocupación y la correspondiente cédula de habitabilidad (art. 5.3 en relación con el 4.1 letra b). Una vez inscrita la terminación de obra, el propietario o promotor deberá notificar (¿cómo?) el hecho a quienes adquirieron derechos de aprovechamiento por turno sobre el inmueble en cuestión mientras este último se encontraba en construcción (art. 5.3, último párrafo).

Tras la escritura sigue la inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad (art. 4.3).

El registrador, en el ámbito de sus facultades calificadoras, deberá suspender la inscripción de aquellos apartados o artículos de los estatutos que impongan a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno alguna obligación o limitación contraria a lo establecido en la Ley (art. 6.1, que reitera lo prevenido en el art. 5.1.5.º).

Respecto de los asientos a practicar, del párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 6 se desprende que cabe diferenciar:

1.º) Que el inmueble esté constituido en régimen de propiedad horizontal. La Ley guarda silencio, pero, por aplicación de lo prevenido en el artículo 8.4.º LH y concordantes de su Reglamento, el registrador practicará la inscripción del inmueble en su conjunto y, además, la de sus distintos alojamientos susceptibles de aprovechamiento independiente; y

2.º) Que el inmueble no esté dividido horizontalmente. Para este supuesto dedica la Ley el párrafo 2.º del apartado 1 de su artículo 6. Se olvida de imponer al registrador la obligación de inscribir el inmueble en su conjunto –obligación que nos parece ineludible por aplicación de la norma general expuesta del art. 8.4.º LH–, y sí le dice (al estilo que introdujo el RD 3215/1982, de 12 de noviembre, para los garajes y que ha ampliado el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, para los trasteros; ambos

reformadores del art. 68 RH) que abrirá a cada alojamiento un folio registral independiente, expresando en cada uno de ellos los turnos y las demás circunstancias a que se refiere el número 3.º del apartado 1 del artículo 5.

Una vez inscrita la escritura reguladora, y antes de restituir el título al presentante, el registrador archivará copia de los contratos incorporados a la misma (el de la empresa, seguros, avales, etc.), haciéndolo constar en la inscripción del régimen y en toda la publicidad que dé, tanto del inmueble, como de los derechos de aprovechamiento por turno, debiendo acompañar copia de tales contratos a las certificaciones que expida relativas al inmueble, cuando así se le hubiere pedido expresamente en la solicitud de certificación (art. 6.2).

Si después de constituido el régimen se aportara para su archivo en el Registro un nuevo contrato con una empresa de servicios (sea porque el propietario ya no quisiera hacerse cargo de los mismos, o por haber extinguido el contrato o en caso de resolución, un acta de manifestaciones en la que el propietario se haga cargo directamente de ello) o cuando se aporte el documento informativo a que se refiere el artículo 8.2, al que aludiremos en breve, el registrador archivará copia y hará constar el hecho por nota al margen de la inscripción del régimen. El registrador suspenderá el archivo si en el acta el propietario o, en el nuevo contrato, la empresa de servicios no hacen asunción expresa de las condiciones del anterior si el contrato se hubiera celebrado antes de la constitución del régimen, o si el documento informativo no contuviera las menciones exigidas en el artículo 8.2. También suspenderá el registrador el archivo de aquellos contratos que no tengan las firmas legitimadas notarialmente (art. 6.3, párr. 1.º). Cualquier modificación que se realice en los contratos y documentos anteriores, siempre que esté permitida por la Ley, no será válida mientras no se haga constar en el Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior (art. 6.3, párr. 2.º).

Una vez inscrito el régimen podrá ser modificado por el propietario registral, con el consentimiento de la empresa de servicios y de la comunidad de titulares, conforme a las mayorías establecidas en el artículo 15.4 de la propia Ley, debiendo constar tal modificación en escritura pública y ser inscrita en el Registro (art. 6.4).

c”) *Condiciones de promoción.* Tras echar el legislador en el artículo 8.1 otra paletada más de tierra sobre la tumba del término multipropiedad, al prohibir la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con esa denominación o cualquier otra que contenga la palabra propiedad; en el apartado 2 del propio precepto impone al propietario, al promotor o a cualquier persona que se dedique profesionalmente

a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno y que se proponga iniciar su transmisión la obligación de editar, de acuerdo con la normativa que, en su caso, apruebe la Comunidad Autónoma competente en materia de consumo, un documento informativo con el carácter de oferta vinculante, que entregará gratuitamente a cualquier persona que solicite información, después de haber sido archivado en el Registro correspondiente. Este “Prospekt” de la “Teilzeit-Wohnrechtgesetz” alemana de 20 de diciembre de 1996, debe contener los siguientes extremos:

a) Identidad y domicilio del propietario o promotor y de cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno.

b) La naturaleza real o personal de los derechos que van a ser objeto de transmisión, con indicación de la fecha en que, según lo que resulte de la nota del Registro de la Propiedad al pie de la escritura reguladora, se ha de extinguir el régimen. Para el legislador la nueva nota del artículo 333 RH, según la redacción dada por el citado RD 1867/1998, que el registrador debe poner al pie de todo título que se inscriba, deberá expresar la duración del régimen. Interpretación auténtica que nos parece, modestamente, que excede de lo preceptuado en el apartado 1 del citado artículo 333.

c) Si la obra está en construcción, indicación de la fecha límite para su terminación, también según lo que resulte de la escritura reguladora (el “también” nos sobra, ya que no hay ninguna referencia a ella en las letras anteriores), e indicación de la fecha estimada de extinción del régimen, calculada sobre la fecha límite de la terminación de la obra.

d) Descripción precisa del inmueble y de su situación, y si la obra está concluida o se encuentra en construcción. Repetitivo si se le compara con la letra anterior.

e) Servicios comunes de los que podrá disfrutar el adquirente y las condiciones de este disfrute.

f) Instalaciones de uso común a las que el titular podrá tener acceso y, si procede, condiciones para ese acceso, con indicación expresa de su importe o de las bases para su determinación.

g) Indicación, en su caso, de la empresa de servicios que se hará cargo de la administración, con expresión de su denominación y sus datos de inscripción en el Registro Mercantil.

h) Precio medio de los derechos de aprovechamiento por turno y precio de los que lo tengan más alto. Asimismo, el importe de la primera cuota anual que deberá satisfacerse por la utilización de las instalaciones y servicios comunes, o su estimación, y el procedimiento de cálculo de las futuras anualidades.

i) Información sobre el número de alojamientos susceptibles de aprovechamiento por turno y del número de éstos por alojamiento.

j) Información sobre los derechos de desistimiento y de resolución unilateral que tendrá el adquirente, expresando el tiempo de que dispondrá, según la Ley, para ejercitarlo, que no tendrá a su cargo ningún gasto por el ejercicio del mismo (afirmación apresurada por cuanto si el contrato se celebró ante notario y el desistimiento debe hacerse constar en acta notarial ex art. 10 *in fine*, deberá ser el adquirente-desistente quien satisfaga los correspondientes gastos, aunque sólo sea por sentido común), e indicación de la persona y domicilio a quien deberá comunicarse, si se ejercita. Si la obra está en construcción, indicación del aval o del seguro constituido para garantizar la terminación de la misma.

k) Si existe o no la posibilidad de participar en un sistema de intercambio y, en caso positivo, el nombre, denominación o la razón social del tercero que se va a hacer cargo del servicio, haciéndose mención del documento que, con carácter anual, expedirá dicho tercero acreditando la participación del régimen en el programa de intercambio. El documento, firmado por el representante legal de la empresa de intercambio, expresará que el contrato del adquirente o titular del derecho de aprovechamiento con la empresa de intercambio es un contrato independiente y distinto del contrato que vincula al adquirente con el promotor o propietario del régimen de aprovechamiento por turno. En el documento se hará constar además la cuota de participación como socio en el programa de intercambio y las cuotas de intercambio correspondientes. En el documento se expresará, asimismo, el número total de socios afiliados al programa de intercambio, así como el número de regímenes que participan en dicho programa y una reseña general sobre el funcionamiento del sistema.

El documento expedido por la sociedad de intercambio se incorporará y formará parte integrante del documento informativo previsto en este artículo 8.

Siempre ha sido la posibilidad de intercambio uno de los cebos preferidos por los agresivos vendedores ambulantes del “Time-Sharing”. Hace bien el legislador en destacar la independencia del intercambio respecto del derecho de aprovechamiento, por cuanto nunca ha integrado su contenido jurídico, y de obligar a consignar en el documento informativo esta circunstancia y todos los requisitos que enumera. Mucho nos tememos sin embargo, y a pesar de ello, que el ingenuo consumidor piense que podrá en cualquier tiempo permutar su periodo por otro de su agrado en cualquier época y en cualquier exótico país, olvidando que sólo lo conseguirá si el turno elegido está disponible. El “worldwide exchange” a través del “spacebank” es una operación bastante más complicada.

Plantea asimismo el intercambio otro importante problema. Como es sabido los programas de intercambio se conciertan con empresas multinacionales independientes de los promotores (RCI e Interval, son las más conocidas). Si el adquirente de un turno lo hace suyo precisamente porque se le ofrece la posibilidad de intercambio, ¿qué sucede cuando el complejo donde ha adquirido fuere descalificado por la empresa de intercambio y se vea privado de esa posibilidad? ¿Podrá resolver su adquisición? ¿Quién le indemnizará en su caso? ¿Estamos, a pesar de lo que diga la Ley, ante negocios complejos de naturaleza unitaria a los que cabrá aplicar la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de julio de 1998, entre otras?

Completa el propio artículo 8 este deber de información general estableciendo:

— La obligación de dar a conocer al adquirente la forma de cómo puede solicitar información genérica y gratuita acerca de los derechos que le asisten. De ahí que, de acuerdo con las normas que, en su caso, apruebe la Comunidad Autónoma competente en materia de consumo, le deba indicar los organismos y profesionales oficiales más próximos al lugar donde se encuentre el inmueble, con indicación de su dirección y teléfono, a donde pueda acudir (Oficinas de Turismo, Instituto Nacional del Consumo, Organismos de las CCAA competentes en materia de turismo y consumo, Oficinas Municipales de Consumo; registradores de la propiedad y notarios) (apartado 3). La inclusión de los notarios en esta lista nos parece contraria a la prohibición general de propaganda que afecta a nuestra profesión (*vide* art. 71 R. Notarial).

Esta información no excluye la que puedan prestar los colegios profesionales de arquitectos, agentes de la propiedad inmobiliaria, administradores de fincas, abogados, notarios y registradores. Así lo establece el apartado 3 *in fine*, del artículo 8 de que se trata, en una enumeración caprichosa y carente de fundamento, a nuestro entender, así como fuera de lugar por cuanto las competencias de los colegios profesionales deben venir atribuidas en sus leyes particulares,

— la de tener a disposición de las personas a quienes se proponga la celebración de un contrato, un inventario completo de todos los muebles, instalaciones y ajuar con que cuente el alojamiento y en el que conste el valor global del mismo (apartado 4),

— y la de indicar en toda publicidad, incluido el documento informativo, los datos de inscripción del régimen en el Registro de la Propiedad, expresando la titularidad y cargas, advirtiendo que aquél debe consultarse a efectos de conocer la situación jurídica de la finca y el íntegro contenido del régimen (apartado 5).

c^{ma}) *Transmisión*. El contrato que celebre toda persona física o jurídica en el marco de su actividad profesional y relativo a derechos de aprovechamiento por turno deberá constar por escrito (art. 9.1) y en él se expresarán, al menos, los siguientes extremos que enumera el propio artículo 9:

1.º) Su fecha, datos de la escritura reguladora del régimen (fecha, notario y número de protocolo) y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º) Naturaleza real o personal del derecho transmitido, haciendo constar la fecha de extinción del régimen.

3.º) Descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina.

4.º) Expresión de que la obra está concluida o se encuentra en construcción. En este último caso, habrá de indicarse:

- Fase en que se encuentra,
- plazo límite para su terminación,
- referencia a la licencia de obra e indicación y domicilio del Ayuntamiento que la ha expedido,
- fase en que se encuentran los servicios comunes,
- domicilio indicado por el adquirente donde habrá de notificársele la inscripción de la terminación de la obra y la fecha a partir de la cual se computará la duración del régimen,
- memoria de calidades,
- relación detallada del mobiliario y ajuar con que contará el alojamiento, así como el valor que se ha atribuido a efectos del aval o del seguro a los que se refiere el artículo 4.2, y
- referencia expresa a dicho aval o seguro, con indicación de la entidad donde se ha constituido o con quien se ha contratado y que el mismo podrá ser ejecutado o reclamado por el adquirente en el caso de que la obra no esté concluida en la fecha límite establecida al efecto o si no se incorpora al alojamiento el mobiliario establecido.

5.º) El precio que deberá pagar el adquirente y la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba satisfacer anualmente a la empresa de servicios, con expresión de que se actualizará con arreglo al índice de precios al consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística, salvo que las partes hayan establecido otra forma de actualización, que no podrá quedar al arbitrio de una de ellas, indicando, a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años. También se hará expresión del importe de los impuestos que lleva aparejada la adquisición, así como una indicación somera de los honorarios notariales y

registrales para el caso de que el contrato se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro.

Respecto del precio a satisfacer ha de tenerse en cuenta lo prevenido en el artículo 11. Según el apartado 1 de dicho precepto queda prohibido el pago de cualquier anticipo por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución reguladas en el artículo 10. Sí podrán establecer los pactos y condiciones que tengan por conveniente para garantizar el pago del precio aplazado, siempre que no sean contrarios a dicha prohibición y no impliquen que el transmitente reciba, directa o indirectamente, cualquier tipo de contraprestación en caso de ejercicio de la facultad de desistir. Es decir, que el propietario, promotor o persona que se dedique profesionalmente a la transmisión de estos derechos de aprovechamiento por turno debe firmar su transmisión sin cobrar un céntimo, confiando plenamente en el adquirente. Lo más que puede hacer es establecer algún pacto para garantizar el pago del precio aplazado (condición resolutoria, por ejemplo). Y no se olvide que, según el apartado 2 del propio artículo 11, si el adquirente hubiera anticipado a pesar de la prohibición alguna cantidad, tendrá derecho a exigir en cualquier momento la devolución de dicha cantidad duplicada (una especie de arras invertidas –compárese con el art. 1.454 C.c.–), pudiendo optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total cumplimiento. Apartado éste de difícil comprensión, no sólo aisladamente considerado, sino también cuando se le pone en relación con el artículo 10 (desistimiento y resolución). Aisladamente, por cuanto parece partir de que tiene derecho a exigir la devolución de lo anticipado por duplicado en cualquier momento y a continuación parece que se le restringe este derecho a los tres meses siguientes a la celebración del contrato. Y comparado con el artículo 10, ¿qué ocurrirá cuando desista a su libre arbitrio dentro de los diez días? ¿Podrá reclamar el duplo de lo anticipado dentro de los tres meses siguientes al desistimiento o se contará este plazo desde la celebración del contrato? Y más de lo mismo en el caso de resolución (¿Tres meses más tres meses? ¿Desde cuándo?). Y, ¿será posible que se opte por el cumplimiento y al mismo tiempo se solicite la devolución del anticipo por duplicado?

6.º) Inserción literal del texto de los artículos 10 (desistimiento y resolución), 11 (prohibición de anticipos de lo que acabamos de ocuparnos) y 12 (régimen de préstamos a la adquisición), haciendo constar su carácter de normas legales aplicables al contrato.

7.º) Servicios e instalaciones comunes que el adquirente tiene derecho a disfrutar y, en su caso, las condiciones para su disfrute.

8.º) Si existe o no la posibilidad de participar en servicios de inter-

cambio. Cuando exista, se expresarán los eventuales costes y se hará referencia al documento acreditativo sobre el intercambio (art. 8.2.k).

9.º) Expresión del nombre o razón social, con los datos de inscripción en el Registro Mercantil en el caso de que se trate de sociedades, y el domicilio del propietario o promotor; del transmitente, con indicación precisa de su relación jurídica con el propietario o promotor en el momento de la celebración del contrato; del adquirente; de la empresa de servicios; y del tercero que se hubiera hecho cargo del intercambio, en su caso, el cual, si fuese persona jurídica, deberá tener sucursal abierta e inscrita en España.

10.º) Duración del régimen, con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de su inscripción y si el inmueble estuviere en construcción, con referencia a la fecha límite en que habrá de inscribirse el acta de terminación de obra.

11.º) Expresión del derecho que asiste al adquirente a comprobar la titularidad y cargas del inmueble, solicitando información al registrador competente, cuyo domicilio y número de fax constará expresamente (suponemos que domicilio del Registro no del registrador); a exigir el otorgamiento de escritura pública; y a inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.

12.º) Lugar y firma del contrato.

No contento con lo expuesto el legislador le exige más al propietario, promotor o profesional transmitente:

— Unir al contrato y como anexo inseparable suscrito por las partes: el inventario, las cláusulas estatutarias inscritas y, en su caso, las condiciones generales no incluidas en el contrato (¿vds. lo entienden?) (art. 9.2).

— Incorporación, para formar parte integrante del contrato, de toda la información contenida en el documento informativo del artículo 8.2. De tal modo que el incumplimiento de esta obligación implica el deber de información a los efectos establecidos en materia de desistimiento y resolución del artículo 10 (art. 9.4),

— y que tanto el contrato como el documento informativo estén redactados en la lengua o en una de las lenguas, elegida por el adquirente, del Estado miembro de la Unión Europea en que resida. Además, se redactará en castellano o en cualquiera de las otras lenguas españolas oficiales en el lugar de celebración, a elección del adquirente (art. 9.3, párr. 1.º). Ya me dirán ustedes qué alemán, inglés, danés, etc., optará, además de por su lengua, por el gallego, catalán o vascuence.

Si el adquirente extranjero no fuere nacional de algún Estado miembro de la Unión Europea ni residente en los mismos (doble condición), podrá exigir que el contrato y demás documentos se le entreguen tradu-

cidos a la lengua de un Estado miembro de la Unión Europea que ellos elijan (art. 9,3, párr. 2.º). Del mal, el menos.

Si hubiere alguna divergencia entre las distintas versiones, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar, se aplicará la más favorable al adquirente (art. 9,3, párr. final).

Los propietarios, promotores, etc., deberán conservar, a disposición de las organizaciones de consumidores y, en su caso, de las autoridades turísticas, las traducciones de los mentados documentos y de las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales (art. 9,3, párr. 3.º). Si éramos pocos...

La adquisición y transmisión de derechos de aprovechamiento por turno podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad (inscripción declarativa-voluntaria) para lo que el contrato deberá elevarse a escritura pública y el registrador, al inscribir, abrir folio al turno cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión; quedando siempre a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 14.1, párr. 1.º).

El notario no autorizará la escritura, ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones mínimas del artículo 9 (art. 14,3).

Si el contrato se celebrara directamente ante notario, éste advertirá del derecho de desistimiento que el artículo 10 establece a favor del adquirente, que sólo puede hacerse por acta notarial y de los demás derechos que le reconoce la presente Ley (art. 14,2). Advertencias superfluas, salvo la de la necesidad de que el desistimiento se notifique por acta notarial, por cuanto el contrato deberá contener las menciones del artículo 9, según el apartado siguiente del propio artículo 14.

El registrador al inscribir la primera transmisión hará constar, mediante nota marginal, que el derecho de aprovechamiento queda gravado con carácter real para responder de las dos últimas cuotas, a contar desde el momento de la reclamación por vía judicial o notarial, por todo el tiempo de vida del régimen. Para hacer efectiva la garantía, el prestador de los servicios podrá recurrir a cualquiera de los procedimientos ejecutivos que la Ley de Propiedad Horizontal permite utilizar a la comunidad de propietarios para reclamar las cuotas por gastos comunes y al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (art. 14.1, párr. 2.º). Sorprendente referencia a este último procedimiento al poco tiempo de que el TS lo haya declarado inconstitucional (S. de 4 de mayo de 1998). Criterio que ha reiterado otra nueva Sentencia de la sala 1.ª del TS de fecha 20 de abril de 1999, que en su fundamento de derecho cuarto destaca la voluntad prelegislativa sobre la materia de abolirlo, según se desprende de la prevista disposición final décima del proyecto de LEC en tramitación parlamentaria, que sus señorías deberían conocer.

d) Contenido. Conjunto de derechos y obligaciones atribuidos e impuestos por la Ley a los intervinientes en el régimen.

d') Titular o adquirente. Además de todos los derechos y obligaciones que se le reconocen en los preceptos hasta ahora repasados, la Ley hace especial hincapié en los siguientes extremos:

1.º) Derecho de desistimiento y resolución (art. 10). El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. El plazo es de cómputo civil y, por tanto, no se excluyen los días inhábiles, empezándose a contar desde el siguiente a la firma (art. 5 C.c.). Una regla especial establece no obstante nuestra Ley: si el último día fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno. Así lo dispone el apartado 1 del artículo 10. Es, pues, como ya indicábamos al principio, un derecho de resolución *ad nutum*, por cuanto se puede ejercitar sin alegar ningún motivo.

Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9 o en el caso de que el adquirente no hubiere resultado suficientemente informado por haberse utilizado la denominación multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad (art. 8.1), o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados del mismo artículo 8 (información general), o si el documento informativo entregado no se corresponde con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno (art. 10, apart. 2, párr. 1.º). Es la facultad de resolución que requiere como condición previa el incumplimiento por parte del vendedor del deber de información que le incumbe. El plazo por meses se computa de fecha a fecha y cuando en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes (art. 5 C.c.). Si hubiere habido, además, falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, éste podrá, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubiere podido incurrir el transmitente y sin perjuicio de la posibilidad de resolución, instar la acción de nulidad del contrato conforme a los artículos 1.300 y siguientes del Código civil (art. 10.2, párr. 2.º). Posibilidad de nulidad que sólo cabe pensar que se ejercite cuando haya transcurrido el plazo para resolver, por ser esta solución la más cómoda y sencilla.

Completada la información antes de que expire el plazo de tres meses, el adquirente podrá desistir dentro de los diez días siguientes al de la subsanación (art. 10.2, párr. 3.º) y transcurridos los tres meses sin ha-

berse completado y sin que el adquirente haya hecho uso de su derecho de resolución, podrá igualmente desistir dentro de los diez días siguientes al de la expiración del plazo (art. 10.2, párr. 4.º).

Tanto el desistimiento como la resolución deberá notificarse al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure necesariamente en el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío. En el supuesto de desistimiento, será suficiente que el envío se realice antes de la expiración del plazo (art. 10.3). Si tratándose de desistimiento es claro que el legislador se inclina por la teoría de la emisión, propia de la esfera mercantil (art. 54 C. de Co.), a pesar de que en el primer inciso del propio apartado 3 se englobe el desistimiento y la resolución; en cuanto a la resolución –si damos por zanjada la cuestión en orden al desistimiento– la postura adoptada no es tan clara, por cuanto se utilizan expresiones que se nos antojan contradictorias: “comunicación” y “fecha de envío”, parecen llevarnos a la teoría de la emisión; “recepción” a la del conocimiento, que es la regla general en el Código civil (arts. 1.262, párr. 2.º y 623).

Si el contrato se hubiera celebrado directamente ante notario, el desistimiento deberá hacerse constar en acta notarial, que será título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del transmitente (art. 10.3, párrafo final, en relación con el 14.2). Ya expusimos nuestra opinión sobre este extremo y no vamos a insistir en ella de nuevo. Desde otro punto de vista llama la atención la eficacia reinscriptiva que se reconoce al acta de desistimiento, habida cuenta de las mil y unas pegadas que se han puesto por los tribunales a la eficacia de las condiciones resolutorias expresas inscritas del artículo 11 LH y 1.504 C.c.

Si el adquirente hubiere obtenido del transmitente o de un tercero que hubiere actuado de acuerdo con él un préstamo, éste quedará resuelto cuando el primero desista o resuelva el contrato. No podrán incluirse en estos préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al adquirente para estos supuestos (comisión de cancelación anticipada, por ejemplo). Y si el adquirente se hubiera subrogado en un préstamo concedido al transmitente, ejercitado el desistimiento o resolución, subsistirá el préstamo a cargo de éste (art. 12). Un “¡Lázaro, levántate!” que no deja de sorprender por la facilidad de resurrección.

Y ya que hablamos de milagros y de préstamos no debemos olvidarnos del párrafo 3.º del apartado 1 del artículo 6, que dice así: “Al inscribir la primera adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno podrá asimismo inscribirse, si así se hubiera pactado en la escritura o en el contrato elevado a público, la subrogación en la parte proporcional del crédito hipotecario que pese sobre la totalidad del inmueble sin necesi-

dad del consentimiento del acreedor hipotecario si, al constituirse la hipoteca, se pactó un sistema objetivo de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todos los derechos de aprovechamiento por turno resultantes de la constitución del régimen”. Artículo que habrá llenado de gozo a todas las entidades que participan en el mercado hipotecario, por cuanto se les impone un cambio de deudor sin su consentimiento con todos los riesgos que ello puede conllevar.

2.º) Derecho de disposición (art. 15.1). El titular de un derecho de aprovechamiento por turno podrá libremente disponer de su derecho sin más limitaciones que las que resultan de las leyes y sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen.

Si de la modalidad de derecho real de disfrute se tratare, el derecho de disposición se configura como “libre”, como pleno, sin más limitaciones que las que resulten de las leyes. Podrá, por tanto, el titular disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o gratuito, y gozará de la facultad de gravar. Entre esta última tendrá la de hipotecar ex artículo 1.874,2.º, del C.c. y 106 LH, con las limitaciones propias derivadas de la temporalidad del derecho de que se trata (*vide* art. 107,1.º LH referido al derecho de usufructo).

En sede de la modalidad de arrendamiento vacacional por temporada, y dejando aparcado el debatido tema de la hipotecabilidad del derecho arrendaticio de todos conocido, deberemos coordinar la regla general expuesta con la facultad de cesión del contrato y subarriendo y la regulación de las consecuencias de la muerte del arrendatario de los artículos 32 y siguientes de la nueva LAU, en conexión con el régimen de libertad de pacto de su artículo 4.3. Téngase en cuenta que las normas de los artículos 32 y 33 de la LAU hacen referencia a las fincas arrendadas en las que se ejerza una actividad empresarial o profesional. ¿Podemos encajar en este marco las que se destinen a aprovechamiento por turno?

En el caso de transmisión o comercialización de derechos reales constituidos sobre derechos de aprovechamiento por turno, el artículo 15.2, en su párrafo 1.º, impone a todos los que participen profesionalmente en ello la sujeción a lo dispuesto en los artículos 2 y 8 a 12 de la Ley. En su consecuencia, a todos los partícipes profesionales les afecta:

— La nulidad de las cláusulas mediante las cuales el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que les atribuye la Ley (art. 2.1, inciso primero),

— la nulidad de las cláusulas que excusen al propietario o promotor y demás partícipes de las responsabilidades que les son propias conforme a lo establecido en la nueva Ley (art. 2.1, inciso segundo),

— la nulidad de las estipulaciones de sumisión a arbitraje salvo si es-

tas últimas se conciertan una vez que haya surgido la cuestión discutida o son de sometimiento al sistema arbitral de consumo o a un tribunal arbitral especializado que pudiera constituirse, siempre que en su composición participen, en régimen de igualdad, las organizaciones de consumidores (art. 2.2),

— y todas las normas sobre información general (art. 8), contenido mínimo del contrato (art. 9), desistimiento y resolución (art. 10), prohibición de anticipos (art. 11) y régimen de préstamos a la adquisición (art. 12).

Los adquirentes “quedarán subrogados en los (derechos) que corresponden al titular del derecho de aprovechamiento por turno con arreglo a esta Ley y, en especial, los que correspondan frente al propietario” (art. 15.2, párr. 2.º).

3.º) Derecho a inscribir (art. 15.3). Si el derecho de aprovechamiento por turno no estuviere inscrito a favor del transmitente del derecho real o cedente del derecho personal, podrá el adquirente o cesionario solicitar la inscripción del derecho a nombre del transmitente o cedente por el procedimiento regulado en el artículo 312 RH.

Este artículo 312 RH, que ha merecido una crítica desfavorable por parte de la doctrina hipotecarista (singularmente CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE), es un procedimiento que pueden utilizar los titulares de derechos reales impuestos sobre fincas ajenas no inscritas para hacer desaparecer el obstáculo que impide la inscripción del derecho a su favor. Rácanamente esta posibilidad sólo se había reconocido a favor de titulares de derechos reales limitativos que se basen en uno de dominio, como se desprende con mayor claridad del párrafo 2.º del artículo 7.º LH. (“El titular de cualquier derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio...”). La nueva Ley atribuye este derecho al titular de un derecho real que recae sobre otro derecho real distinto del dominio, con lo cual se ha superado la pobreza de miras del legislador hipotecario.

4.º) Derecho a la constitución de una comunidad de titulares (art. 15.4). Imperativamente la escritura reguladora del régimen deberá prever la constitución de una comunidad de titulares. Así reza el indicado apartado 4 del artículo 15, a pesar de que en el artículo 15 de la propia Ley, dedicado a la enumeración exhaustiva de las circunstancias de la escritura reguladora no se alude a ello, limitándose a prever en el n.º 5.º de su apartado 1.º, unos estatutos a los que se someta el régimen “en su caso”.

El artículo 15.4 es más directo e imperativo, impone la constitución de la comunidad y establece que la misma se regirá por los estatutos previstos en la escritura reguladora o los que libremente adopten los titula-

res de los derechos. Para la adquisición de acuerdos las normas son las siguientes:

1.^a) Mayoría de dos tercios de los titulares, para aquellos que tiendan a modificar el régimen constituido.

2.^a) Mayoría simple de los titulares, para todos los demás.

Puntualiza, además, este artículo 15.4, que si no resultare mayoría o el acuerdo fuere gravemente perjudicial para los interesados, el juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda; así como reconoce la aplicación supletoria y subsidiaria de la Ley de Propiedad Horizontal reguladora del funcionamiento de las comunidades de propietarios.

Las mayorías de que se trata son, en principio, mayorías de personas (la Ley habla de dos tercios o mayoría simple de titulares). Sin embargo, la regla 3.^a del propio artículo 15.4 enturbia esta conclusión al establecer que “cada persona tendrá tantos votos como derechos de los que es titular”. Por tanto, no parece estemos ante mayoría de personas, sino mayoría de derechos o de capital, por emplear terminología mercantilista.

Y 5.^o) Derecho de disfrute. A éste no se refiere la Ley expresamente, si bien se desprende del artículo 1.1: facultad de disfrutar con carácter exclusivo durante un periodo específico de cada año, un alojamiento, etc., etc.

Facultad de disfrute que hay que reconocer, ya se haya configurado el derecho de aprovechamiento como real o como personal arrendaticio; no se nos olvide la definición del arrendamiento de cosas del artículo 1.543 C.c. (“en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”).

Facultad de disfrute que se recorta al estilo del principio básico del derecho de usufructo (art. 467 C.c.), el de *salva rerum substantia*. “La facultad de disfrute —dice el art. 1.1— no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario”.

d”) *Propietario*. Su posición no puede ser más desairada. La Ley se dedica a masacrarle e imponerle obligaciones en todo momento, incluso previas a la constitución del régimen (véase art. 4).

Sin olvidarnos de que extinguido el régimen recuperará la plena propiedad del inmueble o de lo que de él quede ex artículo 3.2 y dando por examinados los deberes y obligaciones que ya hemos enumerado a lo largo de este trabajo, aún nos quedan los que le impone el artículo 16, cuando le hace responsable, frente a los titulares de derechos de aprovechamiento, de la efectiva prestación de los servicios y que la Ley modela del modo siguiente:

— En caso de incumplimiento por la empresa de servicios, el propietario deberá resolver el contrato y exigir (¡Eureka! Hemos encontrado un

derecho del propietario) el resarcimiento de daños y perjuicios; acción de resolución que se le reconoce a él o al promotor,

- cualquier titular de un derecho de aprovechamiento podrá reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondan en el caso de que tal prestación no se efectúe,

- una vez resuelto el contrato celebrado con la primitiva empresa de servicios, el propietario deberá asumir directamente la prestación del servicio o contratarla con otra empresa, y

- cualquier alteración del contrato no perjudicará, en ningún caso, a los intocables, a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno.

Reconoce la Ley expresamente otro derecho a favor del propietario, cual es el de resolución por falta de pago de las cuotas, a cuya regulación dedica el artículo 13.

“Salvo pacto en contrario, el propietario, tendrá una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año”. Así comienza dicho artículo 13.

Condiciona el propio artículo esta facultad resolutoria del modo siguiente:

- El propietario podrá pedir la resolución a instancia de la empresa de servicios (que es la que deja de percibir su importe),

- deberá requerirse fehacientemente de pago al deudor en el domicilio registral o, en su defecto, en el que conste a tal fin en el contrato, bajo apercibimiento de proceder a la resolución si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas. Por cierto que a este domicilio registral o domicilio del contrato no se alude en ningún artículo de la Ley, que solamente se refiere a domicilio del adquirente en el supuesto de que la obra esté en construcción (art. 9.1.4.º, letra e). Evidentemente si el contrato es notarial, sí constará, pero no en otro supuesto,

- el propietario deberá consignar, a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción, si bien podrá, mediante cláusula penal, pactarse la pérdida en todo o en parte de las cantidades que corresponda percibir al titular del derecho resuelto, todo ello sin perjuicio de la facultad moderadora de los tribunales establecida en el artículo 1.154 C.c.

- y, salvo pacto en contrario celebrado con la empresa de servicios, el propietario que ejercite la facultad resolutoria quedará obligado a atender las deudas que el titular del derecho de aprovechamiento por turno tuviere con dicha empresa.

Cualquier parecido –ya lo dijimos– de esta facultad resolutoria del propietario con la de desistimiento y/o resolución del adquirente es mera coincidencia.

d^{ma}) *Empresa de servicios*. La Exposición de Motivos, recordemos, reconoce que su existencia es esencial para la vida del régimen y para el adecuado disfrute del derecho adquirido. Importancia que ya había destacado la Resolución de 4 de marzo de 1993. Pese a ello la nueva Ley no regula la empresa de servicios. Bien es verdad que se menciona en muchos de ellos, pero a la postre se la deja sin regulación previéndose únicamente que deberán reunir, en aquellas Comunidades Autónomas donde se establezcan, los requisitos que se exijan.

Nuestra crítica ya la hicimos, no vamos a hurgar más en la herida. Esperemos a ver qué deciden las Comunidades Autónomas, si contra sus decisiones se interponen o no cuestiones de incompetencia, y en el interregno –hay dos años para adaptar (disposición transitoria segunda)– confiar en la divina providencia.

E) Extinción. La única causa que reconoce la Ley es el transcurso del plazo, por cuanto el derecho de aprovechamiento es temporal (tres a cincuenta años) y transcurrido el plazo los titulares carecen de derecho a compensación alguno ex artículo 3, y quedando el propietario, por tanto, como titular pleno y libre del edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado.

Las mismas consecuencias produciría la hipotética renuncia de todos los titulares de derechos de aprovechamiento; acuerdo que, sin duda, exigirá unanimidad, no siendo suficiente la mayoría de dos tercios del artículo 15.4.1.º. Renuncia que debería ir acompañada de la voluntad del propietario de dar por extinguido el régimen, pues, de lo contrario, éste subsistirá como durmiente a la espera del casto beso que le despierte.

F) Régimen transitorio. La entrada en vigor de toda nueva Ley plantea el problema de qué hacer con las situaciones preexistentes. Según el apartado VII de la Exposición de Motivos de la nueva Ley, la misma se aplicará “a la promoción y transmisión de derechos que contienen la facultad de disfrutar de un alojamiento por un tiempo al año, estableciendo, para estos regímenes (los ya existentes), en todo caso, la obligación de adaptarse en el plazo de dos años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley. Naturalmente, la adaptación que exige la disposición transitoria segunda no pretende la transformación de los regímenes preexistentes, sino tan sólo que se dé publicidad a éstos, y a su forma de explotación, con pleno respeto a los derechos adquiridos. Por eso, la dis-

posición exige solamente los requisitos del artículo 5 (los de la escritura reguladora) y no el cumplimiento de todas las obligaciones que la Ley impone al que se proponga constituir un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, una vez que haya entrado en vigor y, aun aquéllos, sólo en la medida en que sean compatibles con la propia naturaleza del derecho preexistente”.

Esta declaración de intenciones se concreta en tres disposiciones transitorias, a saber:

Primera:

— Promoción. A partir de la entrada en vigor de la Ley, la promoción de cualquier derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un periodo determinado o determinable del año, quedará sujeto a lo prescrito en ella (1).

— Transmisión. La transmisión de tales derechos se registrará por el régimen que hasta la entrada en vigor de la Ley regule el inmueble. Respeto al régimen preexistente que solamente se reconoce durante el periodo de adaptación, por cuanto una vez transcurrido éste y sin haberse formalizado la adaptación, la transmisión se registrará por la nueva Ley. De haberse llevado a cabo la adaptación, a partir de su fecha la transmisión se realizará de conformidad con el régimen publicado en el Registro (2).

Finaliza esta transitoria primera con su apartado 3, en el que se establece que “serán en todo caso de aplicación los artículos 2 y 8 a 12 de la presente Ley”. Recordemos cómo el artículo 2 declara nulas las cláusulas de renuncia anticipada por el adquirente de los derechos que le atribuye la nueva Ley, las de exoneración de responsabilidad del propietario, promotor o persona que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de estos derechos, y las de sumisión a arbitraje en los términos que enumera su apartado 2. Recordemos, asimismo, que el artículo 8 prohíbe la utilización del término multipropiedad o cualquier otro que contenga la palabra propiedad, enumera los requisitos del documento informativo, y completa el deber de información al consumidor; que el artículo 9 impone imperativamente el contenido mínimo del contrato; que el 10 contiene la regulación de los derechos de desistimiento y resolución; que en el 11 se prohíben los anticipos; y que en el 12 se regula el régimen de préstamos a la adquisición.

La expresión “en todo caso” que utiliza este apartado 3 de la transitoria primera, nos impide cualquier interpretación que permita eludir su aplicación desde la entrada en vigor de la Ley, aun cuando el régimen preexistente y el de nueva creación no se asimilen en nada. Pensemos en el club inglés o el societario francés y de inmediato nos daremos cuenta

que la conjugación de este “en todo caso” no va a resultar en la práctica tarea sencilla. No participa de esta opinión GONZÁLEZ-MENESES que estima que los artículos citados sólo podrán aplicarse cuando fueren compatibles con la naturaleza del régimen preexistente.

Segunda:

“Los regímenes preexistentes de derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un periodo determinado o determinable del año, cuya constitución conste de cualquier forma admitida en derecho deberán adaptarse, en el plazo de tres años, a las disposiciones de la presente Ley”. Así reza el párrafo 1.º del apartado 1 de esta transitoria. El periodo de adaptación se cuenta, ex artículo 5 C.c., de fecha a fecha, y finalizará, por tanto, el 5 de enero del año 2001.

El problema más importante que plantea este párrafo es el de la prueba de la constitución del régimen. Problema que se agrava aún más al permitirse su preexistencia sobre inmuebles en construcción, lo que facilita la posibilidad de que estemos en una fase en que no se haya vendido todavía ningún turno. Puede que la admisión de cualquier forma de prueba admitida en derecho lleve a la picaresca a “inventarse” inexistentes regímenes –vía documentos privados con fecha atrasada– y aco-gerse, por ejemplo, a su duración indefinida (*vide* apartados 2 y 3 de esta propia disposición transitoria).

En el supuesto de que el régimen preexistente estuviera inscrito, la Ley prevé en el párrafo 2.º de este apartado 1 que se solicite del registrador informe no vinculante sobre la forma en que ha de realizarse la adaptación (art. 355 RH).

Transcurridos los dos años, cualquier titular de un derecho, real o personal, relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable del año, podrá instar judicialmente la adaptación. Así resulta del párrafo final de este apartado 1. Nos parece que el reconocimiento de esta facultad a uno solo de los titulares es excesivo (compárese con las mayorías exigidas para las adaptaciones en materia de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de la disp. transitoria quinta de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea en materia de sociedades).

¿Cómo se llevará a cabo la adaptación? Regula la materia el apartado 2 de la propia transitoria segunda. El procedimiento es el siguiente:

1.º Será necesario, en todo caso, otorgar la escritura reguladora con los requisitos del artículo 5 en cuanto sean compatibles con la naturale-

za del régimen e inscribirla en el Registro de la Propiedad, a los solos efectos de publicidad y con pleno respeto a los derechos adquiridos.

La compatibilidad de los requisitos que enumera el artículo 5 con la naturaleza del régimen preexistente provocará asimismo dificultades —al igual que las provoca, por ejemplo, la típica cláusula derogatoria de todas aquellas disposiciones que se opongan a lo prevenido en la presente Ley—. La única cuestión que ha quedado resuelta es la referente a los contratos que enumera el artículo 5 (el celebrado con la empresa de servicios, los de seguro del art. 7 y los avales o el seguro de caución del artículo 4.2 cuando el inmueble se encuentre en construcción), por cuanto sólo deberán incorporarse los que existan en el momento de la adaptación. ¿Será de este modo posible eludir la presencia de la empresa de servicios, “esencial para la vida del régimen y para el adecuado disfrute del derecho adquirido”, según hemos visto en la Exposición de Motivos?

La escritura deberá ser otorgada por el propietario único del inmueble (inciso final del párr. 1.º del apartado 2). Ahora bien, si el régimen preexistente se constituyó de tal modo que los titulares de los derechos son propietarios del inmueble por cuotas indivisas que lleven aparejado el disfrute de un turno determinado —en régimen de multipropiedad, para entendernos todos—, la escritura de adaptación deberá ser otorgada por el presidente de la comunidad de propietarios, previo acuerdo de la propia comunidad adoptado por mayoría simple de asistentes a la Junta que se convoque al efecto (párr. 2 del apartado 2).

No queremos finalizar este punto sin destacar las duras críticas, que por propios y extraños se han dirigido contra la expresión utilizada en el párrafo 1.º de este apartado 2 al exigir la inscripción de la escritura de adaptación en el Registro de la Propiedad “a los solos efectos de publicidad”. La función del Registro de la Propiedad es en nuestro derecho mucho más que de publicidad, es un Registro jurídico; la publicidad está reservada para los Registros de carácter administrativo. ¿Dónde quedan los efectos de legitimación, fe pública registral, etc.?

2.º En esta escritura de adaptación, dice el párrafo 3.º del apartado 2, el propietario único del inmueble deberá describir el régimen preexistente y manifestar que los derechos que se van a transmitir en el futuro tendrán la naturaleza que resulte de aquél, idéntica a la de los ya enajenados.

Se reconocen, además, a este propietario único otras dos posibilidades en el propio párrafo 3.º:

— Comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno (entendemos, iguales a los que regula la nueva Ley). En este caso deberá constituir el régimen respecto de los periodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley (los ya exa-

minados de la sección 1.^a del capítulo II, arts. 4 a 7), pero sin necesidad de que el régimen se constituya sobre todo el inmueble, sino sólo respecto de los turnos no enajenados,

— o transformar todo el régimen para convertirlo en un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, tal y como lo regula la Ley. Para ello deberá cumplir todos los requisitos establecidos en ésta, pero manteniendo la duración que tuviera el régimen preexistente, incluso si era indefinida.

Una vez más encontramos en los examinados párrafos del apartado 2 de esta transitoria segunda síntomas de falta de seguridad en el legislador. Empieza por decirnos que la escritura de adaptación se otorgará por el propietario único del inmueble. Seguidamente se da cuenta de que puede haber más de un propietario en un régimen preexistente —caso de la multipropiedad *stricto sensu*, y vuelvo a pecar por utilizar el vocablo proscrito— y establece que la escritura sea otorgada por el presidente de la comunidad previo acuerdo adoptado por mayoría simple. Y de nuevo regresa al propietario único otorgante de la escritura de adaptación. Dudas: ¿podrá el presidente de la comunidad de propietarios hacer lo que permite el párrafo 3.º al propietario único?, ¿le bastará la mayoría simple? Entendemos que si el propietario originario ha vendido todos los turnos por cuotas indivisas no pinta nada y no estará legitimado para otorgar la escritura de adaptación; que si tiene algún turno sin vender, será uno más, con los votos que le correspondan, en la junta convocada al efecto y que en este caso la escritura debe ser otorgada por el presidente de la comunidad; que para que este presidente pueda convertir todo el régimen en uno de aprovechamiento por turno tal y como lo regula la Ley, no debería bastar la mayoría simple, ni siquiera la de dos tercios, por respecto a los derechos adquiridos; y que nos parece conflictiva la solución de que el propietario originario y que conserva turnos sin vender pueda él solo y respecto a los turnos no enajenados modificar el régimen, a pesar de lo establecido en la norma, por cuanto la enajenación de cuotas indivisas conlleva derechos sobre elementos comunes y/o zonas de esparcimiento o recreo. Igual opinión mantiene MICÓ GINER (coponente con el que les tortura en la Jornada debate organizada por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid y celebrada el 22 de marzo de 1999).

Tampoco nos parece seguro el caminar del legislador en la esfera de la duración del régimen en sede de adaptación. Parte de que el propietario único al transformar todo el régimen para convertirlo en el regulado por la Ley deberá mantener la duración del preexistente, incluso si era indefinida, para decirnos a continuación en el apartado 3 que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior (duración preexistente, incluso indefinida), todos los regímenes preexistentes (adaptados y no

adaptados, “todos”) tendrán una duración máxima de cincuenta años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, salvo que sean de duración inferior –lo único claro–, o que hagan (¿quién? Wanted. Se busca al sujeto y se recompensa con un “piedrólar” al que lo encuentre), en la escritura de adaptación declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o plazo cierto (¿mayor o menor de cincuenta años?).

Tercera:

Todo este follón de adaptar y todas estas dudas, para que la transitoria tercera nos diga que no pasa nada, que el régimen continúa, y que el incumplimiento, por parte del propietario –¿qué ocurre cuando haya multipropiedad?– de la obligación de adaptar el régimen dará derecho a los adquirentes, aunque no contraten con él directamente a resolver los contratos que se hubieran celebrado después de la entrada en vigor de la Ley, pudiendo exigirle la devolución de las cantidades satisfechas y la indemnización de daños y perjuicios.

Para darle sentido piensen detenidamente sobre esta transitoria y sus consecuencias en el caso de que el propietario originario haya vendido todos los turnos en régimen de multipropiedad y la comunidad de propietarios pase y no adapte. ¿Es posible que algún juez en el caso de venta de un turno por un multipropietario cualquiera pueda condenar al propietario originario a devolver una cantidad que no ha percibido y le obligue a indemnizar daños y perjuicios que él no ha causado ni podido impedir por ser necesario el acuerdo de la junta de propietarios para adaptar? Entendemos que, para no abrazar el absurdo, el inciso “aunque no contraten con él (propietario) directamente”, sólo puede referirse a los que adquieran del propietario creador del régimen a través de su promotor o persona apoderada para ello, pero nunca de un segundo o ulterior titular del turno de que se trate.

G) *Carácter de la Ley.* Según su disposición adicional segunda: “Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un periodo determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración”.

La transcrita disposición adicional segunda, proclama la imperatividad de la ley española cuando el derecho de aprovechamiento por turno recaiga sobre inmueble sitos en nuestra patria. Y la Exposición de Motivos funda esta solución en el principio general de protección a los consumidores que inspira las Directivas comunitarias en evitación de los llamados “fraudes internacionales” y más concretamente en:

— El descafeinado artículo 9 de la Directiva 94/47/CE, relativa a la protección de los adquirentes en materia de contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Artículo que establece que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro”. Y que, en definitiva, a lo único que tiende es a reforzar la protección del consumidor a través de la aplicación de sus normas, instando a los Estados miembros para que cuando regulen derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles situados en el ámbito de la Unión Europea adopten las medidas oportunas para que por aplicación de sus normas de Derecho Internacional Privado no se frustre la finalidad protectora de la Directiva por la elección de una Ley de un Estado extracomunitario que no proporcione una protección equivalente,

— los artículos 16 de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, relativos a la determinación de la competencia judicial internacional, aplicables ambos en España (el 1.º en su versión ratificada con motivo de la adhesión de España y Portugal al Protocolo de Roma –BOE de 28 de enero de 1991– y el 2.º desde 1994 –BOE del 20 de octubre– dentro del Espacio Económico Europeo donde se integraron los países de la AELC). Según ellos, siempre que el inmueble afectado por un derecho de aprovechamiento por turno se encuentra en España o en cualquier Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, la competencia judicial internacional para conocer de acciones reales que se susciten corresponderá al juez de situación del inmueble. Recalcamos que debe tratarse de acciones reales,

— y los artículos 3 y 4 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales; también incorporado a nuestro ordenamiento). Artículo 3 que establece que los contratos se regirán por la Ley libremente elegida por las partes y artículo 4 que señala como Ley aplicable, a falta de elección, la Ley del país en que estuviera situado el inmueble siempre que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble.

Y a pesar de las mil y una dudas que nos asaltan, en definitiva, consideramos que la nueva Ley será de aplicación cuando se trata de inmuebles situados en España aun cuando los derechos de aprovechamiento por turno se configuren conforme a ordenamientos extranjeros, tanto si adoptan fórmulas reales como obligacionales. En el primer supuesto, por aplicación de los artículos 10.5 y 11.1.2 y 3 del C.c.; en el segundo, por el criterio resultante de la interpretación conjunta de los artículos 3 y 4 del Convenio de Roma en relación con su artículo 5 (aplicación analógi-

ca del mismo por tratarse de contratos celebrados por los consumidores); y en ambos, por así disponerlo la disposición adicional segunda de la nueva Ley, proporcionar ésta una protección al consumidor mayor que la de los textos paralelos de los demás Estados miembros de la Unión Europea que han transpuesto la Directiva 94/47, y ser el nuevo régimen de aprovechamiento una actividad turística, siendo la legislación turística de aplicación territorial por formar parte de las “leyes de policía” a las que se refiere el artículo 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

H) Normas tributarias. Están contenidas en el título II de la Ley (arts. 17 a 20) y en la disposición adicional tercera que contiene la expresa declaración –para nosotros innecesaria– de que las novedades introducidas se entenderán sin perjuicio de los regímenes fiscales forales de concierto y convenio económico en vigor en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra, respectivamente.

La finalidad de las novedades tributarias no es otra que la de no discriminar en el plano fiscal a los titulares de los derechos reales de aprovechamiento por turno en relación con los titulares de otras posibles fórmulas de utilización de inmuebles a tiempo parcial (derechos personales). Así lo declara expresamente el legislador en el apartado V de la Exposición de Motivos.

Las normas tributarias –de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a integrar nuestro ordenamiento, y, en lo no previsto, completadas por las disposiciones generales (art. 17)– son:

1) En materia del Impuesto sobre el Patrimonio (art. 18). La valoración de los derechos de aprovechamiento por turno, cualquiera que sea su naturaleza, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3.b) de la Ley 19/1991, de 6 de junio, por su precio de adquisición.

El artículo 10.3 de la citada Ley del Impuesto sobre el Patrimonio contiene, además, una regla a), según la cual para la valoración de los derechos sobre inmuebles adquiridos en virtud de contratos de multipropiedad, propiedad a tiempo parcial o fórmulas similares se tomaría en cuenta el mayor valor del catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición.

A partir de la reforma sólo será de aplicación el precio de adquisición.

¿Será posible una comprobación de valor?

2) Respecto del IVA (art. 19). Se aplica el tipo reducido del 7% a las siguientes operaciones:

1.^a A la cesión de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles contemplados en el artículo 1 de la Ley. Se trate, pues, del nuevo derecho real o del arrendamiento vacacional por temporada.

Frente a la originaria Ley del IVA, la vigente (Ley 37/1992, de 28 de diciembre) modificó la calificación y el régimen de la constitución y transmisión de derechos de uso y goce de bienes. La Ley del 85, en su artículo 9.2.º, atribuía la consideración de entrega de bienes a la constitución, ampliación y transmisión de derechos reales de goce y disfrute sobre bienes inmuebles, y en su artículo 11.2.3.º consideraba prestación de servicios las cesiones de uso o disfrute de bienes muebles.

En la vigente Ley el artículo 8, destinado al concepto de entrega de bienes, y el artículo 9, destinado a operaciones asimiladas a las entregas de bienes, no contienen ninguna mención referente a la cesión de goce y disfrute. Por el contrario, el artículo 11 y bajo el epígrafe “Concepto de prestación de servicios”, considera como tal (Dos. 3.º) las cesiones de uso o disfrute de bienes.

A nadie extrañe, pues, que el artículo 19.1 de la Ley que comentamos califique a la cesión de los derechos de aprovechamiento por turno como “prestaciones de servicios”.

2.^a A cualquier otra forma de utilización de los bienes inmuebles por periodos determinados o determinables del año con prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera.

Sin duda alguna ha de referirse a una forma de utilización de inmuebles por tiempo no superior a tres años, pues si fuere superior estaríamos ante un contrato nulo de pleno derecho, por aplicación del artículo 1.7.

3.^a A los servicios contemplados en el artículo 91.uno.2 segundo de la Ley del IVA (de hostelería, balnearios, restaurantes y suministro de comidas y bebidas para consumir en el acto) prestados por las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el artículo 4.3 de la presente Ley. Es decir, los prestados por la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios del edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado.

Tratándose de la Comunidad Autónoma de Canarias el apartado 2 de este artículo 19 precisa que a las operaciones señaladas en el apartado anterior que se realicen en dicha Comunidad les será de aplicación el tipo reducido que, conforme a su legislación, esté previsto para el Impuesto General Indirecto Canario.

3) Por lo que se refiere al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 20). La aplicación del tipo de gravamen del 4% –el de los muebles–, cualquiera que sea la natura-

leza del derecho transmitido entre particulares y que no estén sujetas al IVA o al Impuesto General Indirecto Canario.

Según el “Diario de Navarra” de Pamplona, el 8 de marzo último el Gobierno de Navarra aprobó un proyecto de Ley Foral declarando aplicable también el tipo del 4% a que acabamos de hacer referencia.

Como resumen, a nuestro entender, la nueva Ley está descompensada (*muchos derechos para los consumidores y muchas obligaciones para el propietario*); es excesivamente formalista –no creo que los redactores de las XII Tablas lo hubieran mejorado– con el peligro de nulidades, cuestiones judiciales, etc., que ello conlleva; contiene graves lagunas (*empresas de servicios, no regulación de la extralimitación en el uso, etc.*); es poco clara en múltiples puntos, pudiendo incluso dudarse en aspectos tan importantes como si será de aplicación en las CCAA donde la comercialización de derechos que impliquen la facultad de disfrute de un alojamiento durante un periodo de tiempo no merezca la calificación de actividad turística, y en si los derechos de desistimiento y resolución deben o no reconocerse a favor de segundos o ulteriores adquirentes por no participar profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento; y está trasnochada, por cuanto lo que “mola” no es la venta de turnos, el “Time-Sharing”, sino el sistema de puntos (points) que garantiza, según sus inventores, un más fácil intercambio.

UN ESTUDIO SOBRE EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD (*)

SALVADOR TORRES ESCÁMEZ

Notario

SUMARIO: **I.** LA NOCIÓN DE CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA. **II.** EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD. CONCEPTO E HISTORIA. **III.** IMPORTANCIA DE ESTE ASPECTO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. **IV.** NATURALEZA. **V.** ALCANCE Y CONTENIDO DEL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD. **VI.** VALOR. **a)** Como medio de prueba. **b)** Como instrumento del control de legalidad. **c)** Como requisito formal o solemne. **VII.** CONFLICTO ENTRE EL JUICIO NOTARIAL Y LA CAPACIDAD JUDICIALMENTE DETERMINADA. Examen especial del testamento en intervalo lúcido. **VIII.** RESPONSABILIDAD. JURISPRUDENCIA CITADA. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CITADA.

(*) Este trabajo constituye el desarrollo de la parte específicamente notarial del presentado con motivo de los Estudios en Homenaje a D. Antonio Hernández Gil bajo el título *El juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado en régimen de curatela*. Me complace traerlo aquí, en una nueva etapa de esta Revista y de la Institución Notarial, con la ilusión de que, desde la mayor modestia, contribuya a un relanzamiento de los estudios de Derecho Notarial.

I. La noción de capacidad como cuestión previa

El sentido vulgar del término capacidad, como aptitud o idoneidad para algo, sufre una aparente y primera complicación cuando se le añaden los adjetivos de que suele ir acompañado: legal, jurídica, civil, natural, de obrar, etc.

Ha sido lugar común en la doctrina tradicional sobre la materia la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (1). La capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular de relaciones jurídicas (derechos y obligaciones) (2). La capacidad de obrar en el sentido de idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos (3). Según ha puesto de manifiesto GORDILLO, la primera constituye un aspecto estático de la personalidad; la segunda, dinámico (4).

Puesto que la capacidad jurídica corresponde a toda persona por el hecho de serlo, indisolublemente unida a la misma, el que determinados individuos carezcan de capacidad de obrar o la tengan limitada supone que se encuentran en alguna de las circunstancias a las que la Ley, excepcionalmente, atribuye tal consecuencia.

La influencia de la autoridad del prof. DE CASTRO en esta materia llevó a nuestra doctrina durante una buena época a ligar la capacidad de obrar al estado civil de la persona (5). Sin embargo, la evolución legislativa ha hecho reconsiderar dicho planteamiento: la desaparición de las limitaciones a la mujer casada, la abolición de la figura de la interdicción civil, la reconducción de la prodigalidad como un medio de protección del derecho familiar a los alimentos y alguna otra circunstancia más. Todo ello lleva, en primer lugar, a revisar el mismo ámbito de la institución del estado civil y, consiguientemente, su influjo en la capacidad de obrar (6).

(1) Esta distinción se debe a SAVIGNY, con la pretensión de superar el modelo antropológico y medieval de los "status", según RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 186 y 187. En esta obra puede encontrarse abundante documentación sobre los aspectos históricos y filosóficos de ambos conceptos.

(2) DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, reproducción facsimilar de la ed. de 1949, II, p. 45.

(3) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 8.ª ed., Madrid, 1992, I, p. 224.

(4) GORDILLO, A., *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, p. 34. Sin embargo, sobre la distinción entre personalidad y capacidad jurídica, ver DE CASTRO, loc. cit., p. 45.

(5) DE CASTRO, loc. cit., p. 49. Esta consideración formalista de la capacidad de obrar que se da en el pensamiento de DE CASTRO, en contraste con su postura claramente realista en la concepción de la persona, le parece a RAMOS CHAPARRO (loc. cit., p. 193) una "torturante paradoja". Véase sobre la necesidad de un cierto formalismo en los temas de capacidad, lo que se recoge más adelante con cita de PATTI.

(6) GORDILLO, loc. cit., pp. 41-57, donde defiende la "desvirtuación de los estados civiles" y expone el estado doctrinal de la cuestión.

Aquí nos interesa nada más que la influencia de la enfermedad o el estado físico o mental del individuo en la capacidad de obrar.

Un examen no dogmático de la materia conduce a la conclusión de que en nuestros días, fuera de algunas prohibiciones muy concretas de actuar, sin ninguna relación con la capacidad (las del art. 1.459 C.c., por ejemplo), y de otros casos de limitación, basados más bien en la protección de terceros (como la que afecta al concursado o al quebrado), la capacidad de obrar es prácticamente equivalente a la capacidad natural, situación que supone “la facultad de enterarse, tener consciencia del acto y consentirlo libremente” (7) y concepto sobre el que habremos de volver repetidamente a lo largo de este trabajo (8).

De este modo, sólo la persona que tiene mermada su capacidad natural por la enfermedad o que no ha llegado a adquirirla debido a su insuficiente madurez se encuentra falta de capacidad de obrar.

Así sucede en el caso de la menor edad, donde es evidente que son motivos prácticos los que obligan a fijar un límite, actualmente establecido con cada vez más extendidas críticas en los dieciocho años (art. 315 C.c.).

Sólo razones de tipo formal nos pueden llevar a pensar que lo actuado por un adolescente dos días antes de cumplir los dieciocho años es ineficaz y, si lo realiza tres días después, resulta plenamente válido.

Pero el formalismo tiene una gran importancia en este campo. Ha señalado PATTI cómo “la dificultad de comprobar la verdad material y, sobre todo, razones de conveniencia social y de oportunidad, particularmente influyentes en el Derecho de la persona, conducen a veces a preferir una regla que simplifique la complejidad del dato real o, incluso, que ignore la realidad” (9).

Tratándose de enfermedad mental, el dato formal es la sentencia de incapacitación. Lo actuado antes de ésta sólo puede ser invalidado probando la falta de capacidad del sujeto; lo realizado después, puede ser atacado en base simplemente al dato de la situación judicial de incapacitado (10).

(7) Frase entrecomillada que tomo de NÚÑEZ-LAGOS, R., “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, Madrid, 1953, ponencia en el II Congreso Internacional del Notariado Latino, pp. 63.

(8) Para ALBALADEJO, la “llamada capacidad natural” no es otra cosa que las condiciones psíquicas adecuadas para realizar el acto. No es lo mismo que la verdadera capacidad, que es una aptitud abstracta de la persona. La idea aparece ya en su *Derecho Civil*, I, vol. 1.º, 11.ª ed., Barcelona, 1989, pp. 232 y 233, luego recogida en “Los cambios introducidos en el art. 665 por la Ley de Modificación del Código Civil en materia de testamentos”, *RDP*, 1992, p. 721.

(9) Citado por EVANGELIO, R., *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, Madrid, 1997, p. 41.

(10) Un debate clásico en la doctrina sobre la incapacidad es el del carácter declarativo (*vid.*, por ejemplo, GORDILLO, loc. cit., *passim*) o constitutivo (*vid.*, por ejemplo, LETE DEL RÍO,

Aun reconociendo la justeza e incluso la seguridad de los criterios anteriores, un cierto sentido común nos dice que lo que verdaderamente debe determinar la validez de un consentimiento sería la consciencia de su valor por parte del que lo emite (11). Esa aptitud de entender y querer (12) lo que se está haciendo, con pleno conocimiento de sus consecuencias, es lo que se conoce como capacidad natural, a la que el Código llama, en algunos preceptos, “discernimiento”, cualidad que se puede ver afectada de una manera transitoria o permanente por circunstancias de hecho o por la enfermedad mental, que impide “el gobierno de sí mismo” (13).

A esta última fundamentalmente es a la que dedicaré mi atención en las páginas que siguen, en la medida que ha de ser objeto de valoración por el notario en cada ocasión que el consentimiento se preste ante él.

Sobre la dificultad que tal actividad plantea en algunos casos no es necesario extenderse demasiado. Es verdaderamente complicado en ocasiones distinguir la situación de verdadera incapacidad de lo que es una conducta más o menos excéntrica, anormal (en el sentido de infrecuente) o extraña, o incluso de lo que son meras dificultades de expresión o comunicación.

Citaré sólo algunos ejemplos de la jurisprudencia más reciente para poner de manifiesto la complejidad de las situaciones que en la práctica se presentan:

—STS de 27 enero 1998 (que hace un extenso resumen): son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad la edad senil del testador (STS de 25 noviembre 1928), que el testador tenga alguna enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias (STS de 28 diciembre

J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo), tomo IV, Madrid, 1985, p. 167) de la sentencia de incapacitación en relación al estado civil de incapacitado.

Desde el punto de vista notarial, lo determinante es la capacidad natural. Quien carece de ella no puede otorgar una escritura, aunque no haya sido incapacitado. Respecto a la posibilidad de que el judicialmente declarado incapaz la otorgue en un momento en que tenga capacidad natural, véase más adelante, apartado III, 5.

(11) Según RAMOS CHAPARRO (loc. cit., p. 205), la llamada “teoría realista” sobre la capacidad tiende a identificar la capacidad de obrar con la capacidad psicológica de autogobierno personal.

(12) La Res. de la DGRN de 3 marzo 1989, con ocasión de pronunciarse sobre la tónica cuestión de la posibilidad de que los menores de edad acepten donaciones puras ex artículo 626 C.c., define la capacidad natural como la “aptitud de entender y querer”, afortunada expresión que se repite desde hace décadas en doctrina y jurisprudencia, cuyo origen no he podido determinar.

(13) J. M. LETE DEL RÍO, con ayuda del prof. JIMENO VALDÉS, expone una completa perspectiva médico-psiquiátrica de los conceptos técnicos envueltos en la incapacidad por enfermedad mental contemplada en el artículo 200 C.c. (loc. cit., pp. 171-181).

1918), que el otorgante se halle aquejado de grandes padecimientos físicos (STS de 25 octubre 1928).

— STS de 27 enero 1998 (la misma mencionada en el párrafo anterior): no puede deducirse la falta de capacidad de que en determinados momentos la testadora mencionara a su padre o madre, como de presente, pues estas invocaciones o referencias, la práctica cotidiana demuestra que son frecuentes en la edad senil sin afectar a otras facetas de sus facultades psíquicas.

— STS de 27 junio 1977: afecta a la capacidad la demencia arterosclerótica consecutiva de evolución crónica irreversible.

— STS de 26 abril 1995: no puede considerarse determinante de la invalidez del consentimiento el hecho de que no firmara la escritura, por asegurar no poder hacerlo, lo que se justifica en razón de los temblores involuntarios que le producía un parkinson que ya padecía en esas fechas y que no implicaba un específico deterioro psíquico.

— STS de 19 septiembre 1998: los trastornos mentales no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que respondan a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurso del tiempo.

— STSJ de Cataluña de 1 octubre 1991: no se puede presumir la incapacidad en un acto por el hecho del suicidio posterior (14).

— SAP Murcia de 16 junio 1998: no basta para destruir la presunción de capacidad del testador y el juicio del notario autorizante la suposición que hace el recurrente de que el estado de neoplasia avanzado que padecía el testador hiciera con toda probabilidad que estuviera sometido a tratamientos quimioterápicos y sedantes (tales como morfina), que pudiesen afectar de forma importante a su capacidad mental.

— SAP Baleares de 22 enero 1998: no es prueba suficiente para destruir la presunción de capacidad del testador y el juicio del notario autorizante el certificado médico ordinario emitido por quien dice es médico de cabecera de la testadora fallecida, en el que se afirma que la misma en la fecha del otorgamiento del testamento estaba afecta de una arterosclerosis cerebral con gran deterioro de sus facultades físicas y mentales (parálisis de extremidades, incontinencia de esfínteres, demencia), opinión facultativa que fue ratificada a presencia judicial, a modo de prueba testifical, ya que hubiera sido necesaria una prueba más completa.

— SAP Asturias de 16 marzo 1998: el informe pericial médico es dubitativo, al moverse en el campo de las suposiciones. Si la testadora hubiera estado severamente demenciada, como se pretende, los llamados

(14) La sentencia aborda el tema del suicidio con notable erudición, remitiéndose a la psiquiatría moderna, al común sentir de las civilizaciones clásicas y a la autoridad de Séneca.

síntomas de afasia y amnesia (motivados por una demencia tipo alzheimer) deberían haber sido advertidos por el notario.

— SAP Málaga de 2 noviembre 1992: la depresión es un estado que padecen numerosas personas, sin que por ello se cuestione su incapacidad o la anulación de su intelecto o voluntad, caracteres que sólo coincidirían en situaciones profundas, y en cuanto tales pueden ser detectadas con facilidad por un notario autorizante, dada la postración que conllevan.

Otra cuestión tangencial con la incapacidad se plantea cuando el otorgante presente dificultades de expresión o comunicación, que le hacen difícil o incluso imposible la manifestación de su voluntad que pueda ser captada por el notario (15). La complicación se produce si se distingue entre incapacidad mental e incapacidad para gobernarse por sí mismo y se observa que la dificultad de expresión puede no afectar a la primera pero sí a la segunda y se continúa teniendo en cuenta que el Código se refiere a la última con carácter general y amplio.

Obsérvese el conocido y curioso caso planteado por la STS de 30 enero 1997: el notario, tras señalar el nombre de los herederos instituidos, hace constar en el testamento la posibilidad de que existiera “algún ligero error en alguno de estos nombres y apellidos, debido a la dificultad de pronunciación que tiene el testador”. Como quiera que, efectivamente, existían discrepancias entre los nombres y apellidos consignados y los de los parientes que pretendían ser los instituidos, se plantea y se resuelve un pleito por el motivo de la incertidumbre en la institución. Pero aquí nos interesa resaltar que algunos comentaristas de esta sentencia han apuntado cómo, más que por la vía del error, el planteamiento podrían haberse reconducido hacia una cuestión referida a la capacidad del testador (16).

Qué duda cabe de que los problemas de una persona para expresarse oralmente o, al menos, por escrito, aunque no afecten a su inteligencia, pueden constituir una enfermedad que le imposibilite valerse por sí mismo. La experiencia nos enseña casos de individuos con un nivel de inteligencia muy aceptable que pueden estar en una situación de incomunicación motivada por su dificultad de expresión, lo cual indudablemente afecta al “gobierno” de la persona.

(15) Es interesante la Res. de la DGRN de 31 agosto 1987 acerca de la posibilidad de comparecer en escrituras notariales el sordomudo que no sabe leer ni escribir.

(16) REGLERO, L. F., *Institución de herederos: Designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Pamplona, 1998, p. 74, donde cita a GORDILLO como de su misma opinión. La meticulosidad que se aprecia en la actuación del notario al consignar la salvedad o advertencia reproducidas me hace presumir su apreciación rigurosa de la capacidad del testador.

La modificación, tras la reforma de 1983, del artículo 200 C.c. (17) permite considerar la incapacidad de estas personas. La flexibilidad para graduar la misma y para acomodar los sistemas de guarda facilitan en gran medida el tratamiento del problema, para el que, por cierto, parece en principio recomendable la institución de la curatela.

Otro aspecto muy relacionado con la capacidad, aunque quizás deslindable de ella, cuyo tratamiento exige gran delicadeza, es el que podríamos denominar “falta de autonomía” del individuo, que se aprecia sobre todo en personas de edad muy avanzada, aunque no solamente en este sector de la población.

Puede observarse, por ejemplo, en los ancianos que cambian temporal y periódicamente de residencia, cuya voluntad negocial varía también según la persona con quien estén conviviendo en cada momento. No es extraño ver que modifican su testamento o intentan algún otro tipo de actuación jurídica, según el hijo con quien les toca vivir, lo cual, por lo demás, corresponde a su verdadera voluntad.

No creo que, en muchas ocasiones, pueda hablarse de enfermedad mental, pues sus facultades inelectivas son más o menos correctas y, por tanto, es difícil plantear la incapacidad. Tampoco me parece que, aunque quizás sea la noción más próxima, pueda hablarse de vicio del consentimiento, ya que probablemente no haya dolo, intimidación, ni mucho menos violencia por parte del otro. Sin embargo, la situación de dependencia prácticamente absoluta puede colocar al individuo en una posición que, si no es de verdadera incapacidad, se encuentra rayana con ella, ya que la influencia sobre la voluntad se produce por circunstancias personales del propio sujeto afectado, que quizás también cabría estimar como “deficiencias permanentes de carácter físico”.

Son algunos ejemplos de lo difuminado de la frontera que separa lo raro de lo insano, lo querido de lo inconsciente, la capacidad natural y la incapacidad, a cuya apreciación se dirige el juicio notarial.

II. El juicio notarial de capacidad. Concepto e historia

El juicio de capacidad es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idonei-

(17) Compárese la redacción del antiguo artículo 200, que se refería a los locos o dementes y a los sordomudos que no sepan leer y escribir, con la actual, que alude a los que padecen enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico.

dad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales.

Enumera el artículo 156 del Reglamento Notarial, entre los requisitos de la comparecencia de toda escritura, en su apartado 8.º, “la afirmación, a juicio del Notario y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera”. Y el artículo 167 añade, un tanto redundantemente: “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”.

Se puede entender implícito el juicio notarial de capacidad en la expresión documental tan frecuente del otorgamiento “enterados de su contenido, prestan su consentimiento y...” (18).

Pero además los preceptos antes citados lo consideran como un requisito formal de todas las escrituras públicas y el artículo 197 a *sensu contrario* lo extiende a algunas actas, concretamente, como ha distinguido con claridad la DGRN (19), aquéllas en que la actuación del notario no se limita a la apreciación de hechos externos, objetivables y totalmente independientes de la actuación de los implicados, sino que por sí mismas pueden tener eficacia en la conservación, ejercicio o defensa de derechos del requirente, en las cuales su validez y eficacia dependen de la capacidad y legitimación de los comparecientes.

La Ley Orgánica del Notariado de 1862 no alude a este aspecto de la actuación notarial, quizás por considerarlo ajeno a la misma y estimar el examen de la capacidad de la contraparte como una precaución a cargo de los propios contratantes. Es conocida la opinión de ULPIANO “qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet non ignarus conditionis eius” (20).

(18) NÚÑEZ-LAGOS, R., “Los esquemas...”, cit., p. 63; en el mismo sentido, TAMAYO CLARES, M., *Temas de Legislación Notarial*, publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 3.ª ed., Granada, 1994, p. 149.

Un antecedente de esta idea se encuentra ya en FERNÁNDEZ CASADO, M., “En el rigor de los principios, tampoco fuere menester que el Notario hiciese expresión de la capacidad de los otorgantes, bastaría con preceptuar que el Notario, bajo su responsabilidad, se abstuviese de autorizar el acto o contrato, siempre que, a su juicio, el otorgante careciese de capacidad legal, sobreentendiéndose de este modo que, en el mero hecho de proceder a su autorización, afirmaba implícitamente dicha capacidad” (*Tratado de Notaría*, Madrid, 1895, tomo I, p. 157).

Recientemente ha recogido este parecer la Res. de la DGRN de 11 junio 1999, al considerar que el juicio de capacidad puede considerarse implícito en la autorización del documento.

(19) Res. de 20 octubre 1994.

(20) Cit. por GIULIANI, A., “Il documento notatile”, II Congresso Internazionale del Notariato Latino, Milano, 1950, separata, p. 6. Pone de manifiesto cómo, en la legislación italiana, la comprobación de la capacidad sustancial (la de quien interviene en nombre propio)

Aparece por primera vez exigido el juicio de capacidad en la Instrucción de 12 junio 1861 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro, que señalaba: “Los Escribanos harán constar en toda escritura la capacidad legal de los otorgantes para celebrar el acto o contrato a que se refieran, expresando las circunstancias que según los casos determinen dicha capacidad”.

Esto produjo una poco deseable dualidad de régimen en la redacción de las escrituras, según éstas fueran o no objeto de inscripción (21), lo que provocó otra Instrucción reformada de 9 noviembre 1864, que hizo extensible a todas las escrituras la necesidad del juicio en cuestión.

Debió mostrarse el notariado receloso en principio con dicha novedad, porque la Academia del Notariado catalán adoptó una fórmula al respecto algo ambigua —“Asegurando (los otorgantes) y apareciendo tener la aptitud legal necesaria para celebrar este contrato...”—, que fue desautorizada por la Dirección General en oficio de 3 febrero 1886, apremiando a que no se sustituyese “capacidad” por “aptitud” (22).

En estas circunstancias, los primeros tratadistas notariales que se ocupan del juicio de capacidad insisten en el carácter puramente subjetivo de la apreciación que debe realizar el notario (23), sin apoyarse en el parecer de testigos o de los mismos comparecientes y excluyendo fórmulas en ese sentido ambiguas o inciertas: “Pareciendo tener...”, “Aseguran tener...”, “Creyendo haberme asegurado...” (24). También se llama la atención sobre los excesos formularios que llevaban a veces al notario a proclamar a los comparecientes “en plenitud de los derechos civiles” (25).

no está a cargo del notario, a menos que la incapacidad sea tan manifiesta que no requiera otra comprobación que la simple constatación del hecho, en cuyo caso está generalmente admitido que, a pesar de no existir una obligación expresa, el notario debe rehusar su intervención.

(21) Observa FERNÁNDEZ CASADO (loc. cit., p. 474) cómo podía suceder que en una escritura de mandato o de apoderamiento general no aparezca expresada la capacidad del principal y aparezca, en cambio, en las escrituras subalternas otorgadas por el mandatario, si son inscribibles.

(22) Tomo los datos anteriores de FERNÁNDEZ CASADO, loc. cit., p. 530.

(23) FERNÁNDEZ CASADO (loc. cit., p. 530) previene, por ejemplo, contra la costumbre en los contratos celebrados por mujer casada de manifestar con juramento que no obra “por seducción ni violencia de su marido”.

(24) VELASCO, A., *Derecho Notarial*, Madrid, 1941, p. 163.

(25) NOVOA SEOANE, R., *El progreso del instrumento público*, Madrid, 1910, p. 249: “No debe hacerse uso al calificar la capacidad de los otorgantes de la fórmula «se hallan en la plenitud de los derechos civiles, ni el pleno uso y goce de los derechos civiles», porque ni es necesaria tal declaración, pues el Notario debe contraerse a si están capacitados para el acto o contrato en que intervengan, ni en rigor de derecho hay persona alguna que disfrute el pleno de los derechos civiles, entre los cuales se halla el mismo Notario. Todas las personas tienen por razón de su estado natural o civil, o por su profesión, restricciones en la capacidad que excluyen el pleno uso y goce de los derechos civiles”.

Finalmente, la expresión del juicio de capacidad en las escrituras es recogida en un texto de Derecho positivo en el Reglamento Notarial de 1921, en términos que han venido permaneciendo de forma prácticamente inalterada hasta el actual.

La especialidad de nuestra reglamentación notarial consiste, según apunta ÁVILA ÁLVAREZ al clasificar los diferentes sistemas legales al respecto, en que no sólo el notario ha de llevar a cabo la actividad consistente en juzgar la capacidad del otorgante (como, en general, sucede en los notariados de tipo latino), sino que debe expresar en el instrumento el resultado de dicha actividad (26).

En efecto, si observamos, por poner un ejemplo próximo, el caso del notariado italiano, aunque se discute si el notario tiene o no obligación de asegurarse de la capacidad de las partes, la ley no lo exige específicamente y, menos aún, que se exprese en el documento, por lo que la doctrina considera prudente no hacerlo constar en éste (27).

La Res. de la DGRN de 21 enero 1993 consideró que no es defecto que impida la inscripción el que el notario exprese su juicio de “capacidad para esta escritura de compraventa”, cuando la misma escritura contiene también una previa adjudicación hereditaria. En mi opinión, el documento notarial es inscribible, aunque no exprese juicio de capacidad, pues, como se verá a lo largo de este trabajo, puede perfectamente considerarse implícito en la autorización del mismo, sin perjuicio de que su omisión constituya una falta reglamentaria (28).

III. Importancia de este aspecto de la función notarial

Apunta RODRÍGUEZ ADRADOS cómo la apreciación de la capacidad del otorgante, a diferencia de su identidad, ha sido considerada con frecuencia ajena a la función notarial por quienes siguen una doctrina muy generalizada, que tiene su fundamento en una concepción puramente sensorial de la función notarial (29). Sin embargo, la realidad de los

(26) ÁVILA ÁLVAREZ, P., *Estudios de Derecho Notarial*, 5.^a ed., Madrid, 1982, pp. 179 y 180.

(27) BENZI, B., *Il Notaio e l'atto notarile*, Pisa, 1950, pp. 69 y 70.

(28) Además de los muchos autores que apuntan en esta dirección, me parece que también puede entenderse recogida en la Res. de la DGRN de 11 junio 1999, que se cita en la nota 103 posterior.

(29) RODRÍGUEZ ADRADOS, “El documento en el Código Civil”, *RDN*, enero-marzo 1989, pp. 257 y 258. Reproduce la siguiente cita de LAURENT, que, por su interés, transcribo: “Los notarios tienen la costumbre de constatar que han hallado al testador sano de espíritu. Esta declaración no hace ninguna fe, porque el notario no tiene la capacidad ni la misión de comprobar el estado de las facultades intelectuales del testador; lo que dice a este respecto no

hechos y la propia lógica del sistema terminan por resaltar la trascendencia de este aspecto de la función notarial. Como señala GIMÉNEZ ARNAU, el juicio del notario sobre la capacidad del otorgante es una necesidad implícita en el mismo sistema de eficacia del documento notarial de tipo latino, basado en la autenticidad que presta la intervención del notario a la declaración externa de voluntad (30).

En cuanto a la importancia práctica, basta indicar el siguiente dato sociológico que BALLARÍN MARCIAL toma de MAURAUNY: más de la mitad de las fortunas de Francia se hallan en manos de septuagenarios; esto no es sino un aspecto que hace reflexionar a BALLARÍN sobre la dificultad que el examen de la capacidad supone para el notario, ya que el aumento del número de ancianos que acuden ante éste, a veces con más de ochenta o noventa años, situados en una zona gris de incapacitación, significa en muchas ocasiones un verdadero compromiso (31).

Con un punto quizás de exageración, pero también con un fondo de verdad, resaltaba VELASCO que “entre todos los problemas que plantea al Notario la autorización de un instrumento, ninguno es de tanta importancia y trascendencia como la apreciación de la capacidad de las personas que en ellos han de intervenir, a tal extremo que, fijada aquélla, el resto no suele ofrecer dificultades o las presenta de escaso valor” (32).

La trascendencia del juicio de capacidad radica en que ésta es el soporte del consentimiento, quien, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico. Los otros elementos de éste, la causa y la forma, han sido susceptibles de alguna evolución que implique cierto debilitamiento o atenuación. Así, por lo que respecta a la causa, además de las dificultades existentes para su clara configuración, se aprecian sistemas jurídicos en los que su papel se suaviza o incluso desaparece. Y, en cuanto a la forma, es bien conocida la progresiva “espiritualización” que sufren incluso los llamados negocios jurídicos solemnes o esencialmente formales.

Sin embargo, el consentimiento continúa soportando de modo prácticamente inmutable el peso del negocio jurídico, teniendo la capacidad

es, pues, más que un testimonio, y un testimonio hecho sin la observancia de las formalidades prescritas por la ley; de donde su declaración no hace fe alguna. Lo mismo sería de una declaración análoga que el notario hiciera con ocasión de un contrato”.

(30) GIMÉNEZ ARNAU, E., *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, p. 527.

(31) BALLARÍN MARCIAL, A., “Naturaleza y clases de «juicios» del Notario”, *AAMN*, tomo XXXV, Madrid, 1996, p. 532. La cita de MAURAUNY en nota 1.

Según datos aportados por N. NADAL (*La incapacitación*, Barcelona, 1999, p. 20), se considera que, a nivel mundial, en el colectivo mayor de 65 años, la incidencia de una demencia moderada o grave es del 5% y, por lo que respecta a la demencia leve, de un 10%.

(32) VELASCO, A., loc. cit., p. 157.

como el primer y más importante factor. Es cierto que ésta existe o no independientemente de que el sistema encargue a una persona que realice una actividad tendente a constatarla en cada actuación negocial. Incluso puede convenirse en que, cuando el sistema hace ese encargo, es posible que se produzcan fallos en dicha labor de apreciación, resaltando que la persona que se consideró capaz no lo era en realidad.

Pero me parece innegable que, en general, la mencionada actividad que desarrolla el notario asegurándose de la capacidad del otorgante reporta indudables ventajas y beneficios en un sistema de seguridad jurídica cautelar en el que la capacidad y la pureza del consentimiento suponen la base de todas las demás garantías (titularidad, legitimación, publicidad), que no son nada sin aquélla (33).

IV. Naturaleza

La apreciación por el notario de la capacidad de los otorgantes es considerada algunas veces “calificación”, en otros “juicio”; lo que parece rechazable en todo caso es la expresión “fe de capacidad” (34).

De “calificación” habló RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, a quien se debe probablemente el mayor esfuerzo en la construcción de una dogmática del Derecho notarial. En su conocido trabajo de 1945 “Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial” (35) establece dos estratos en que la fe pública notarial irradia sus efectos: en la de los hechos (*iuxta verum dictum*), como manifestación de verdad o realidad, y en la del Derecho (*iuxta legem actum*), como manifestación de legalidad. En el primer estrato, el acto documentado por el notario surte todos sus efectos ínte-

(33) Puede observarse, si se me permite una breve digresión, que posiblemente el único fallo encontrable en la contratación electrónica sea el aspecto relacionado con la capacidad de quienes intervienen en ella. Solucionada, al menos por el momento, la identificación mediante el sistema de las claves asimétricas, una pública y otra privada, queda sin resolver la cuestión de si la persona que aprieta la tecla del ordenador “entiende y quiere” lo que está haciendo.

(34) Esta expresión es reprochada y aclarada al recurrente por la Res. de la DGRN de 14 junio 1977. También se encuentra impropiedadmente utilizada en alguna doctrina del TS, como en la tantas veces citada S. 26 marzo 1923 (“no se ha demostrado que al solemnizar dichas escrituras se hallase en estado de demencia, puesto que el Notario autorizante da fe de su capacidad”). Quizás el error proceda de la primera edición del Código civil, donde —como es bien conocido— se decía que el notario deberá “dar fe” de la capacidad del testador, lo cual fue muy contestado, llegándose con el debate a la segunda y reformada edición en que se exigía al notario sólo que se asegurase de dicha capacidad (véase la extensa referencia a la cuestión debatida por los Cuerpos Colegisladores en RODRÍGUEZ ADRADOS, loc. cit., pp. 255-261).

(35) AAMN, tomo I, 1945; corresponde a una conferencia pronunciada en 1943.

gramente mientras una sentencia no declare su falsedad; en el segundo estrato, el negocio jurídico contenido en la escritura pública es legal y válido *iuris tantum*, mientras una sentencia firme no declare su nulidad (p. 447). En este segundo estrato se sitúan las calificaciones del notario que engendran en juicio presunciones *iuris tantum*; fuera de juicio, legitimaciones para el tráfico (p. 451). La capacidad natural es objeto de una calificación por parte del notario y engendra la presunción *iuris tantum* de la capacidad jurídica (p. 455).

Posteriormente, en 1953, insiste en esta orientación, observando cómo el notario en el instrumento “a lo sumo hace algunas calificaciones –juicio de capacidad e identidad de los comparecientes, *nomen iuris* del acto, etc.– que son actos más de entendimiento que de voluntad” (36).

Siguen esta línea, en cuanto a la apreciación de la capacidad por el notario como una “calificación”, remitiéndose expresamente a la doctrina de NÚÑEZ-LAGOS, GIMÉNEZ ARNAU (37) y TAMAYO CLARES (38). También GOMÁ SALCEDO encuadra esta actividad dentro de las calificaciones, en las que el notario formula juicios, haciendo uso de sus conocimientos (39).

Por otra parte, GONZÁLEZ PALOMINO (40) emplea el término “juicio”, expresión que se encuentra muy difundida en la práctica y que se hace eco de la utilizada por el Reglamento Notarial. En esta línea puede también situarse la aportación del último autor dentro de la doctrina notarialista que se ha ocupado de esta cuestión, BALLARÍN MARCIAL, aunque su argumentación corre más por caminos filosóficos que propiamente jurídicos. Siguiendo a KANT, vía FERRATER MORA, cree que los juicios deben dividirse en asertóricos, problemáticos y apodícticos; el juicio notarial de capacidad puede estimarse como problemático; en él entra en juego el concepto o la idea de probabilidad: aunque el juicio no pueda descansar en la certeza absoluta, sí se apoya en una probabilidad razonable (41).

Para acabar, aludiré a una de las últimas construcciones hechas en relación a la función notarial, la realizada por MEZQUITA DEL CACHO, para quien el juicio de capacidad, dentro de su peculiar elaboración del sistema cautelar de seguridad jurídica, se configuraría como una función genérica técnica endoactiva o inmanente, dirigida a que “toda relación jurídica-privada nazca sin damnosidad para los actuales o potenciales ti-

(36) NÚÑEZ-LAGOS, R., “Los esquemas...”, cit., p. 116.

(37) GIMÉNEZ ARNAU, loc. cit., p. 530.

(38) TAMAYO CLARES, M., loc. cit., p. 149.

(39) GOMÁ SALCEDO, J. E., *Derecho Notarial*, Madrid, 1992, p. 119.

(40) GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, p. 501.

(41) BALLARÍN MARCIAL, loc. cit., pp. 539-541.

tulares de los intereses a que afecta, si, por especiales circunstancias, no pudieran autotutelarse" (42).

Dentro de la relativa intrascendencia que tiene este apartado, me parece particularmente interesante la opinión de ESCOBAR DE LA RIVA, quien distinguió entre la capacidad natural (hallarse en pleno uso de las facultades psíquicas), que es una cuestión de hecho que el notario comprueba y afirma, y la capacidad legal (o de obrar), que el mismo califica (43). Volveré inmediatamente sobre esta idea, ya que, en efecto, creo que el carácter de la labor del notario respecto a la capacidad de los otorgantes está en relación con el alcance, extensión y contenido que se dé a la misma.

V. Alcance y contenido del juicio notarial de capacidad

El primer aspecto que debe ser objeto de observación notarial en la materia que nos ocupa es la capacidad natural del compareciente en el sentido, como observó D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, de que concurren en él las condiciones necesarias de "conciencia, libertad, voluntad, discernimiento y seriedad", teniendo en cuenta, por seguir con las consideraciones del mismo autor, que el notario no expide certificados de integridad mental de los contratantes (43 bis). Se limita a constatar un hecho, sobre el cual da una opinión: que el otorgante alcanza el suficiente grado de conocimiento y voluntad para que le resulte imputable, desde el punto de vista civil, el acto que pretende realizar.

Constituye, a mi parecer, esta apreciación de la "capacidad natural" el verdadero núcleo del juicio notarial de capacidad (44). Lo demuestra, según creo, la referencia que a la capacidad hace el artículo 207,2 RN, que se refiere al excepcional supuesto del documento privado que ha de surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental, documento que se presenta al notario para que legitime la firma.

En el acta que el mencionado precepto ordena preparar en tal caso, deberá el notario "emitir en cuanto posible el juicio de capacidad legal o

(42) MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*, vol. 2.º, Barcelona, 1989, pp. 213 y 214.

(43) ESCOBAR DE LA RIVA, E., *Tratado de Derecho Notarial*, Alcoy, 1957, p. 308.

(43 bis) GONZÁLEZ, J., "Las conferencias del Dr. Ferrara. I. Incapacidad natural e incapacidad legal para contratar", *RCDI*, 1928, pp. 430-433.

(44) Como se verá más adelante, el enjuiciamiento de la capacidad de obrar presupone una calificación jurídica y, referido a otros aspectos del control de legalidad —como la legitimación o la titularidad— sale completamente fuera del ámbito de la capacidad.

civil". Pero este juicio sólo puede referirse a la capacidad natural (ni siquiera comprobable por una conversación con el otorgante, cuya lengua se desconocerá normalmente), ya que el notario no sabrá la legislación sobre su estado civil que determine su capacidad de obrar (en algún caso, tampoco la edad en la que se alcanza la mayoría legal), ni mucho menos cuestiones relacionadas con la legitimación, prohibiciones legales, etc.

El examen por el notario, dice BALLARÍN MARCIAL, mediante "una conversación de cierta envergadura con el interesado, bastará en la mayoría de los casos para cerciorarse de que sabe lo que va a firmar y conoce sus consecuencias" (45). Me parece aconsejable en la práctica que, ante cualquier sospecha, dicha entrevista o conversación sea a solas, sin la presencia de familiares o acompañantes, que tienden a interferir el proceso de observación del notario (46).

No puedo estar de acuerdo con el últimamente mencionado autor en que "en caso de duda, se utilizarán los medios previstos en el testamento" (47). Debe referirse probablemente al supuesto del artículo 665 C.c., que requiere la presencia de dos facultativos que reconozcan al testador y respondan de su capacidad. Sin embargo, este precepto se refiere a un caso muy concreto: el del incapacitado en virtud de sentencia que pretende otorgar testamento en lo que la redacción del artículo anterior a la reforma de 1991 denominaba "intervalo lúcido". Como ha señalado la STS de 19 septiembre 1998, "el juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrida descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa" (48).

Es cierto que en la práctica está bastante difundida la costumbre de llamar a médicos como testigos de la escritura, en casos dudosos de capa-

(45) BALLARÍN MARCIAL, loc. cit., p. 532.

(46) La ciencia psiquiátrica propone un test o minexamen cognoscitivo (MEC), que permite evaluar la capacidad intelectual en cinco o diez minutos, sin ninguna complicación material y realizable por personal no especializado. Se deriva del instrumento original de Folstein y Mc. Hugh (1975) y ha sido desarrollado en nuestro medio por Lobo y colaboradores (1979) (ponencia presentada por el Dr. Santiago DELGADO en las Jornadas sobre "Los discapacitados y su protección jurídica", organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General del Notariado, celebradas en Madrid en noviembre de 1999).

(47) BALLARÍN MARCIAL, loc. cit., p. 532.

(48) En el caso objeto de la sentencia citada, en que se dilucida en último término la propiedad de la obra del afamado pintor Benjamín Palencia, comparecen como testigos en el testamento de su hermana (que no estaba incapacitada) tres médicos psiquiatras de la clínica donde estaba internada, a pesar de lo cual -y del juicio favorable del notario- el Tribunal aprecia la incapacidad de la testadora.

También contempla un supuesto parecido la STS de 11 diciembre 1962: "no modifica los términos de la cuestión el hecho de que el propio Notario, innecesariamente pero con loable cautela, requiera un previo dictamen facultativo, cuyo resultado tampoco merma las facultades de la Sala para la apreciación conjunta de la prueba".

cidad. Pero dicha práctica sólo puede ser entendida, en mi opinión, en el sentido de que el criterio del especialista pueda ayudar al notario a salir de la duda en sentido positivo, única hipótesis en que deberá autorizar el instrumento, con un juicio favorable de capacidad que se basa en su personal criterio. Si el notario, tras conocer la opinión del médico, sigue teniendo duda, lo que debe hacer simplemente es abstenerse de autorizar la escritura.

El segundo aspecto sobre el que versa la apreciación notarial es el de la capacidad de obrar del compareciente, en el sentido de aptitud para un determinado acto o contrato, a tenor de las disposiciones legales, o, si se quiere, a su estado civil, prohibiciones legales, etc. En la medida en que supone un criterio de adecuación de una concreta actuación al ordenamiento, se trataría de una calificación jurídica. Pensemos, por poner un ejemplo, en el caso en que se dilucida si el menor emancipado puede comprar por sí solo un piso subrogándose en el préstamo hipotecario que lo grava (49).

Obsérvese que sólo en este punto, referido a la capacidad de obrar, concurre la calificación notarial con la registral (art. 18 LH), sin que sea éste la ocasión de ponderar o criticar este sistema de doble calificación. Lo único que me interesa en este momento destacar es que la calificación registral sobre la capacidad no se extiende a la capacidad natural, que por definición supone una inmediatez al otorgante que sólo el notario puede apreciar.

Y me parece interesante en este punto, para terminar, plantear un problema y realizar una observación.

El problema consiste en qué sucedería si se presenta en el Registro una escritura en que el notario ha asegurado la capacidad y al registrador le consta –por conocimiento personal, por ejemplo– que el otorgante carece de dicha capacidad natural, habida cuenta de que el precepto hipotecario antes citado alude como únicas fuentes para la calificación del registrador a lo que resulte del contenido de las escrituras y de los asientos del Registro.

Se refiere la observación aludida a que prácticamente toda la jurisprudencia que tiene que ver con el juicio de capacidad se refiere a impugnaciones por falta de la capacidad natural (en este sentido identificable, como he dicho en el capítulo anterior, con la capacidad de obrar), mientras que las resoluciones de la DGRN recaídas en recursos gubernativos contra calificaciones del registrador que tienen por objeto controversias

(49) Véase sobre este complejo negocio jurídico el interesante estudio de GONZÁLEZ BOU, E., “Problemas de capacidad relativos a las compraventas con subrogación de hipoteca y a las compraventas con hipoteca en el Derecho catalán”, *La Notaría*, Març, 1999, pp. 19 y ss.

sobre la capacidad lo son en relación a diferencias de criterio sobre la capacidad de obrar en un cierto acto (necesidad de algún complemento de capacidad, intervención de defensor judicial, etc.).

Un paso más, en cuanto al alcance o contenido del juicio notarial de capacidad fue dado por LÓPEZ GARZÓN, al entender que debe abarcar no sólo la aptitud jurídica del sujeto en sí (atendida su edad, estado civil, regionalidad, sanidad mental, etc.), sino también en relación con el objeto a que se refiere el negocio documentado (ausencia de prohibiciones de disponer, alienabilidad del derecho y, sobre todo, titularidad) (50). En su opinión, la expresión “les juzgo capaces para este acto”, que con sobriedad emplea el notario, en realidad quiere decir “Los comparecientes tienen, a mi juicio, capacidad de goce y de ejercicio y, además, el transmitente, ausencia de prohibiciones dispositivas y titularidad sobre el derecho que enajena, que, asimismo, es enajenable” (51).

Siguiendo esta misma línea, de la titularidad, conectada o no con una autorización para actuar, deriva, según A. GARCÍA-BERNARDO, la legitimación, nuevo concepto que aparece en el camino y que el artículo 167 RN, en opinión del mencionado autor, confunde con la capacidad de obrar. La distinción entre ambos conceptos es particularmente necesaria, continúa diciendo GARCÍA-BERNARDO, en las relaciones jurídico-reales, ya que “no puede transmitirse el dominio de una finca sin tener titularidad dominical de la misma o estar autorizado por el dueño y no podría afirmarse que es incapaz quien pretendiese transmitir inmediatamente una cosa ajena, aunque sí que no está legitimado” (52).

Sin entrar en demasiadas profundizaciones, creo que debe quedar claro que la titularidad y la legitimación son aspectos necesarios para el control de legalidad que realiza el notario, pero distintos de la capacidad, figura que se basa en las condiciones personales del compareciente. Me parece que tampoco debe mezclarse con la calificación de la representación (53), donde el autorizante califica la suficiencia de las faculta-

(50) LÓPEZ GARZÓN, J., “Titularidad y fe de conocimiento”, *RDN*, 1955, enero-marzo, p. 271.

(51) LÓPEZ GARZÓN, loc. cit., p. 274.

(52) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *Técnica jurídica y práctica notarial*, 1964. Todas las citas en p. 341.

Por su parte, GOMÁ SALCEDO observa que el RN trata unitariamente el juicio de capacidad y el de legitimación; por tanto, el juicio notarial debe extenderse a la representación, poder de disposición o, en general, a la legitimación (loc. cit., pp. 119 y 120).

(53) J. M. CHICO y C. RAMÍREZ entienden que la calificación de capacidad del notario “debe comprender “no sólo la capacidad, sino también la inexistencia de prohibiciones, así como las asistencias y complementos de capacidad necesarios para la validez del acto. En el supuesto de representación comprende la capacidad del representante y del representado y la suficiencia y legalización del poder” (*Temas de Derecho Notarial*, Madrid, 1972, p. 74).

des representativas atribuidas al representante por la Ley o el poder (54).

Cabe señalar, por último, que también se produce en esta materia una dación de fe, aunque la misma no afecta a la capacidad, sino a la actividad del propio notario. Tiene lugar cuando éste afirma que ha examinado al compareciente y que le ha estimado capaz. Como ha observado la Res. de la DGRN de 7 enero 1992 –que quizás sea aquella en que el Centro Directivo se ha expresado con mayor profundidad sobre esta materia– el notario “se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública sólo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado”.

De todo lo cual es posible concluir que la apreciación notarial de la capacidad lleva consigo un juicio sobre la capacidad natural del otorgante, una calificación jurídica referida a su capacidad de obrar y legal y una dación de fe en cuanto a la propia actividad del notario a ese respecto.

VI. Valor

La doctrina que ha estudiado el valor del juicio notarial de capacidad ha estado, en mi opinión, obsesionada en exceso por su consideración como medio de prueba en caso de impugnación por una posible falta de capacidad natural. No se ha ponderado tanto el aspecto que ofrece como instrumento para el control notarial de legalidad. Examinaré finalmente el carácter que tiene el juicio de capacidad como requisito formal o solemne de determinados actos, en concreto el testamento, por mor de lo dispuesto en el artículo 685 C.c.

a) Como medio de prueba.

Ante la falta de una norma legal expresa, la determinación del valor que deba darse al juicio notarial de capacidad en caso de impugnación

(54) El encuadramiento de una capacidad en el sentido estricto que acabo de exponer, dentro de otra noción más amplia de capacidad que abarcaría conceptos tan técnicamente difusos como la legitimación o incluso el poder de disposición, puede apreciarse en el Anteproyecto privado sobre un Reglamento Notarial presentado por el decano Julián DÁVILA en 1953 a la Junta Directiva del Colegio Notarial de Granada, que en forma mecanografiada se encuentra en la Biblioteca de dicho Colegio:

“ART... DE LA CAPACIDAD EN LAS ESCRITURAS.— El Notario expresará, en vista de lo dispuesto en las leyes y reglamentos, que el compareciente tiene capacidad legal para otorgar el acto o contrato de que se trate. Este juicio de capacidad comprenderá todo lo referente a la capacidad del compareciente, a sus facultades de disposición, al poder para la representación y en general para que pueda ser sujeto de la situación jurídica creada en el mismo instrumento.”

del acto por carecer de ella el otorgante ha tenido que ser realizada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Hay que decir ante todo que es éste uno de los puntos en que la jurisprudencia, abundantísima, como no puede ser menos, dada la frecuencia práctica del supuesto de hecho y su decisiva influencia sobre la eficacia de los negocios jurídicos, se ha mantenido de un modo más constante y uniforme.

Sin un ánimo exhaustivo, que sería imposible desarrollar aquí, se puede decir que, aunque hay precedentes muy anteriores, es sobre todo a partir de la STS de 16 febrero 1945 (el documento público no hace fe de la verdadera capacidad de los otorgantes, cuando ésta es sometida en el pleito a la apreciación del juzgador), el momento en que la línea jurisprudencial ha quedado establecida: STS de 21 marzo 1952 (la afirmación por el fedatario de que a su juicio es capaz el compareciente constituye una presunción *iuris tantum* de exactitud que los tribunales pueden y deben revisar mediante prueba suficiente en contrario); 11 diciembre 1962 (el juicio del notario y de un previo dictamen facultativo no merman las facultades de la Sala para la apreciación conjunta de la prueba); STS de 10 noviembre 1969 (la estimación de la capacidad hecha por el notario ha quedado plenamente desvirtuada mediante las pruebas practicadas en el pleito, reiterando la doctrina de la presunción *iuris tantum*).

Entre las más recientes, la STS de 26 abril 1995 (las pruebas para desvirtuar la capacidad apreciada por el notario deben ser muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre), la de 24 julio 1995 (que dice “agotar” la doctrina jurisprudencia en esta materia y, por tanto, volveremos luego sobre ella), otra de 27 noviembre 1995 (la cual sigue un criterio muy frecuente en estas sentencias, que, tras un montón de elogios sobre la honorabilidad y profesionalidad de los notarios, anula el testamento por falta de capacidad del testador), 27 enero 1998 (la presunción *iuris tantum* de la capacidad aseverada por el notario no queda desvirtuada por el hecho de que se tratase de un día, 20 de julio, de mucho calor y las dos de la tarde, pues no cabe concebir que esta circunstancia pudiese alterar los deberes del notario) y, por último, la de 4 mayo 1998 (la prueba en contrario a la presunción *iuris tantum* producida por la apreciación notarial de capacidad no debe dejar margen racional de duda).

Como he señalado hace un momento, la STS de 24 julio 1995 resume de modo bastante completo la doctrina jurisprudencial sobre esta materia en el siguiente sentido (se trata de un testamento, pero puede entenderse referida al otorgamiento de cualquier otro negocio jurídico): a) La capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario. b) La apreciación de esta capacidad ha de ser hecha

con referencia al momento mismo del otorgamiento. c) La afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revisite especial relevancia de certidumbre. d) Por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde al juzgador de instancia.

Se puede decir que este parecer jurisprudencial —mezcla del juicio notarial con los demás medios en el cajón de sastre de la apreciación conjunta de la prueba— motiva una ligera pesadumbre en la doctrina notarialista, de la que tal vez se puede entresacar la opinión de que la apreciación notarial de la capacidad sería merecedora de una más importante consideración, habida cuenta de que la presunción de capacidad la tiene ya de por sí todo otorgante, según reiteradísima jurisprudencia (55).

SANAHUJA se queja en cierto modo de la rebaja que, en cuanto al valor probatorio del documento notarial, se produce al admitirlo en concurrencia con otros medios de prueba (56). LÓPEZ PALOP —se supone que debido a la endeblez atribuida al juicio notarial de capacidad— considera esta materia como “semillero de donde brotan la mayoría de las nulidades e ineficacia de los documentos notariales” (57). Y CÁMARA entiende que es la parte más débil que las calificaciones notariales producen en orden a la presunción de legalidad (58). Todo ello, a pesar de que, de forma optimista, don JERÓNIMO GONZÁLEZ había vaticinado en 1928 que “la fórmula notarial supone un baluarte muy difícil de asaltar con la prueba no auténtica” (59).

En mi opinión, sin embargo, dadas las bases de nuestro sistema de documentación pública, la doctrina jurisprudencial no podría ser otra y debe considerarse, en líneas generales, acertada (60).

(55) Esta postura en relación al valor probatorio del juicio notarial de capacidad es un exponente concreto de la queja que, con carácter general respecto de la valoración del instrumento público y la posibilidad de que su veracidad sea revisada por los Tribunales, se observa en la doctrina notarialista de los años cuarenta. Una “llamada al orden”, hecha con su proverbial mesura, puede encontrarse en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, pp. 89-92, tras exponer lo que el denomina “soluciones radicales”.

(56) SANAHUJA, J. M., *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, 1945, tomo II, p. 437.

(57) Citado por ESCOBAR DE LA RIVA, loc. cit., p. 308.

(58) Citado por TAMAYO CLARES, loc. cit., p. 150.

(59) GONZÁLEZ, J., loc. cit., p. 433.

(60) La doctrina jurisprudencial es prácticamente la misma en Italia, donde el sistema notarial y el legal, en general, es tan próximo al nuestro. El Tribunal de Casación ha establecido que la declaración del notario acerca de la sanidad mental del testador, aunque no hace fe, constituye un válido elemento de prueba (Cass. 2 agosto 1966), que, sin embargo, puede ser

El notario no es un técnico en la valoración de la salud mental de las personas, aunque debe reconocerse que, sobre todo después de unos años de ejercicio profesional, alguna experiencia sí que tiene en la materia.

Por lo demás, el aprecio hecho por los tribunales de la calificación notarial es mayor de lo que a primera vista se puede deducir del examen de las sentencias del TS. Efectivamente se observa entre éstas un alto número de casos en que se declara la incapacidad del otorgante a pesar del juicio positivo del notario (61).

Me complace señalar, no obstante, que, tras la investigación de las decisiones judiciales que he realizado con motivo de este trabajo, se puede alcanzar una sorprendente conclusión, ya que la verdadera clave de la cuestión debe buscarse en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, hasta ahora difícilmente asequibles, pero que hoy lo son con extrema facilidad en las bases de datos informatizadas de las editoriales y empresas especializadas al alcance de los profesionales.

En efecto, si se tiene en cuenta el importantísimo dato de que la capacidad es una cuestión de hecho que queda a la apreciación del Tribunal de Instancia, el criterio de éste es muy raramente modificable por dicha causa en casación, a donde en buena lógica sólo pueden llegar los casos muy evidentes de desacuerdo del juzgador en tal apreciación. Y en las sentencias de estos tribunales de rango inferior que he podido examinar es abrumadoramente mayor el número de sentencias que ratifican el criterio del notario autorizante que el que se aprecia en las sentencias del Tribunal Supremo.

Para terminar con este apartado, aludiré a una última cuestión –que late en el fondo de algunas decisiones jurisprudenciales, no siempre con demasiada claridad– consistente en la determinación de qué tipo de prueba, de entre las definidas por la Ley, constituye el juicio notarial de capacidad.

contestado con cualquier otro medio, sin necesidad de querella por falsedad (Cass. 15 julio 1968 y 18 agosto 1981). Debo los datos anteriores a mi buen amigo E. Calò, Ricercatore del Consiglio Nazionale Italiano del Notariato.

(61) Ya he dicho anteriormente que casi siempre la declaración judicial de incapacidad viene precedida de una protesta sobre la profesionalidad y prestigio notariales, muy de agradecer desde dicha posición.

No obstante, en algún caso muy aislado y que verdaderamente constituye excepción que confirma la regla, la actuación notarial aparece como un verdadero cúmulo de despropósitos: en los hechos que aparecen probados en la STS de 24 julio 1995 resulta que el notario se trasladó al domicilio del hijo del testador, no recuerda nada de lo allí ocurrido, pero manifiesta que, si se le hubiera advertido de la enfermedad que éste padecía, no hubiera autorizado el acto; los testigos declaran que el testador no hizo ninguna manifestación, ni pronunció una sola palabra durante el acto del otorgamiento, pues incluso cuando el notario leyó lo que ya tenía escrito, permaneció callado y, en su opinión, no era consciente del acto.

No se trata, evidentemente, de una prueba pericial, ya que, como se ha dicho antes repetidamente, el notario no es técnico en la materia. Tampoco parece que sea con propiedad un testigo, a menos que sea llamado como tal al proceso (62).

La doctrina del TS, que se ha expuesto anteriormente, alude con reiteración al concepto de presunción (63).

A mi parecer, el juicio de capacidad como medio de prueba debe enmarcarse en el ámbito documental. Algunas sentencias del TS, que suelen citarse como contrarias a ese criterio, se pueden entender en el sentido de que niegan al juicio notarial de capacidad el carácter de documento auténtico para no dar pie en su momento a la vía casacional del antiguo artículo 1.692-7.º LEC (antes de la reforma de 1992: error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador) (64).

Pero eso sólo quiere decir que la fe pública notarial no puede extenderse al juicio de capacidad, lo cual no es más que una consecuencia lógica del sistema probatorio de la documentación pública en el sentido que la jurisprudencia ha entendido tradicionalmente el artículo 1.218 C.c. Así, por poner sólo un ejemplo: STS de 16 diciembre 1972: “el valor probatorio que el artículo 1.218 C.c. reconoce a los documentos públicos, respecto del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha del mismo, no es desconocido por el Tribunal *a quo*, más la aseveración de la capacidad de la otorgante por el Notario que autoriza el documento, al que venimos refiriéndonos (escritura de comunicación foral vizcaína de bienes y donación), no pasa de una mera presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario”.

Por tanto, como es evidente, la actuación del notario en relación a la capacidad del compareciente creo que debe estimarse como forma de

(62) La STS de 25 junio 1990 contempla la presencia del notario con la figura procesal de coadyuvante con la posición de una de las partes del proceso (en este caso, el demandado). Sobre la posibilidad, necesidad o conveniencia de que el notario sea llamado o se persone en el juicio de impugnación, véase RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *La intervención del Notario autorizante en el proceso civil*, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1962.

(63) Un brillante análisis del juego de las presunciones, con apoyo sobre todo en CARNELUTTI, puede verse en CÁMARA, M., “El Notariado Latino y su función”, *RDN*, 1972, abril-junio, pp. 265-271.

Para GARCÍA RIPOLL, la prueba que lleva al juez a considerar sin capacidad a un contratante en el momento de la celebración del contrato es siempre de presunciones (art. 1.253 C.c.), pues los peritos y testigos no estaban allí; sus declaraciones se refieren a su situación mental en esa época, de donde cabe deducir la imposibilidad de actuar con capacidad (*La protección del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992, p. 177).

(64) Un completo análisis de este antiguo precepto en la dogmática casacional, en NÚÑEZ-LAGOS, R., “Documento auténtico en la casación civil”, dentro de los *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1986 (recopilación de sus trabajos en la materia), tomo II, pp. 535 y ss.

expresión documental en que se da fe de que el autorizante ha realizado un juicio que no hace fe, pero sí otorga una “especial relevancia de certidumbre” (65) contra la cual la prueba debe ser “muy cumplida y convincente” (66).

En mi opinión, la ponderación positiva del juicio notarial de capacidad, surge, por un lado, de su inmediatez al otorgamiento y, por otro, de su experiencia. El notario es el único (eventualmente, con los testigos) que está presente en el momento en que se presta el consentimiento que determina la validez del acto. Los dictámenes periciales –que tan frecuentes suelen ser en este tipo de pleitos– se basan normalmente en indicios, síntomas coetáneos que, en puridad de razonamiento, sólo pueden dar lugar a una presunción más o menos vigorosa. Junto a ello, el notario, a diferencia de los posibles testigos, en la inmensa mayoría de los casos, acumula una experiencia que hace a su juicio al respecto merecedor de que se le considere, ya que no el de un técnico, sí, al menos, el de un “experto”.

b) Como instrumento del control de legalidad.

No es este el momento de detenerse en la importancia del control de la legalidad del documento como tarea del notario en su función garante de la seguridad jurídica, que D’ORAZI FLAVONI resumía como “el negocio perfecto en el documento perfecto” (67). Con mayor extensión RODRÍGUEZ ADRADOS ha puesto de manifiesto cómo la función notarial tiende a conseguir la “certeza de la aplicación del Derecho objetivo a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda” (68).

(65) Esta expresión ha tenido fortuna y es utilizada en numerosas ocasiones en las sentencias (la he detectado por primera vez en la STS de 23 marzo 1944). Para R. MARTÍNEZ DIE la “especial relevancia de certidumbre” que el Tribunal atribuye al juicio de capacidad es una consecuencia del “valor y efectos de la fe pública extrajudicial en los términos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, si bien, a mayor abundamiento, nuestro más Alto Tribunal en consideración a la esencia de la función notarial, más que por razones de cortesía institucional, suele apelar a la seriedad y prestigio de que goza la institución que la ejerce” (“Comentario a la STS 19 septiembre 1998”, *La Notaría*, Gener, 1999, p. 311).

(66) STS de 10 septiembre 1997: Expresiones tales como “pudiera haber existido una alteración de su capacidad psíquica, sin poder precisar el grado de la misma” o “la capacidad de comprender y consentir de doña Pilar podría estar adversamente afectada, en la fecha del otorgamiento del negocio jurídico que nos ocupa”, contenidas en los informes periciales, son insuficientes tanto por su formulación condicional como por carecer de fuerza para destruir la enérgica presunción de capacidad que le otorga la fe notarial.

(67) Citado por A. RODRÍGUEZ ADRADOS en “La seguridad jurídica sustancial de los actos jurídicos” dentro del Seminario sobre Seguridad Jurídica, UIMP, Santander, 1988, p. 73.

(68) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La Función Notarial y los Principios y Valores Constitucionales”, *RDN*, 1983, abril-junio, p. 476.

Qué duda cabe de que uno de los aspectos más trascendentales —quizás el más importante, en la medida en que es presupuesto del consentimiento y éste es el fundamento de todo negocio jurídico— del control que el notario debe realizar es el de la apreciación de la capacidad de los otorgantes. Al desarrollar tal actividad, el notario, que no autoriza la escritura a quien no tiene capacidad suficiente, ejerce dicho control de legalidad por la vía que LÓPEZ BURNIOL ha llamado del “control-rechazo, del control-denegación” (69).

En tal cometido, el notario goza de total independencia y, puesto que no existe medida legal objetiva de la capacidad natural, de una completa libertad, que suele normalmente usar con prudente criterio.

La DGRN ha tenido ocasión de reconocerlo al pronunciarse generalmente en expedientes de queja o contra denegaciones del notario a autorizar actuaciones del que creyese incapaz o contra autorizaciones de documentos otorgados por quien estimó que lo era y que posteriormente plantean reclamaciones por parte de parientes o herederos presuntamente perjudicados.

La Resolución que, según mi criterio, más extensa y acertadamente se ha ocupado de este aspecto es la de 7 de enero de 1992, que, entre otras muchas cosas,

- señala como la declaración notarial sobre la capacidad del otorgante no asegura de forma indubitada e incuestionable que tal juicio se corresponda con la realidad mental.

- resume la jurisprudencia del TS sobre su valor probatorio.

- afirma que una eventual declaración judicial apreciando el defecto de capacidad no implica necesariamente que el notario haya incurrido en responsabilidad, por cuanto éste se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad, y la fe pública sólo ampara la declaración de que tal parecer ha sido formulado.

- y concluye que todo ello no obsta a que quede abierta la posibilidad de incoar un expediente disciplinario para el caso de que se formule tal declaración judicial, siempre que de ella resulte no sólo la inexactitud del juicio de capacidad, sino que aquella fue debida a una incorrecta actuación notarial.

¿Implica la denegación de su ministerio a quien el notario considere sin suficiente capacidad natural una privación de derechos a éste o un atentado a su personalidad?

GARCÍA RIPOLL ha observado, con cierto tono de crítica, que por la

(69) LÓPEZ BURNIOL, J. J., “La escritura pública”, en *Estudios sobre Derecho Documental*, ed. por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, p. 77.

vía de negar que pueda prestar consentimiento el loco no incapacitado judicialmente se está creando de hecho una causa de incapacidad sin declaración judicial (70). Aunque me parece que el sentir del autor va por otro camino (concretamente por considerar anulable y no inexistente lo actuado por el loco no incapacitado), es evidente que todo rechazo de una pretensión de actuación supone en cierto sentido una merma de los posibles derechos de una persona.

Pero eso sólo resulta de una visión superficial del tema, por varias razones. Porque es el propio ordenamiento el que impone al notario un control de legalidad en la capacidad y lo deja a su prudente criterio, en el que siempre hay que presumir buena fe. Porque la posible denegación se realiza en el interés del mismo aparentemente incapaz y la práctica nos dice que, en tales casos, el mayor disgusto suele ser de los presuntamente favorecidos por el otorgamiento denegado. Porque la disfunción que pueda producirse en algún caso concreto, por ejemplo, por error en la apreciación denegatoria del notario, se ve compensada por las ventajas que en la inmensa mayoría de los casos supone esta especial aplicación del control de legalidad.

Lo que me resulta difícil de compartir es el parecer sentado por la STS de 19 septiembre 1998 en el sentido de que el juicio de la capacidad del otorgante por el notario necesariamente ha de relacionarse con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer (71).

Y no me parece acertado lo anterior por dos razones. En primer lugar, porque la capacidad que se tiene en cuenta por el ordenamiento jurídico para facultar a una persona para actuar es aquella que le basta “para gobernarse por sí mismo”, no para realizar actos simples o complejos. Y, en segundo lugar, porque el expresado criterio desconoce un elemento esencial de la actividad notarial que es redactar el documento conforme a la voluntad de los otorgantes, “la cual (el Notario) deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico”, informando a aquéllos del valor y alcance de su redacción (72).

(70) GARCÍA RIPOLL, loc. cit., p. 174.

(71) Es también crítico con esta valoración que hace la sentencia, R. MARTÍNEZ DÍE (loc. cit., p. 311), para quien “de mantenerse (tal doctrina) puede generar gran inseguridad jurídica en provecho del subjetivismo hermenéutico”.

(72) Artículo 147 RN. La función notarial, tal como la definió el Congreso fundacional de la UINL en Buenos Aires, 1948, consiste en “recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”.

En relación con el inciso primero de dicha declaración (“recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes”), que es el que aquí nos interesa, se ha hablado de una tarea de verdadera “creación o elaboración jurídica” (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., MANRIQUE, F., y MOLLEDA, J. A., “Comprobación notarial de hechos”, *RDN*, 1969, abril-junio, p. 276).

Si todos los testadores, por ejemplo, tuvieran que comprender perfectamente el funcionamiento de la legítima, con el juego diferente de sus dos tercios, se dejarían de autorizar un buen número de testamentos. Y todavía hoy en día, varios siglos después del funcionamiento de nuestro sistema sucesorio en forma básicamente inalterada, resulta difícil entender a buena parte de los testadores, incluso a personas instruidas, que –habiendo legitimarios– no pueden dejar a su cónyuge la posibilidad de “hacer y deshacer” y disponer libremente de los bienes que queden a su fallecimiento.

De ahí la importancia, no siempre bien valorada, de ese aspecto de la función notarial, consistente en interpretar la voluntad de los comparecientes y plasmarla documentalmente en términos jurídicamente eficaces.

c) Como requisito formal o solemne.

Además de ser una obligación reglamentariamente impuesta al notario, cuyo incumplimiento lleva aparejadas las consecuencias propias de este tipo de irregularidades, la expresión del juicio de capacidad constituye en sí misma un requisito formal de los testamentos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 685 C.c.

Por su parte, el artículo 696 C.c. (antes 695) añade que el notario “hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria...”. Las variedades por las que ha pasado la redacción de este artículo son bien conocidas. Los notarios deberán “dar fe” de la capacidad del testador, decía la “non nata” versión originaria, que en su redacción definitiva fue cambiado a la fórmula “procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad...”, la cual ha estado vigente durante un siglo, habiendo quedado fijada, tras la reforma de 1991, en “deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad...” (73).

Todas estas expresiones, con diferencias de matiz, vienen a coincidir en la necesidad de que el notario aprecie la capacidad del testador y así lo exprese como requisito formal del testamento, lo que ha motivado tradicionalmente su estudio pormenorizado por parte de la doctrina (74).

(73) En nota a la reseña que hace de la STS de 27 noviembre 1995, en *ADC*, 1997, p. 1642, SAR entiende que el texto de la reforma (sustitución de “procurará... asegurarse” por “deberá asegurarse”) debe llevarnos a exigir al notario una aseveración de la capacidad del testador con una certeza absoluta, opinión que –a mi parecer– no tiene ninguna justificación, ya que el grado de certeza por parte del notario tiene que ser y es el mismo antes y después de la reforma, en el testamento y en cualquier otro documento público que necesite juicio de capacidad.

(74) La última aportación que conozco es de la profesora MARTOS, M. A., “Las solemnidades del testamento abierto notarial”, tesis doctoral defendida en la Universidad de Almería, actualmente en fase de publicación.

Sin embargo, la jurisprudencia, desde la antigua STS de 18 de noviembre de 1915 (75), no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ello hasta la reciente STS de 25 de junio de 1990, al menos por lo que a mí me consta, lo cual demuestra que la formulación del juicio de capacidad en el testamento es tan obvia que raramente se habrá autorizado algún testamento en que no aparezca y, si así sucede, tiene que deberse indudablemente a un error.

Es el caso planteado en la sentencia últimamente aludida, donde aparece acreditado que la frase “tiene capacidad legal para testar” se añadió en la matriz después del otorgamiento. Esto lleva al Tribunal a declarar la nulidad del testamento, “aunque la omisión padecida responda a un, en su caso, lamentable *lapsus calami*”, reiterando la tradicional doctrina jurisprudencial formalista en materia testamentaria acerca de la “absoluta necesidad de que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa”.

Me parece interesante traer, por último, en este punto la SAP de Valladolid de 31 de octubre de 1997, que reproduce el problema de la fórmula sacramental a utilizar en la expresión del juicio, problema ya suscitado en las antiguas S.s. TS de 6 de abril y 24 de diciembre 1896 (76).

En la recién mencionada sentencia de 1997 el testamento fue impugnado porque el notario, al referirse a la capacidad del testador, no emplea el calificativo de “legal”, respecto de lo cual dice la repetida sentencia que “tal omisión no implica la gravísima consecuencia de nulidad que se postula. La capacidad legal ha de ser entendida como sinónimo de capacidad civil, que por otra parte es la expresión utilizada por el artículo 167 RN” (77). Una ponderada matización del rigorismo formal en sede testamentaria, que a veces llega a ser exacerbado.

(75) Citada por RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, Madrid, 1989, I, p. 109: “Si las palabras no son esenciales, lo es la formalidad en sí y es nulo el testamento en que el Notario no da fe de hallarse el otorgante en la integridad de sus facultades mentales y de confirmarlo así los testigos, aunque se haya recabado el dictamen de dos médicos y éste sea favorable, y aunque a juicio del Tribunal sentenciador no existan méritos para negar la capacidad mental del testador”.

(76) Citadas por RIVAS MARTÍNEZ, loc. cit., p. 109: “no está el fedatario obligado a emplear las mismas palabras del Código, bastando que claramente resulte que, a su parecer, el testador tenía capacidad, ni tampoco es preciso que se haga la declaración en párrafo separado y especial, pudiendo hacerse en un inciso del documento”.

(77) Aunque de la reseña que manejo de dicha sentencia no se desprende claramente, deduzco que la fórmula empleada por el notario consiste en asegurar la “capacidad civil del testador”.

VII. Conflicto entre el juicio notarial y la capacidad judicialmente determinada

Hay, creo, tres supuestos en que el juicio notarial de capacidad puede entrar en conflicto con la situación judicialmente determinada: cuando el notario no aprecia capacidad natural en el incapacitado sujeto a curatela o en el tutelado al que se le faculta en la sentencia para realizar por sí mismo algún acto y cuando el notario aprecia capacidad natural en el judicialmente incapacitado que pretende realizar una concreta actuación notarial.

Los dos primeros supuestos (el segundo, muy semejante al primero) los he tratado en el trabajo para el Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, del cual éste es el desarrollo de su núcleo central, a donde me remito. La opinión que aquí puedo resumir se orienta en el sentido de que en ambos casos el incapacitado debe prestar su consentimiento ante notario, complementado por la asistencia del curador cuando se trata de incapacitado sujeto a curatela. Eso supone que el notario debe juzgar la capacidad natural del otorgante, el discernimiento que le supone la Ley y la sentencia en las aludidas situaciones y denegar su intervención, si no lo aprecia, poniendo la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal, conforme al artículo 230 C.c., a los efectos de que pueda ser establecida la modificación, si procede, del régimen de incapacidad por el Juzgado competente.

El tercero, la actuación del incapacitado en un momento —provisional o definitivo— de lucidez, es una cuestión muy clásica que, no por ser más bien teórica (la experiencia nos demuestra que, cuando se declara la incapacidad, es sumamente difícil la reversibilidad de la situación), deja de tener un gran interés.

La doctrina tradicional ha entendido que sólo son eficaces los actos celebrados por el incapacitado en un momento de lucidez, cuando la Ley expresamente reconoce validez a los mismos (78), tal y como sucede en el testamento, siempre que se den los requisitos del vigente artículo 665 C.c., y, con las matizaciones que se dirá, en el matrimonio civil. El primero es de un gran interés notarial; el segundo caso nos afecta en cuanto puede ser objeto de un poder especial para contraerlo (art. 55 C.c.).

(78) *Vid.*, por todos, DE CASTRO, loc. cit., II, p. 320.

Se ha dicho tradicionalmente que en los casos de actuación propia del incapacitado, que son aquéllos que, por quedar fuera del ámbito de representación del tutor, dado su carácter eminentemente personal, como puede ser el testamento o el matrimonio, se debe dar el máximo juego a la situación momentánea de lucidez. Una nueva visión de esta cuestión, en GORDILLO, loc. cit., pp. 221-224.

Empezando por este último supuesto, la posibilidad de contraer *matrimonio en intervalo lúcido* es admitida desde antiguo (79). El modificado artículo 83 C.c., anterior a la reforma de 1981, impedía el matrimonio a “los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón” al tiempo de su celebración, lo que podía interpretarse en el sentido de que lo verdaderamente determinante para el acto era la capacidad natural (“pleno ejercicio de la razón”) del individuo.

La redacción actual del artículo 56 C.c., que trata el supuesto —por cierto, situado dentro del apartado de la prestación del consentimiento, no de los requisitos de capacidad para el matrimonio—, lo complica un poco más: “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

El aspecto notarial de esta cuestión se limita al otorgamiento de un poder al efecto, en relación al cual ha dicho GARCÍA CANTERO que el matrimonio por poder ha dejado de ser, tras la reforma de 1981, una manifestación de la autonomía negocial para convertirse en un acto discrecional que concede graciosamente el instructor del expediente matrimonial (80).

Los problemas que se plantean con este poder son varios, empezando por la propia aplicabilidad del artículo 56 al poder notarial, cuestión que creo debe resolverse afirmativamente, puesto que, aunque el consentimiento se presta ante el encargado, el único que aprecia la capacidad natural del contrayente es el notario que autoriza el poder.

Por cierto, el artículo 245, párrafo segundo, RRC dispone que el dictamen facultativo lo emitirá el médico del Registro Civil, lo cual me lleva a pensar que, para el otorgamiento del poder, deberá solicitarse dicho dictamen del que corresponda al domicilio del otorgante, que normalmente coincidirá con el de la residencia del notario. No se prevé legalmente si el médico del Registro deberá comparecer en la escritura (como entiende la mayoría de la doctrina que sucede con los facultativos aludidos en el supuesto análogo del testamento del art. 665 C.c.) o bastará un certificado o informe favorable previo que se incorpore a la matriz. En mi opinión, que no se basa en texto normativo alguno, sino en una aplicación del criterio general que mantengo en este trabajo, será suficiente esta última posibilidad, siempre que se dé proximidad en la fecha del examen y coincida con el juicio del notario.

(79) Un extenso examen de la cuestión en GORDILLO, loc. cit., pp. 225-233, GARCÍA-RIPOLL, loc. cit., pp. 244-251.

(80) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo), Madrid, 1982, tomo II, p. 121.

Otras cuestiones en las que no me puedo detener con la extensión que sería necesaria se refieren a si el precepto se refiere sólo a los incapacitados judicialmente o a cualquier persona que presente ante el notario deficiencia o anomalía (que, siempre desde el punto de vista notarial, entiendo debe solucionarse por la primera proposición, pues, si no hay incapacitación judicial, la apreciación de la capacidad natural debe seguir los pasos habituales) (81) y si el notario puede denegar la autorización del poder pese al dictamen médico favorable (duda que creo ha de resolverse en el mismo sentido negativo que en idéntico caso del testamento, al que me referiré luego).

El otro importante campo que debe ser visitado en este apartado es el del testamento. Curioso fenómeno éste del *testamento del incapacitado judicialmente en intervalo lúcido*, sobre el que me detendré un momento (82).

Se trata de una situación respecto de la cual se ha escrito mucho y, sin embargo, de poca aplicación práctica. Obsérvese que casi todas las citas jurisprudenciales que suelen acompañar a este precepto no se refieren propiamente al supuesto de hecho que el mismo contempla con gran claridad. Ni siquiera la muy interesante STS de 20 mayo 1994, que trato a continuación, contempla el caso concreto de un testamento otorgado por un incapacitado.

Esta sentencia casa la recurrida, que declaraba que la señora incapacitada “no tiene capacidad para testar en ninguna de las formas legalmente establecidas”. El TS considera que en cualquier caso se debe dejar

(81) La Res. de la DGRN de 24 marzo 1994 entiende que el dictamen médico del artículo 56 C.c. “es aplicable tanto a los casos de previa incapacitación judicial como a aquéllos en los que ésta aún (sic) no se ha pronunciado”.

En mi opinión, si no hay incapacitación judicial, el notario debe apreciar por sí mismo la capacidad natural; si tuviere duda y le fuere útil el dictamen médico para salir de ésta, haría bien en solicitarlo. Pero la existencia de éste y su contenido favorable a la aptitud no le excusaría de realizar su juicio personal sobre la capacidad del otorgante y rechazar el otorgamiento del poder si dicho juicio fuese negativo.

(82) En relación a la redacción del artículo 665 anterior a la reforma de 1991 (“siempre que el demente pretenda hacer testamento...”), se discutía si el testador al que se refería era el demente habitual, independientemente de que estuviera o no judicialmente incapacitado. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entendían que se refería al incapacitado judicialmente. Un extenso análisis de la cuestión en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo), Madrid, 1990, tomo IX, vol. 1.º-A, en especial pp. 80-81. El autor se situaba en el sector minoritario, junto a OSSORIO y LACRUZ, en cuya compañía creo que debe importar poco estar en minoría.

Como es natural, el mencionado ALBALADEJO critica el contenido de la reforma testamentaria en este punto y cree que debe seguir el procedimiento del artículo 665, aunque se trate de una persona no incapacitada judicialmente, siempre que exista una perturbación de hecho (“Los cambios introducidos...”, cit., pp. 723 y 724).

a salvo la posibilidad de otorgar testamento en intervalo lúcido con sus requisitos especiales (83).

Resulta sorprendente de esta sentencia que –cualquiera que fuera la versión del código aplicable, la de 1991 o la anterior– en el momento de dictarse llevaba varios años en vigor la aludida reforma de 1991, la cual introduce como novedad respecto a la redacción anterior la aplicación del precepto sólo cuando la sentencia de incapacitación “no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar”, lo cual implica con bastante claridad que la sentencia puede privar al incapacitado de toda posibilidad de otorgar testamento, se considere o no acertado el criterio del legislador, que a mí, particularmente, me parece desafortunado.

También se lo parece a ALBALADEJO, porque la capacidad para testar la da el ser mayor de catorce años y estar en su cabal juicio, por tanto, la sentencia de incapacitación sólo puede pronunciarse sobre la facultad de testar del incapacitado en dos sentidos: diciendo que la conserva intacta o señalando que para testar tiene que cumplir los requisitos del artículo 665; lo que de ninguna manera puede hacer es privarle de poder testar en intervalo lúcido (84).

En mi opinión, el criterio –erróneo– del texto legal es que la sentencia puede prohibir al incapacitado que otorgue testamento. De hecho, el propio ALBALADEJO admite que, en determinados casos, por el tipo de enfermedad irrecuperable, la sentencia podría estimar la imposibilidad de que el incapacitado se encuentre alguna vez en su juicio cabal (85).

Creo que, para entender que el artículo dice que la sentencia puede declarar que el incapacitado mantiene inalterada su capacidad de testar, la redacción del precepto debería haber sido distinta. Por otra parte, establecer en la sentencia que el incapacitado puede otorgar testamento en intervalo lúcido con los requisitos del artículo 665 sería una redundancia, pues ya lo dice el repetido artículo.

La cuestión más interesante que plantea este testamento desde el punto de vista notarial y, concretamente, en relación con el juicio de capacidad, es la de si, caso de ser favorable a la capacidad del testador

(83) F. J. 4.º: “... la extensión de la incapacidad al orden testamentario... se manifiesta conforme al informe forense que la incapacitada «no tiene capacidad para testar en ninguna de las formas legalmente establecidas». Pero esta incapacidad de testar, que define el artículo 663,2 C.c., ha de interpretarse, no como lo hace la representación de la recurrente, en un sentido absoluto, sino siempre conforme a todos los artículos conexos en obligada interpretación sistemática, y, teniendo en cuenta la integración normativa que en relación con el caso supone, entre otros, el artículo 665, respecto de los requisitos especiales del testamento en intervalos lúcidos, por lo que, para evitar cualquier confusión y el alcance general de la expresión «ninguna de las formas legalmente establecidas», ...”.

(84) ALBALADEJO, “Los cambios introducidos...”, cit., pp. 719 y 720.

(85) ALBALADEJO, “Los cambios introducidos...”, cit., p. 721.

la opinión de los dos facultativos, el notario puede denegar la autorización por falta de capacidad natural, es decir, por no encontrar al testador “en su cabal juicio”. Bien es cierto que el interés de la cuestión es más teórico que otra cosa, pues en la práctica resulta difícil imaginar el supuesto de que el notario considere incapaz a quien ha sido examinado favorablemente por dos médicos que el mismo notario ha designado (con lo cual, la posibilidad de manipulación es prácticamente nula).

Se trata de un aspecto no demasiado tratado, aunque sí muy debatido por quienes se han ocupado de él. Tomo el estado doctrinal de la cuestión —ni el TS ni la DGRN se han pronunciado, por lo que a mí se me alcanza— de la obra de la profesora M. A. MARTOS, que he citado antes (86), donde señala a favor de la tesis de que el notario está obligado a autorizar el testamento a ARMERO DELGADO, COELLO GALLARDO y PUIG FERRIOL (87). Como he anticipado más arriba, ésta me parece la posición correcta, aunque he de confesar que llego a dicha opinión con alguna duda.

En contra, es decir, creyendo que el notario debe denegar su intervención si no aprecia capacidad natural, pese al juicio favorable de los facultativos, coloca a RIVAS MARTÍNEZ (88) y se sitúa la propia autora. Añadiré que también adoptan este criterio ALBALADEJO (89) y GARCÍA-RIPOLL (90).

El argumento utilizado por quienes defienden esta última postura es que el dictamen no sustituye el juicio del notario, porque

— el artículo 685 obliga al notario en todo caso a asegurarse de la capacidad del testador “a su juicio”, expresión que es reiterada por el artículo 696, lo cual parece colocar al notario en el vértice del sistema de comprobación de la capacidad del testador, acorde, por lo demás, con el de la documentación pública en general. Pero, en mi opinión, el Código indica al notario el modo en que tiene que asegurarse de la capacidad en el supuesto especial y concreto que nos ocupa: designando a dos facultativos que examinen al testador (obsérvese que, para mayor independencia, la elección la hace el propio notario).

(86) Tesis doctoral citada en nota 74 anterior. He manejado un ejemplar mecanografiado, gracias a la amabilidad de la autora.

(87) GARCÍA-RIPOLL, loc. cit., p. 239, añade en este bando a los clásicos SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO.

(88) Esta opinión la mantiene a partir de su obra *El testamento abierto otorgado ante notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Madrid, 1993, p. 49. Antes, en la edición de 1989 de su *Derecho de Sucesiones...*, cit., I, p. 82, había considerado admisible la postura de quienes defienden que el dictamen es obligatorio para el notario y testigos.

(89) ALBALADEJO, M., loc. cit., p. 93.

(90) GARCÍA-RIPOLL, loc. cit., p. 239.

— la STS de 18 noviembre 1915 donde falta el juicio de capacidad del notario, aunque lo formulan dos facultativos, y el TS declara nulo el testamento. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el testamento objeto de esta sentencia el notario omitió su juicio de capacidad y se limitó a consignar el de los facultativos.

Junto a lo cual, habrá que considerar que, si hemos dicho que el notario no es técnico, no es perito, no expide certificados de aptitud mental, ¿cómo le vamos a permitir que contradiga a quien sí es técnico, perito y puede expedir certificados? Me parece que el hilo conductor de nuestro sistema es que, en los casos en que excepcionalmente y por autorización expresa de la Ley se permite actuar por sí solo al incapacitado judicialmente, el control de legalidad atribuido al notario respecto a la capacidad de los otorgantes se sustrae al mismo y se atribuye a quienes se debe considerar más cualificados para apreciarla.

En sustento de esta tesis me permito añadir los siguientes argumentos histórico, sistemático, gramatical y lógico, según nos enseña la más clásica metodología.

Según el Anteproyecto del Código, el precedente del actual artículo 665 se encuentra en los artículos 3.416-3.420 del Código mejicano, que consagran un pintoresco procedimiento con intervención del juez, en el que éste y los dos facultativos se trasladan a casa del paciente, del que nos interesa destacar que, una vez el enfermo en intervalo lúcido es examinado por los médicos con resultado positivo, no se plantea ninguna duda o cuestión acerca de la capacidad del testador: Artículo 3.419 “Si éste (el examen de los facultativos) fuere favorable se procederá DESDE LUEGO a la formación del testamento...” (91).

Desde el punto de vista sistemático, el artículo 665 está colocado en la sección dedicada a la capacidad del testador, como queriendo explicar cuándo debe entenderse intervalo lúcido del que habitualmente no se halla en su cabal juicio, constituyendo una especialidad o excepción respecto a las formalidades de los testamentos en general (sección en que se encuentra situado el art. 685) y el abierto en particular (sección en que se ubica en art. 696), que es donde se regula el régimen normal de apreciación notarial de la capacidad.

Por otra parte, sometiéndola gustosamente a cualquier opinión más autorizada en gramática, que no sería difícil encontrar, me atrevería a interpretar que la enrevesada frase, desde el punto de vista del castellano, que utiliza el Código, “no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”, en realidad podría expresarse en una forma más sim-

(91) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pp. 225 y 226.

ple suprimiendo las dos partículas negativas: “lo autorizará cuando éstos respondan...” (92).

Finalmente, si, en el caso de que los facultativos nieguen la aptitud del testador, el notario está obligado a aceptarlo y no puede autorizar el testamento (en lo cual todo el mundo está de acuerdo, dado el tenor literal del precepto, tal y como se ha venido interpretando), no se ven las razones por las que, en el caso contrario, deba prevalecer el juicio negativo del notario.

La consecuencia que se debería seguir de tan riguroso procedimiento para la apreciación de la capacidad tendría que ser, en buena lógica, la irrefragabilidad del dictamen. No tiene sentido, dice P. BELTRÁN DE HEREDIA, que el Código rodee de tantas garantías el otorgamiento del testamento de un demente en intervalo lúcido y después no le dé plena validez, quedando expuesto a una posible impugnación (93).

Sin embargo, la STS de junio de 1959 consideró que la capacidad ocasional establecida en el artículo 665 puede ser destruida por prueba en contrario, por no ser *iuris et de iure* (94).

Fuera, pues, de los casos en que expresamente la Ley faculta al incapacitado para alguna actuación, lo realizado por éste debe considerarse anulable, según deduce la doctrina de los preceptos del Código civil, sobre todo del artículo 1.301. Y ello, aunque lo haya sido en intervalo lúcido y con verdadera y real capacidad, puesto que la declaración judicial modifica el estado civil de la persona (95).

No es este el lugar para profundizar en la eficacia de lo actuado por el enfermo mental, según esté o no judicialmente incapacitado (96). Me

(92) Otro ejemplo al respecto es el del artículo 1.261 C.c.: “No hay contrato sino cuando concurren...”, equivalente a “Hay contrato cuando concurren...”. ¿Se podría decir que tal tipo de construcción sintáctica es un galicismo, tan previsible, por otra parte, en la redacción de nuestro Código?

(93) BELTRÁN DE HEREDIA, P., “Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, *RDP*, 1966, p. 254.

(94) En el supuesto resuelto por esta sentencia, no obstante, se declara la validez del testamento en que los médicos habían dictaminado favorablemente, por no haberse logrado demostrar la incapacidad.

(95) *Vid.*, por todos, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, I-1.º, cit., p. 269.

(96) Una exposición de la doctrina y jurisprudencia tradicionales, puede verse en EGEA, R., “Incapacidad natural e incapacidad legal. Personas con incapacidad natural. Nulidad o anulabilidad de los actos o contratos”, *La Notaría*, octubre 1998, pp. 117 y ss.; la revisión de las mismas se plantea en GORDILLO (*Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, cit.), donde propone un interesante juego de la protección de la apariencia y la buena fe del tercero, M. GARCÍA-RIPOLL (*La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, cit.) y R. EVANGELIO (*Los contratos celebrados por incapaces naturales*, cit.), primera monografía tras la reforma del artículo 1.263 por LO 1/1996, en la que queda claro que el precepto se refiere a los incapacitados judicialmente, pero se mantiene la incertidumbre respecto a cuál sea la sanción de lo actuado por los incapaces naturales.

permitiré únicamente expresar la perplejidad que me suscita cómo el mencionado artículo 1.301 se refiere a la anulabilidad, cuando el artículo anterior (1.300) dice que sólo pueden ser anulados los contratos en que concurran los requisitos del artículo 1.261, éste considera como primer requisito del contrato el consentimiento; y el artículo 1.263 preceptúa que no pueden prestar consentimiento (tras la reforma de 1996, de una manera clara) los incapacitados.

La paradoja ha tratado de ser explicada por BADOSA COLL mediante una ingeniosa construcción, basada fundamentalmente en el estudio de los precedentes inmediatos del Código y en el análisis comparativo de la diferente terminología utilizada en el mismo. Entiende que el artículo 1.263 se refiere a la “incapacidad de consentir”, como fenómeno distinto de la “incapacidad de contratar”, la cual –considerada como un vicio de capacidad del contrato– es contemplada en los artículos 1.305-5, 1.304 y 1.314-2 (97). Estos artículos últimamente citados, a los que añadir el 1.302, son en su opinión los aplicables al supuesto que en este momento estamos examinando: consentimiento del incapaz, independientemente de que esté o no judicialmente incapacitado, prestado en un intervalo lúcido (98).

Si se admite, aunque sea en forma perpleja, que lo actuado por el incapacitado judicialmente es siempre anulable, como se ha dicho antes, parece claro que el notario que conozca dicha circunstancia no debe autorizar el acto, aunque aprecie capacidad natural, pues la seguridad jurídica a la que aquél se debe no consiente la producción de actos claudicantes. Por tanto, creo que debe negar su función, sin perjuicio de que aconseje al compareciente los trámites judiciales oportunos para el levantamiento de su incapacidad (99).

Sin embargo, pienso que, en casos de extrema urgencia, haciendo todas las advertencias y salvedades oportunas y valorando con la mayor prudencia las circunstancias del caso, se podría autorizar el acto, habida cuenta de que, como ha dicho en alguna ocasión la jurisprudencia (100), lo característico del acto verdaderamente humano es que se realice “con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que, con el mismo, se persigue”.

(97) BADOSA COLL, F., *Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar. (Un estudio sobre el artículo 1.263 C.c.)*. Centenario del Código civil, ed. por la Asoc. de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, I, *passim*; en especial, p. 239. Obsérvese que el trabajo es anterior a la reforma de dicho precepto en 1996.

(98) BADOSA, *ibidem*, p. 240.

(99) Es curioso que no existe –quizás por lo infrecuente del caso y por la posibilidad que tiene el interesado de procurarlo él mismo– un deber de los funcionarios públicos de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la desaparición de la incapacidad, análogo al que, en sentido contrario, dispone el artículo 203 C.c.

(100) STS de 11 diciembre 1962.

VIII. Responsabilidad

Se suele diferenciar la responsabilidad del notario en corporativa, administrativa, civil y penal. Resulta obvio señalar que no es éste el lugar para una exposición de los distintos problemas de la responsabilidad notarial, por lo que me limitaré sólo a apuntar aquellos aspectos que, dentro de este campo, pueden tener relación con el juicio de capacidad (101).

No parece que en el ámbito *corporativo o colegial* los deberes del notario respecto al juicio de capacidad pueden tener alguna influencia.

Tampoco en el *administrativo*, salvo que se entienda la capacidad en un sentido muy amplio –que a lo largo de este trabajo se ha tratado de evitar– incluyendo actuaciones que son más propias del control de legalidad del instrumento, como son aquellas que se refieren al cumplimiento de determinados requisitos administrativos, como la necesidad de determinadas licencias o autorizaciones.

Solamente hay algún caso en que la necesidad de autorización administrativa para el acto puede tener una mayor relación con la condición de la persona. Me estoy refiriendo al supuesto de las inversiones extranjeras en general, pero sobre todo al supuesto de la Ley 8/1975, de 12 marzo (sometida a diversas modificaciones posteriores, entre ellas la llevada a cabo por Ley 31/1990, de 27 diciembre), que constituye, en mi opinión, uno de los escasísimos supuestos que se dan en nuestro Derecho de las limitaciones derivadas del *status civitatis*. La mencionada Ley establece la necesidad de autorización militar para adquisiciones de fincas por ciudadanos extranjeros no comunitarios en determinadas zonas del territorio que, por razones de orden estratégico y militar, son de interés para la defensa nacional.

Es clara la responsabilidad del notario que autorizase la escritura sin la mencionada autorización, aunque quizás podría apuntarse que la res-

(101) El tratamiento de la responsabilidad del notario puede encontrarse en el capítulo específico de todos los tratados, manuales, lecciones o temas de Derecho notarial que se han citado a lo largo de este trabajo. La aportación monográfica española sobre esta materia es la memoria presentada por F. GÓMEZ ACEBO al III Congreso de la UINL de París, 1954, sobre “La responsabilidad civil del Notario”, publicada en la *RDN* del mismo año, n.º 5-6, pp. 311 y ss. He visto citada en alguna ocasión la obra de SANTAMARÍA, Victoriano, *La responsabilidad notarial*, Madrid, 1903, que no he podido consultar. Contiene también valiosas aportaciones sobre esta materia el trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS, A., sobre *La intervención del Notario autorizante en el proceso civil*, ya citado anteriormente.

En el campo extranotarial, me parece particularmente interesante la tesis de YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, de la que manejo una edición privada de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1987, en relación a la cual se hacen las citas que se realizan más adelante.

ponsabilidad podría venir tanto de una, por lo demás indefinida, sanción administrativa, como de una vía civil derivada de la posible nulidad de la operación, cuestión que, por otra parte, tampoco está demasiado clara.

Por lo que respecta a la *responsabilidad civil*, se trata del ámbito más interesante, en mi opinión, de la responsabilidad notarial, en la medida en que se debe dilucidar su naturaleza contractual o extracontractual o mixta o *sui generis*, para lo cual habrá que determinar previamente cuál es el tipo de relación entre el notario y su cliente.

Remito para tan importantes cuestiones a la bibliografía anteriormente aludida y me limito a abordar aquí la conexión de esta materia con el juicio de capacidad.

Lo primero que hay que tener presente es que dicho juicio constituye presupuesto de la intervención notarial y se cita entre los deberes de conducta legalmente impuestos al notario, cuya omisión hace surgir la responsabilidad para él (102), independientemente de la necesidad de su expresión literal, que en nuestra legislación constituye, además, obligación reglamentaria (103).

Interesante cuestión en este punto me parece la siguiente. ¿En qué medida un juicio que es personal del notario que lo realiza, subjetivo, en cierto modo discrecional, para el que no hay fijadas unas pautas normativas, puede dar lugar a responsabilidad, si se produce error o desacierto al formularlo? Piénsese –y probablemente habrá sucedido en más de una ocasión– que una persona puede parecerme incapaz y, sin embargo, resultar perfectamente capacitada para mi compañero de despacho.

En mi opinión, el planteamiento de la solución a esta cuestión debe hacerse no tanto en el acierto o desacierto en el resultado del juicio de capacidad, como en el cumplimiento de la conducta profesionalmente exigible.

(102) GÓMEZ ACEBO, loc. cit., pp. 321-323.

(103) La reciente Res. de la DGRN de 11 junio 1999, al examinar un poder otorgado en Alemania “en brevet”, es decir, en documento privado con la firma legitimada por notario alemán, que no había sido considerado por la registradora como documento público, trata de determinar las exigencias básicas para que se dé dicho documento público. Incluye entre éstas el juicio de capacidad, si bien “su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. artículo 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad (cfr. artículos 476 y 1.518 LEC)”.

Esta última comparación me resulta un poco inquietante y, en general, el contenido de la resolución me parece que no distingue bien entre la categoría genérica del documento público, donde no es necesario el juicio de capacidad en los de clase administrativa o judicial (cfr. por utilizar el mismo lenguaje del Centro Directivo, art. 1.216 C.c.), y su especie el documento público notarial, donde sí es necesario, siquiera se pueda entender implícito en el hecho de la autorización.

Como hace notar YZQUIERDO TOLSADA, el criterio de cumplimiento de la obligación está determinado por un modelo técnico o profesional, en consonancia con la propia naturaleza de la prestación debida y con arreglo al nivel actual de la ciencia y del saber (104).

Plantea el citado autor la incidencia de la culpa en la apreciación de la responsabilidad derivada del error profesional, poniendo de manifiesto que “siendo la actividad diligente el auténtico objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo que genera el incumplimiento. O, si se prefiere, el error, para dar origen a la responsabilidad ha de ser fruto de la culpa, de no haberse adoptado las cautelas exigibles” (105).

Aplicando los anteriores principios al objeto de este estudio, se puede decir que la posible responsabilidad del notario no surgiría de la equivocación en la formulación de su juicio de capacidad, sino del hecho de no haber seguido la conducta profesionalmente exigible para su determinación: examen en privado del otorgante, cuando le quepa alguna duda, denegación de su función en el caso de que, tras dicho examen, le siga pareciendo dudosa la capacidad, etc.

Otra especialidad del juicio de capacidad relacionada con la responsabilidad civil es la fácil posibilidad de la reparación *in natura* del daño causado por la omisión de aquél (en el supuesto de que no se considere implícito en la propia autorización del documento), mediante el mecanismo de la subsanación. Ya observó GÓMEZ ACEBO que la reparación en natura tiene en la responsabilidad notarial un amplio y obligado campo de aplicación “en todos aquellos casos en que, mediante un mero otorgamiento o escritura complementaria o de subsanación pueda conseguirse todavía de modo pleno el resultado jurídico querido por los otorgantes” (106).

Para el juicio de capacidad, ni siquiera es necesario llegar a una nueva escritura, pues el propio Reglamento ofrece el camino del acta subsanatoria. El artículo 153 RN prevé que el notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento del juicio de capacidad. Naturalmente, al tratarse de una “propia actividad” del autorizante sólo éste

(104) YZQUIERDO TOLSADA, loc. cit., p. 245. Su parecer está emitido desde una óptica claramente contractualista. Desde el punto de vista extracontractual, RODRÍGUEZ ADRADOS, (*La intervención del Notario...*, cit., p. 686) señala que el concepto básico no es el incumplimiento, sino la acción u omisión “coloreada objetivamente de ilicitud y subjetivamente de culpabilidad”.

(105) YZQUIERDO TOLSADA, loc. cit., p. 262. Ha observado R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, en su análisis de la jurisprudencia sobre la materia, que la línea jurisprudencial que atenúa el principio tradicional de “no hay responsabilidad sin culpa” acudiendo a diferentes medios, como el de invertir la carga de la prueba, experimenta una excepción en el caso de responsabilidad civil de los profesionales (*Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 203).

(106) GÓMEZ ACEBO, loc. cit., p. 329.

la puede hacer, quedando excluido su sustituto o sucesor en el protocolo. Conviene recordar también que el mencionado precepto limita esta posibilidad a los documentos intervivos, aspecto que quizás debería ser objeto de una revisión, pues, fuera de las estrictamente formalistas, no se ven muy claras las razones para excluir de esa posibilidad subsanatoria llevada a cabo por el propio autorizante a los actos *mortis causa*.

No quisiera abandonar este campo de la responsabilidad civil sin aludir a su relación con lo que pudiéramos denominar “actos anulables consentidos”. Una corriente de opinión notarialista –cada vez más reducida, afortunadamente, ya que sus presupuestos sólo deben estimarse en forma muy excepcional y prudente– ha entendido que el notario puede autorizar un acto anulable si, habiendo instruido a las partes del vicio o defecto y de sus consecuencias, aquéllas insistiesen en el otorgamiento (107). Referido esto a la capacidad, podría plantearse si el defecto de la misma que diese lugar a la anulabilidad impediría el otorgamiento de una escritura con los mencionados requisitos.

La cuestión tropezaría, a mi modo de ver, con dos obstáculos. El primero sería la dificultad –que ya ha sido puesta de manifiesto anteriormente– de precisar con exactitud la sanción de nulidad o anulabilidad para los actos del incapaz. El segundo se refiere a la contradicción que supondría el que el incapaz tenga que consentir –una vez advertido por el notario– sobre la posible invalidez de su propio consentimiento.

Por tanto, tratándose de incapacidad, el notario en caso de duda debe abstenerse de intervenir, salvo –siempre con la prudencia y excepcionalidad antes señalados– en el caso de evidente anulabilidad (por ejemplo, persona sometida a curatela sin intervención del curador, art. 293 C.c.) y apreciando en el otorgante suficiente capacidad natural.

Finalmente, una breve y ligera alusión a la *responsabilidad penal* del notario, aunque sea sólo para hacer una referencia al tratamiento en el nuevo Código Penal del delito de falsedad, en el que se centra la eventual actividad delictiva del notario en el ejercicio de su función (108). Una vez más, me limito a poner en conexión este ámbito con el objeto de nuestro estudio, que es el juicio de capacidad.

El encaje de la conducta consistente en hacer constar en la escritura que una persona tiene capacidad a sabiendas de que no es así parece pro-

(107) GÓMEZ ACEBO, loc. cit., p. 324.

(108) GIMÉNEZ ARNAU (loc. cit., p. 328), siguiendo una antigua corriente de opinión notarial, que viene de FERNÁNDEZ CASADO, cree que el notario también puede cometer los delitos de denegación de auxilio y anticipación, prolongación y abandono de funciones. Por su parte, GOMÁ SALCEDO (loc. cit., p. 287) considera que los únicos delitos en que el notario puede incurrir, además de la falsedad, son el de infidelidad en la custodia de documentos y el de violación de secretos.

ducirse en el número 4 del artículo 390, que alude a la falta a la verdad en la narración de los hechos por parte del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, lo cual constituye un supuesto de falsedad ideológica, a diferencia de los que se contienen en los dos primeros números de dicho artículo, que lo son de falsedad material (109). Sólo en un sentido amplio se puede entender el juicio de capacidad como un hecho narrado por el notario, por lo que podríamos preguntarnos si se puede cometer falsedad notarial en este punto, dada la trascendencia que la tipicidad y la legalidad tienen en el Derecho Penal.

Sí ha quedado resuelto, en sentido positivo, por el Código de 1995 la vieja cuestión de si es posible la comisión del delito de falsedad por imprudencia (110). El artículo 391 alude al “funcionario público que por imprudencia grave incurriese en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior”. Por ello, quizás pudiera estimarse que la inobservancia de la diligencia profesional habitualmente utilizada en la comprobación de la capacidad haría incurrir en dicha conducta punible.

Jurisprudencia citada

I) Sentencias del Tribunal Supremo:

- S 6 abril 1896
- S 24 diciembre 1896
- S 18 noviembre 1915
- S 28 diciembre 1918
- S 26 marzo 1923
- S 25 noviembre 1928
- S 23 marzo 1944
- S 16 febrero 1945
- S 21 marzo 1952
- S 2 junio 1959
- S 11 diciembre 1962
- S 10 noviembre 1969
- S 16 diciembre 1972
- S 27 junio 1977
- S 25 junio 1990
- S 20 mayo 1994
- S 26 abril 1995

(109) Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, Parte Especial, 11.^a ed., Valencia, 1996, p. 633.

(110) MUÑOZ CONDE, loc. cit., p. 635.

- S 24 julio 1995
- S 27 noviembre 1995
- S 27 enero 1998
- S 4 mayo 1998
- S 30 enero 1997
- S 10 septiembre 1997
- S 19 septiembre 1998

II) Sentencias de Tribunales inferiores

- STSJ Cataluña 1 octubre 1991
- SAP Málaga 2 noviembre 1992
- SAP Valladolid 31 octubre 1997
- SAP Baleares 22 enero 1998
- SAP Asturias 16 marzo 1998
- SAP Murcia 16 junio 1998

III) Res. de la DGRN

- Res. 14 junio 1977
- Res. 31 agosto 1987
- Res. 3 marzo 1989
- Res. 7 enero 1992
- Res. 21 enero 1993
- Res. 24 marzo 1994
- Res. 20 octubre 1994
- Res. 11 junio 1999

Bibliografía utilizada y citada

- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, I, 1.º, 11.ª ed., Barcelona, 1989.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo), tomo IX, vol. 1.º-A, Madrid, 1990.
- “Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de Modificación del Código Civil en materia de testamentos”, *RDP*, 1992.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Estudios de Derecho Notarial*, 5.ª ed., Madrid, 1982.
- BADOSA COLL, F.: “Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (un estudio sobre el artículo 1.263 C.c.)”, *Centenario del Código Civil* (varios autores), tomo I, Madrid, 1990.
- BALLARÍN MARCIAL, A.: “Naturaleza y clases de «juicios» del Notario”, *AAAN*, tomo XXXV, Madrid, 1996.
- BELTRÁN DE HEREDIA, P.: “Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, *RDP*, 1966.

- BENZI, B.: *Il Notaio e l'atto notarile*, Pisa, 1950.
- CÁMARA, M. de la: "El Notariado Latino y su función", *RDN*, 1972.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946.
- CHICO, J. M., y RAMÍREZ, C.: *Temas de Derecho Notarial*, Madrid, 1972.
- CASTRO, F. de: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, reproducción facsimilar de la ed. de 1949.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8.^a ed., Madrid, 1992.
- EGEA, R.: "Incapacidad natural e incapacidad legal. Personas con incapacidad natural. Nulidad o anulabilidad de los actos o contratos", *La Notaría*, octubre 1998.
- ESCOBAR DE LA RIVA, E.: *Tratado de Derecho Notarial*, Alcoy, 1957.
- EVANGELIO, R.: *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ CASADO, M.: *Tratado de Notaría*, Madrid, 1895.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo), tomo II, Madrid, 1982.
- GARCÍA RIPOLL, M.: *La protección del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: *Técnica jurídica y práctica notarial*, 1964.
- GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976.
- GIULIANI, A.: *Il documento notarile*, Milano, 1950.
- GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Derecho Notarial*, Madrid, 1992.
- GÓMEZ ACEBO, F.: *La responsabilidad civil del Notario*, *RDN*, 1954.
- GONZÁLEZ, J.: "Las conferencias del Dr. Ferrara. I. Incapacidad natural e incapacidad legal para contratar", *RCDI*, 1928.
- GONZÁLEZ BOU, E.: "Problemas de capacidad relativos a las compraventas con subrogación y a las compraventas con hipoteca en el Derecho catalán", *La Notaría*, Març, 1999.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., MANRIQUE, F., y MOLLEDA, J. A.: "Comprobación notarial de hechos", *RDN*, 1969.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948.
- GORDILLO, A.: *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.
- LETE DEL RÍO, J. M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo), tomo IV, Madrid, 1985.
- LÓPEZ BURNIOL, J. J.: "La escritura pública", en *Estudios sobre Derecho Documental* (varios autores), Madrid, 1997.
- LÓPEZ GARZÓN, J.: "Titularidad y fe de conocimiento", *RDN*, 1955.
- MARTÍNEZ DÍE, R.: "Comentario a la STS 19 septiembre 1998", *La Notaría*, Gener 1999.
- MARTOS, M. A.: "Las solemnidades del testamento abierto notarial", tesis doctoral defendida en la Univ. de Almería, 1998, en prensa.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*, Barcelona, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, 11.^a ed., Valencia, 1996.

- NADAL, N.: *La incapacitación*, Barcelona, 1999.
- NOVOA SEOANE, R.: *El progreso del instrumento público*, Madrid, 1910.
- NÚÑEZ-LAGOS, R.: "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial", *AAMN*, tomo I, 1945.
- *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Madrid, 1953.
- "Documento auténtico en la casación civil", en *Estudios de Derecho Notarial*, tomo II, Madrid, 1986.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 1965.
- RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- REGLERO, L. F.: *Instituciones de herederos: Designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Pamplona, 1998.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, 1.^a ed., Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La intervención del Notario autorizante en el proceso civil", *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962.
- "La Función Notarial y los Principios y Valores Constitucionales", *RDN*, 1983.
- *La seguridad jurídica sustancial de los actos jurídicos*, Santander, 1988.
- "El documento en el Código Civil", *RDN*, 1989.
- SANAHUJA, J. M.: *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, 1945.
- TAMAYO CLARES, M.: *Temas de Legislación Notarial*, 3.^a ed., Granada, 1994.
- VELASCO, A.: *Derecho Notarial*, Madrid, 1941.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1987.

**INFORME-DICTAMEN QUE EMITE
EL LETRADO DE ESTE ILUSTRE COLEGIO
DE MADRID, JUAN VALLET DE GOYTISOLO,
A SOLICITUD DEL ABOGADO DON XYZ**

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

Antecedentes

I. En carta fechada en Madrid el día 6 de octubre de 1999, el letrado del Ilustre Colegio de esta capital don XYZ, solicita de mí informe sobre dos cuestiones que me consulta, adjuntando también los antecedentes de la cuestión. No me indica ningún nombre. El texto de los antecedentes y de las consultas es el siguiente:

“ANTECEDENTES

“En 1987 una señora adapta plenamente a una sobrina y, en el mismo acto, firman un documento privado, con determinadas estipulaciones. Se acompañan fotocopias de la escritura de adopción (documento número 1) y del documento privado (documento número 2).”

“En 1988, con posterioridad a la adopción y a la firma de ese documento privado, se produce la donación de una finca (documento número 3).”

“En 1997 fallece la testadora, con la siguiente disposición testamentaria: «instituye herederas a su hija Doña... en dos tercios de la herencia y a sus

sobrinas, hijas de su hermana..., Doña... y Doña..., por partes iguales y sin perjuicio de los legados ordenados en la cláusula segunda, en el tercio restante de la herencia» (documento número 4)."

"PRIMERA CONSULTA

"Las dos herederas no legitimarias, pretenden traer a la masa hereditaria, a efectos de acrecentar su porción, la donación efectuada en 1988."

"Se desea saber si hay que tener o no en cuenta, legalmente, el valor de lo donado, a efectos de acrecentar el tercio de las herederas no legitimarias en el momento del fallecimiento de la causante, o hay que olvidar aquella donación y adjudicar únicamente los bienes que existen a nombre de la difunta, en el momento del fallecimiento."

"SEGUNDA CONSULTA

"Se desea saber si, en función de la estipulación 5.^a del documento número 2 que textualmente dice: «las partes intervinientes, manifiestan expresamente que los beneficios o frutos que produzcan las nuevas inversiones que se hagan con el precio de las ventas (de la finca donada) serán de la propiedad de la madre que, no obstante lo anterior, manifiesta su deseo de entregar parte de ellos a su hija», sería procedente o no traer a la masa hereditaria los frutos que hubiesen producido las inversiones hechas con la venta de los bienes donados, desde la fecha de la donación hasta la del fallecimiento".

"Bien entendido que, no existen antecedentes de lo que han hecho a lo largo de estos años madre e hija, pero parece ser que los frutos han ido quedando a nombre de la hija por deseo de la madre."

"No se sabe si la hija, ha entregado determinados frutos a la madre durante este periodo."

Con dicha carta consulta se acompañan fotocopias:

- 1.º) De la escritura de adopción, también con todos los nombres propios y fechas tachados.
- 2.º) Del documento privado, firmado a la vez que la adopción.
- 3.º) De la escritura de donación,
- 4.º) De la cláusula testamentaria tercera que es la cláusula de institución.

También en estos documentos aparecen tachados todos los nombres de las personas intervinientes, incluso el notario y las fechas de las escrituras.

5.º) Acompaña también informes de los abogados de una y otra parte que señala con las letras A, B y C, siendo el informe A el primero que emitieron los abogados de las herederas no legitimarias, el B el contrainforme emitido por el abogado de la heredera legitimaria, y el C el segundo informe de los abogados de las no legitimarias.

También aquí se hallan tachados los nombres de los abogados, aunque sí aparece la fecha de la expedición de cada informe, que son: el A, de 11 de junio de 1999; el B, de 21 de junio del mismo año; y el C, de 25 de junio de igual año.

II. En la escritura de adopción se dispone:

“PRIMERO.– Doña... adopta a Doña... que tiene el carácter de plena, obligándose a mantenerla en la enfermedad y a prestarle los alimentos correspondientes a su clase social”.

“SEGUNDO.– La presente adopción, lo mismo en lo que respecta a los derechos y obligaciones recíprocos de adoptante y adoptado, en los órdenes económicos y familiares que en cuanto a las demás consecuencias o derivaciones jurídicas, se regirá por las normas del derecho civil común o foral, directo o supletorio, a que se hallen sometidos la adoptante; y en el sucesorio tendrá valor jurídico pleno, firme y definitivo, por sí mismo, sin necesidad de ulteriores reivindicaciones, en todo su alcance y profundidad, teniendo el adoptado o sus descendientes en la sucesión de la adoptante, los mismos derechos que los demás hijos o descendientes.”

“TERCERO.– La adoptada ostentará en lo sucesivo como únicos nombres y apellidos los de...”

“CUARTO.– La adoptada consiente la presente adopción; y todos los comparecientes solicitan del Registro Civil, practique los asientos pertinentes”.

III. Del referido documento privado, transcribo las estipulaciones pertinentes para este informe que son:

“PRIMERO.– Ambas intervinientes manifiestan el deseo de que la donación que en el futuro se haga, ayude a compartir el patrimonio familiar por la madre y la hija donataria.”

“SEGUNDO.– Doña... quiere dejar constancia de que los bienes recibidos en donación, van a estar dispuestos siempre al servicio de su madre.”

“TERCERO.– ..., a los efectos del apartado anterior, faculta a su madre, para que, pueda en su nombre vender los bienes donados y el dinero que obtenga invertirlo en los bienes que considere oportunos con las más amplias facultades que en derecho sean necesarias para este fin, como constituir pensiones vitalicias, a su favor, pignorar los títulos que se adquieran con el precio de las ventas, o cualquier operación similares.”

“CUARTO.– ... se obliga ante su hija a que el dinero que obtenga de las ventas de las tierras, se invertirá en la forma que considere más conveniente e intentará administrarlo con la diligencia adecuada.”

“QUINTO.– Las partes intervinientes, manifiestan expresamente que los beneficios o frutos que produzcan las nuevas inversiones que se hagan con el precio de las ventas serán de la propiedad de..., que, no obstante lo anterior, manifiesta su deseo de entregar parte de ellos a su hija”.

IV. En la escritura de donación, en su parte dispositiva, dice en las disposiciones pertinentes para este informe:

“PRIMERA.– ... representada en este acto por Don..., hace donación intervivos perfecta e irrevocable a su hija Doña... de las fincas descritas en el antecedente I de esta escritura, con cuantos derechos, usos y servidumbres sean inherentes o accesorios a la misma.”

“SEGUNDA.– Se hace esta donación, a libre disposición de la donataria, a cuyo efecto renuncia la donante a la reversión prevenida en el artículo 279 del Fuero Nuevo de Navarra.”

“TERCERA.– Jura Doña..., debidamente representada, que al hacer la presente donación obra libre y espontáneamente, con pleno discernimiento y sin coacción alguna y que le quedan bienes suficientes para atender a su decorosa subsistencia”.

“CUARTA.– Doña..., representada en este acto por Don..., acepta muy agradecida la donación que le hace su señora madre.”

V. La cláusula testamentaria de institución dice así:

“TERCERA.– Instituye herederas a su hija Doña..., en dos tercios de la herencia y a sus sobrinas, hijas de su hermana..., Doña... y Doña..., por partes iguales y sin perjuicio de los legados ordenados en la Cláusula Segunda, en el tercio restante de la herencia”.

VI. En los informes emitidos por los letrados de las sobrinas herederas voluntarias de la causante, se efectúan diversas citas (entre ellas varias mías) que no recogen sino una parte de la cuestión planteada, con lo cual falsean mi opinión y creo que también la de los demás autores que citan y las de las sentencias que invocan. El informe del abogado de la heredera legitimaria recoge en sustancia mi criterio para los casos del tipo del controvertido.

Sin embargo, ninguno de los tres recoge la distinción, crucial en este caso, que yo efectúo entre los cómputos:

a) Del tercio de libre disposición del que la testadora puede a su arbitrio *disponer testamentariamente*, en todo o en parte, o no disponer.

b) Del cómputo del tercio del que efectivamente dispone al decir que lega o instituye en “el tercio de libre disposición de su herencia”.

INFORME ACERCA DE LA PRIMERA DE LAS CUESTIONES POR LAS QUE PREGUNTA

El informe acerca de esta primera cuestión debe partir de las dos distinciones acabadas de diferenciar, y tratarlas separadamente:

Primera. Distinción entre los conceptos estricto y amplio de colación

Es evidente que procede efectuar esta distinción, que se halla muy clara tanto en el derecho histórico como en el vigente Código civil. Yo mismo, en mis estudios sobre la computación y la partición, he mostrado cuáles son sus diferencias y he defendido su mantenimiento, mostrado que es incorrecto, confundirlas.

Ahora bien, la cuestión que aquí interesa es la de comprobar si, en el caso consultado, procede la colación de los bienes donados por el causante a su hija, a los efectos de incrementar la institución del tercio de libre disposición de su herencia. Mi respuesta es negativa, tanto con respecto a una y otra clase de colación.

A) A este efecto, no procede la *colación en sentido estricto* de lo donado por el causante a los hijos, porque la colación, propiamente dicha, sólo deben efectuarla los *herederos forzosos que concurren con otros que también sean herederos forzosos y de la misma clase*, para computar lo donado *en la cuenta de la partición*, que debe efectuarse exclusivamente entre los propios herederos forzosos que lleguen a adquirir efectivamente la herencia.

Así resulta claramente de la propia historia de la colación, de su finalidad, de las mismas palabras de los artículos 1.036 y 1.047 C.c. y de la opinión unánime de la doctrina, tal como creo haber mostrado en mis estudios acerca de la colación. En los informes de los letrados que se acompañan a la solicitud de éste, así se reconoce, por lo cual no procede insistir más en esto.

B) Pero, en este caso, tampoco debe efectuarse la *colación en sentido amplio de computar las donaciones, adicionándolas al haber relicto, para el cálculo de las legítimas*; y no procede porque ésta última es precisamente su exclusiva finalidad.

a) También aquí, el Código civil es fiel y coherente con la tradición histórica, a la que él debe responder, y responde, conforme la Ley de Bases. Para comprobarlo, basta releer los artículos de los cuales resulta este deber de colacionar en ese sentido amplio:

— El artículo 818, que es la norma básica que lo establece, comienza diciendo: “*Para fijar la legítima...*”. Esta es, pues, la única finalidad de esta operación.

— Los artículos 1.035, 1.036, 1.037 y 1.044, que enlazan la colación en sentido estricto con la colación en sentido amplio o computación, confirman lo que resulta del artículo 818, al combinar esta operación con aquella. Así:

— El artículo 1.035 indica cuál es la doble finalidad de la colación de lo donado: “*computarlo en la regulación de las legítimas [colación en sentido amplio] y en la cuenta de la partición*” [colación en sentido estricto].

— El artículo 1.036 indica los casos en que no tendrá lugar la colación en sentido estricto, en los cuales no obstante se mantiene el deber de colacionar en sentido amplio o computar, al decir “*salvo en el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*”. Esta norma es la que más claramente establece que la colación en el sentido lato sólo debe efectuarse en el caso de que sea precisa para salvaguardar las legítimas.

— El artículo 1.037 lo reconfirma con su coetilla final “*quedando en todo caso a salvo las legítimas*”.

— El artículo 1.044, que se refiere sólo a la colación en sentido lato, dice: “*Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán por inoficiosos, sino en la parte que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible*”. Con lo que redundante es la exclusiva finalidad –la posible reducción por inoficiosa– de esa operación de colacionar en sentido lato subsistente cuando no proceda la colación en sentido estricto.

Es decir, el Código civil regula ambas operaciones en plena conformidad con la tradición jurídica que debió recoger; y, así, los artículos transcritos muestran que la colación, ni siquiera en su sentido más amplio, puede ser reclamada si no es por los denominados herederos forzosos; esto es, por quienes tienen derecho a la legítima.

Segunda. Distinción entre el cómputo del tercio libremente disponible por la testadora y el cómputo del legado del tercio de la herencia

Esta distinción deriva de la diferencia que existe entre el ámbito del tercio de libre disposición del cual el testador puede disponer, totalmente o en parte, o no disponer, y la institución de heredero en el tercio de libre disposición, o el legado del mismo, que puede comprender: sólo el tercio líquido de la herencia, o bien tener mayor alcance en caso de que el testador quiera incluir en su cómputo ya sea todos los bienes donados o bien una parte de ellos.

Esto conlleva la cuestión que aquí nos interesa, que no es nueva, puesto que los autores castellanos del siglo XVI, la trataron detenidamente, al ocuparse del cómputo de las mejoras de tercio y de quinto. Lo he expuesto detenidamente en la III parte de mis *Apuntes de derecho sucesorio* y la recojo en mis *Estudios de derecho sucesorio*, volumen IV, parte II, III, A, a, pp. 168-184.

Esta cuestión se hallaba entonces decidida en términos generales en la ley 25 de Toro, que dice: *“El tercio y quinto de mejora hecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los hijos descendientes traxeren a colación y partición”*.

Los primeros comentaristas de las leyes de Toro (CIFUENTES, PALACIOS RUVIOS y DIEGO CASTILLO) y, más tarde, JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR explicaron que las mejoras dispuestas *se debían deducir y calcular exclusivamente de los bienes que deja el causante a la hora de la muerte*.

ANTONIO GÓMEZ, el jesuita LUIS DE MOLINA, TELLO FERNÁNDEZ y AYARVE DE AYORA distinguían según el tercio y el quinto en cuestión fueran módulo para las disposiciones *mortis causa* o para las donaciones *inter vivos*. *En el primer supuesto, las calculaban solamente con referencia a la herencia, y en el segundo de la suma de la herencia y de lo donado*.

Finalmente, RODRIGO SUÁREZ, MATIENZO, ANGULO, JUAN GUTIÉRREZ y VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO situaron la disposición de la ley 25 de Toro, en cuanto se refiere a su aspecto de ordenación contable, en el terreno de la *presunta voluntad del causante*. Es decir, conforme estos autores, *existían dos masas de cálculo de las mejoras*: una, la *masa de cálculo posible*, o sea, la permitida por la ley equivalente a quinto y tercio de la suma de *relictum* y *donatum*; y, otra, la *masa de estracción y de cálculo a la cual la ley 25 de Toro presumía que el causante se había referido si expresamente no fijó otra mayor, dentro del límite de lo posible, al ordenar una mejora de tercio o quinto o de tercio y quinto*.

O sea, según esta tesis —que era aquella que reconocía mayor alcance a la posibilidad de mejorar con tercio y quinto— resultaba que:

— *El tercio y el quinto de mejora se calculaban sumando lo relicto y lo donado;*

— *pero, en cambio, las mejoras genéricas de tercio o de quinto, si el causante no dijo otra cosa, sólo se calculaban con relación al montante de lo relicto;*

— *y, en fin, en el caso de haberse hecho la mejora inter vivos irrevocablemente se consideraba que al haber relicto debía añadirse contablemente el importe de las donaciones posteriores a dicha mejora, pero no las anteriores.*

Esta tesis late, todavía a fines del siglo XVIII, en la obra de JOSÉ FEBRERO y, en el XIX, en la de SANCHO LLAMAS Y MOLINA.

Con la promulgación del Código civil quedó derogada la ley 25 de Toro y ha desaparecido, como norma legalmente establecida, la presunción de que el testador quería siempre, salvo disposición expresa en contrario, que la mejora del tercio o el legado de la parte de libre disposición se calculen únicamente de los bienes relictos; esto es, sólo de la herencia sin sumar las donaciones.

Hay, por lo tanto, que indagar ahora, caso por caso, cuál ha sido la verdadera intención del testador, atendiendo en primer lugar a sus palabras, si son claras, como lo son, en uno y otro sentido en las siguientes hipótesis:

a) En el sentido de que sí deben ser computadas las donaciones, son expresiones claras que en el testamento se diga: “lego el tercio de la suma de mis bienes relictos y donados” o “lego el tercio de libre disposición con su máximo alcance que sea posible” o bien, si antes de haberse efectuado donación alguna, se dispone: “lego el tercio de mis bienes presentes y futuros”.

b) Y, por el contrario, en el sentido de que no se debe computar lo donado, son claras las expresiones: “lego la tercera parte de los bienes que deje a mi fallecimiento” y “lego el tercio de libre disposición de mi herencia”.

En el caso de que las palabras del testador den lugar a dudas que no puedan resolverse, debe discernirse cuál resulta ser su intención según el tenor del testamento (art. 675, 1, C.d.); y de no poderse resolver tampoco así la duda, deberá acudirse, por analogía, a lo que dice el artículo 1.289 C.c. para la interpretación de los contratos: “*Cuando absolutamente sea imposible resolver las dudas*”, si el contrato “*fuere gratuito se resolverán en favor de la menor transmisión de intereses*”. Por lo cual, tratándose de sucesiones *mortis causa*, parece que esta norma es trasladable analógicamente entendiendo la disposición en el sentido que produzca *menor gravamen para los hijos del testador*.

Concretando esta cuestión con referencia al testamento objeto de esta consulta, vemos que éste dispone claramente, en la cláusula que contiene la institución de herederos: **“TERCERA.— Instituye herederas a su hija Doña..., en dos tercios de la herencia y a sus sobrinas, hijas de su hermana..., Doña... y Doña..., por partes iguales y sin perjuicio de los legados ordenados en la Cláusula Segunda, en el tercio restante de la herencia”**. Y, según el artículo 659 del Código civil: “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte*”, refiriéndose así clara y evidentemente a los bienes, derechos y obligaciones que tenga en el momento de su fallecimiento.

to. Esta referencia queda aún más esclarecida en el artículo 818, 2, C.c. —que es la norma básica de la colación en su sentido lato de computación—, puesto que diferencia nítidamente, como elementos distintos, los *bienes hereditarios* y el *valor de las donaciones colacionables*.

Por lo tanto entiende este letrado que en el caso consultado la institución en el tercio de libre disposición de la herencia comprende exclusivamente los bienes hereditarios sin adicionar los donados, y restándose los legados dispuestos en la cláusula segunda del mismo testamento, como indica la testadora.

INFORME ACERCA DE LA SEGUNDA CUESTIÓN POR LA QUE SE PREGUNTA

La respuesta dada a la primera cuestión presupone la respuesta que debe darse a la segunda, que es suscitada por la quinta estipulación del documento privado reseñado en el antecedente III.

En efecto:

1.º Si la herencia comprende todos los bienes que la testadora dejó a su muerte, no puede comprender los frutos que no se hallen en su caudal relicto, salvo si ella ordenara su computación.

2.º Si los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión, según dice el artículo 1.049 del Código civil, menos aún se deberán los frutos e intereses de los bienes no colacionables.

3.º Y si los bienes donados no deben incrementar el haber relicto, menos aún lo deberán incrementar los frutos de los mismos que la testadora haya consumido o entregado a la propia hija donándoselos manualmente.

Por lo tanto, los frutos e intereses producidos por las inversiones que la donante-testadora hubiese efectuado con el precio obtenido de los bienes donados por ella a su heredera y vendidos por la propia donante, en ejercicio del derecho que se reservó, no cabe someterlos a colación si, sea por la razón que sea, no se hallan en su caudal relicto.

Este es el informe que emite el letrado que suscribe sometiéndolo a cualquier otro mejor fundado.

En Madrid, a trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

PODRÁ SE ENTIENDE COMO DEBERÁ

FELIPE POU AMPUERO

Notario

Es relativamente frecuente que en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en Navarra con ocasión de un futuro matrimonio se pacte la donación universal de bienes y nombramiento de heredero y que entre sus cláusulas contenga una de sustitución fideicomisaria en favor de los descendientes del futuro matrimonio. Esta sustitución se engloba dentro de un contrato sucesorio familiar más amplio en el que se formaliza un negocio complejo de institución contractual de heredero, donación, aportaciones a la sociedad conyugal, etc.

La cláusula de sustitución suele tener una redacción parecida en muchos casos, pues suele ser resultado de un formulario al uso. Casi siempre viene a ser la cláusula cuarta y su redacción podría ser la siguiente:

*“Cuarta.— Que falleciendo uno de los esposos con descendencia y sin disposición en contrario **podrá** el sobreviviente elegir y nombrar herederos del premuerto a uno o más de los hijos e hijas comunes y señalar a los restantes dotes y legítimas con igualdad o desigualdad. Fallecidos ambos esposos corresponderá esa facultad en cuanto a sus herencias o sólo respecto del que hubiere fallecido con descendencia y sin disponer, a los dos parientes más próximos uno de (...) y otro de (...)”.*

Alguna vez ha ocurrido que los contrayentes, es decir, la segunda generación, quieren otorgar testamento de hermandad con institución

recíproca de herederos entre sí y cláusula preventiva de residuo para los hijos del matrimonio, por igualdad. Al llegar a este momento, se impone la aplicación de las capitulaciones matrimoniales, origen de los bienes, y decidir si existe una vinculación de los bienes recibidos o no, y, por tanto, si los esposos son libres para nombrar heredero a cualquier persona –por ejemplo, a su cónyuge– o si, por el contrario, no son libres totalmente porque necesariamente habrá de ser instituido heredero alguno o algunos de los hijos habidos en el matrimonio en previsión del cual se otorgaron las capitulaciones matrimoniales.

Y ocurre que podría entenderse que el término *podrá* quiere decir que podrá nombrar a algún hijo o podrá nombrar a otra persona. Es decir, interpretar el *podrá* como una facultad de decisión y de elección. Los contrayentes –donatarios– tienen libertad para nombrar heredero a cualquier persona y además tienen la facultad de elegir heredero a uno, a varios, o incluso, a todos los hijos, eligiendo ellos de consuno, o el sobreviviente, el instituido.

Otra posible interpretación del término en cuestión es la que entiende que *podrá* es equivalente a *deberá*, es decir, que los donatarios no tienen libertad absoluta para designar el heredero y sucesor en el patrimonio familiar que han recibido por la donación universal, sino que tienen la simple facultad de determinar el hijo o hijos instituidos herederos.

Para resolver la duda de interpretación del término, en primer lugar, es preciso acudir al sentido gramatical de la expresión. De los distintos sentidos que tiene el verbo *poder* nos interesan los que se refieren a *dominio*, *imperio*, *facultad* y también las acepciones que hacen equivalente el poder a *capacidad o potencia de hacer alguna cosa*. De esta vía no resulta una interpretación única puesto que *podrá* puede significar *deberá* (imperativo), o bien, puede significar que tendrá la facultad de hacer (facultativo).

Hay que acudir, entonces, al siguiente criterio de interpretación que consiste en averiguar la intención evidente de los contratantes y, para ello, debe atenderse a los actos coetáneos y posteriores del contrato. En este sentido, parece que debe concluirse que se contratan unas capitulaciones para regular y ordenar el régimen matrimonial familiar y, por extensión, el régimen de los bienes de la familia a lo largo de varias generaciones como si los efectos del contrato se quisieran prolongar más allá de la vida de los otorgantes. En todo caso, se pretende regular los efectos de una institución patrimonial en la familia y respecto de la familia, no respecto de unas personas concretas y determinadas –los donatarios–, sino de otros más que existirán en el futuro. De aquí parece que la interpretación debe inclinarse hacia el sentido imperativo, es decir, que *podrá* sería equivalente a *deberá*.

Sin embargo, estas razones son evidentes para el que haya conocido las capitulaciones y, sin embargo, no han sido suficientes para convencerle. Por esto, creo que se puede acudir, todavía, a otro criterio de interpretación más. El siguiente criterio es el de la eficacia de las normas que argumenta el que una norma se estipula para que produzca sus efectos, no para que no los produzca. Para no producir efectos no hace falta establecer ninguna norma.

Según este último criterio habría que entender que si acudimos a la interpretación del término en sentido facultativo no se añade nada que no existiera si no se estableciera la norma. Los donatarios, por sí mismos, ya pueden elegir heredero a quien tengan por conveniente, no es preciso que ningún pacto capitular les reconozca una facultad que ya tienen. Si *podrá* quiere decir sólo *podrá*, ya podía hacerlo antes de otorgar capitulaciones. Sería un pacto absurdo destinado a no producir ningún efecto jurídico.

Ahora bien, si entendemos que el término tiene un sentido imperativo, entonces se está regulando una facultad anterior, ya existente, en el sentido de limitarla y regularla para que se ejerza sólo de una manera posible de entre las varias que antes de su regulación podían darse. Entonces esta interpretación tiene sentido, está destinada a producir efectos que son la limitación de las facultades preexistentes, y la cláusula en cuestión no es una cláusula absurda.

Por último, queda una ulterior regla de interpretación que es la que se refiere a la interpretación de los contratos conforme a la naturaleza y objeto del contrato y al uso o la costumbre del país. Si estos criterios de interpretación se ponen en relación con la Ley 490 del Fuero Nuevo de Navarra que se fundamenta en la voluntad declarada como fuente normativa del contrato, habrá que acudir a la voluntad de los donantes e instituyentes y a la regulación que para las donaciones *propter nuptias* se contiene en la Ley 112 y siguientes del Fuero Nuevo de Navarra, de donde resulta que las mismas pueden contener un pacto sucesorio que regula la ordenación de la sucesión familiar de una manera global y sucesiva a través de las generaciones con una expresa vinculación de los bienes familiares a las generaciones posteriores.

En conclusión: de entre las dos posibles interpretaciones del término *podrá*, a mi entender, la más adecuada a la naturaleza del contrato es la equivalente a *deberá* en sentido imperativo y limitativo de la facultad de designar herederos que tienen los donatarios. Por tanto, los donatarios no pueden otorgar institución recíproca de herederos en los bienes recibidos por la donación, sino, y solamente, determinar al hijo o hijos herederos de los mismos.

**LAS CERTIFICACIONES DE DOMINIO
DE LA IGLESIA CATÓLICA.
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 206
DE LA LEY HIPOTECARIA**

MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO

*Profesor Asociado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Oviedo*

SUMARIO: **I.** CERTIFICACIONES DE DOMINIO E IGLESIA CATÓLICA.
II. SU CONSTITUCIONALIDAD. **1.** La interpretación en clave constitucional. **2.** La aplicación de la Constitución a las certificaciones de dominio. **III.** SU VIGENCIA Y APLICABILIDAD. **1.** Fincas no inscritas. **2.** Fincas inscritas. **IV.** CONCLUSIÓN.

I. Certificaciones de dominio e Iglesia católica

El artículo 206 de la Ley Hipotecaria recoge un medio excepcional y supletorio de inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad; se trata, por tanto, de un procedimiento inmatriculador que sólo puede ser utilizado en determinados casos, y siempre que se cumplan los requisitos fijados al efecto (1). El precepto se encuadra en el Título relativo a la *concordancia entre el Registro y la realidad jurídica*, y en su concepción originaria tiene por objeto facilitar el acceso al Registro de aquellos patrimonios ingentes que carecen de títulos escritos acreditativos del dominio.

En concreto, permite a determinados entes –el Estado, la provincia, el municipio, las corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y la Iglesia católica–, en ausencia de título escrito de dominio, inscribir en el Registro los bienes inmuebles –fincas– que les pertenezcan, por medio de certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté su administración.

Como precisa la Ley, el acto certificador deberá expresar el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos los bienes. Estas cuestiones, junto con otras relativas a la certificación, son reguladas con mayor detalle en los artículos 303 a 307 del Reglamento Hipotecario, que bajo el Título “certificaciones de dominio”, desarrollan el contenido de la disposición legal citada, prestando una especial atención a la potestad certificadora y a los requisitos de la certificación. Así, por lo que respecta a las fincas de la Iglesia, el artículo 304 *in fine* señala que las certificaciones serán expedidas por los diocesanos respectivos.

En atención a su carácter excepcional, los efectos jurídicos que produce y despliega el procedimiento de inmatriculación por medio de certificación se encuentran limitados. En este sentido, el artículo 207 de la Ley señala que las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo al artículo 206 no surtirán efecto, respecto de tercero, hasta transcurridos dos años desde su fecha.

Asimismo, como ha precisado la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones de 11 de noviembre de 1992 (2) y de 8 de octubre de 1999 (3), la certificación administrativa de dominio sólo posee eficacia inmatriculadora, pero resulta ineficaz como medio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (4).

(1) Cfr. el artículo 199.c) de la Ley Hipotecaria.

(2) Vid. *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1 (1992), pp. 346-352.

(3) Vid. BOE de 9 de noviembre de 1999.

(4) Sobre la inmatriculación de fincas por medio de certificación de dominio, vid. LA-CRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho civil*, vol. III bis (*Dere-*

En su referencia a la Iglesia católica, el precepto plantea una serie de cuestiones, que pueden ser agrupadas en dos bloques: por un lado, en un análisis del artículo en clave constitucional, se suscitan dudas sobre su compatibilidad con el diseño de relaciones Iglesia-Estado fijado en la Constitución; por otro lado, puesto que estamos ante una disposición que es Derecho vigente y, en consecuencia, aplicada en el ámbito jurídico, surgen discrepancias en torno a su empleo, alcance y efectos.

Por lo que se refiere al aspecto estrictamente constitucional, la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre (5), ha tenido el efecto de disparar las acusaciones de inconstitucionalidad contra la facultad de la Iglesia católica de inmatricular bienes en el Registro de la Propiedad por medio de certificación de dominio expedida por el diocesano.

En efecto, en varios trabajos doctrinales (6), todos ellos posteriores al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y en los que dicha sentencia asume un papel relevante en la argumentación, se defiende la ilegitimidad constitucional del artículo 206 de la Ley Hipotecaria en su referencia a la Iglesia católica. No obstante esta afirmación, lo cierto es que con anterioridad a la sentencia 340/1993 del Tribunal Constitucional, la constitucionalidad del precepto ya había sido cuestionada (7).

cho inmobiliario registral), 2.^a edición, 1984 (reimpresión de 1991), pp. 332-333; CHICO ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo I, 3.^a edición, Madrid, 1994, pp. 817-823; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. III (*Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*), 6.^a edición, Madrid, 1997, pp. 294-295; y ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, tomo IV, 8.^a edición, Barcelona, 1997, pp. 617-630.

(5) BOE de 10 de diciembre. La sentencia declara inconstitucional la mención de la Iglesia católica en el artículo 76.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Breves comentarios sobre su hilo argumental se encuentran en LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Régimen patrimonial de las confesiones religiosas", en AAVV: *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, 1994, pp. 754-756, nota 39; y TIRAPU, D., y VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J. M.: *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil*, Granada, 1996, pp. 99-100.

(6) Vid. HAZA DÍAZ, P. de la: "Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 630 (1995), pp. 1587-1600; y en GONZÁLEZ RUS, J. J. (coordinador): *Estudios penales y jurídicos en homenaje al prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 309-320; TORRES GUTIÉRREZ, A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993 de 13 de mayo", en MARTÍNEZ TORRÓN, J. (editor): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, 1998, pp. 849-856 (aunque el título del trabajo citado parece referirse a otra sentencia del Tribunal Constitucional, la fecha indicada -13 de mayo- es incorrecta, pues el fallo del Constitucional -sentencia 340/1993- es de 16 de noviembre); y MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.: "Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria por lo que toca a los bienes de la Iglesia Católica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 18 de noviembre de 1996", en *Revista de Derecho Privado*, febrero (1999), pp. 128-137.

(7) Vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: "Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio como medio inmatriculador", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 563 (1984), pp. 843-866; GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación hipotecaria*

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha sumado a la crítica vertida sobre la potestad de la Iglesia de inmatricular fincas en el Registro sin título escrito de dominio. En concreto, en su sentencia de 18 de noviembre de 1996 (8) se afirma que “el precepto registral 206 se presenta poco conciliable con la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución, ya que puede representar un privilegio para la Iglesia Católica, en cuanto no se aplica a las demás confesiones religiosas inscritas y reconocidas en España, dado que en la actualidad la Iglesia Católica no se encuentra en ningún sitial especial o de preferencia que justifique objetivamente su posición registral y tratamiento desigual respecto a las otras confesiones, consecuencia del principio de libertad religiosa establecida en el artículo 16.1 de la Constitución”.

En un sentido distinto, otros autores se muestran partidarios de extender el régimen inmatriculatorio del artículo 206 de la Ley Hipotecaria a las confesiones acatólicas, bien sobre la base del principio de igualdad (9), o bien con apoyo en la libertad religiosa y en la no confesionalidad del Estado (10).

De otro lado, considerado el artículo 206 de la Ley Hipotecaria como Derecho vigente, los problemas jurídicos que origina la aplicación de la inmatriculación de fincas mediante certificación a la Iglesia católica, se desdoblan en dos momentos distintos de contenido radicalmente diverso.

En un primer momento, situado temporalmente en la fase previa a la inscripción, la cuestión a dilucidar es la relativa a la determinación de los bienes de la Iglesia que pueden acceder al Registro por medio de esta vía. Ello obliga a tener en cuenta dos factores: el origen del precepto y la autoridad u oficio competente para emitir la certificación.

Posteriormente, una vez inmatriculadas las fincas, los conflictos se trasladan a la vía judicial, y tienen por objeto precisar el titular dominical de los bienes inmatriculados por medio de certificación. La causa última de las controversias se encuentra en la relajación de la seguridad jurídica que se produce en este proceso inmatriculador, que da lugar a supuestos de doble inmatriculación de fincas en el Registro o a inscripciones que no concuerdan con la realidad jurídica. No obstante, ingre-

y del Registro Mercantil, 2.ª edición, Madrid, 1990, p. 97, nota 35; y LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, 2.ª edición, Madrid, 1991, p. 849.

(8) RAJ 8213.

(9) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: “Régimen patrimonial de las confesiones religiosas...”, cit., pp. 753-754.

(10) Vid. MANZANO SOLANO, A.: *Derecho registral inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, vol. II (*Procedimiento Registral Ordinario*), Madrid, 1994, pp. 454-455.

dientes de primer orden en dichas confusiones y disputas, como tendremos ocasión de ver, van a ser la farragosa legislación desamortizadora y la confusión entre potestad eclesiástica y titularidad dominical.

II. Su constitucionalidad

1. La interpretación en clave constitucional.

Como hemos indicado, existen posturas doctrinales que se han aproximado al análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria desde una óptica exclusivamente constitucional, dejando al margen la problemática jurídica que encierra la aplicación del precepto. El tema a resolver, pues, una vez situados en esta perspectiva, es la constitucionalidad o no de la facultad de la Iglesia de inmatricular fincas en el Registro por medio de certificación.

Las respuestas posibles al interrogante planteado son dos: bien postular su ajuste a la norma suprema, o bien inclinarse por su inconstitucionalidad. Prescindiendo en este momento de la primera alternativa señalada, la incompatibilidad entre el artículo 206 y el texto constitucional puede obedecer a dos motivos distintos, que pasamos a analizar: la confesionalidad, inconstitucionalidad *in radice*, o la igualdad, inconstitucionalidad *per accidens*, que no cuestiona la bondad material del precepto.

Uno de los argumentos doctrinales en pro de la inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria es la equiparación que efectúa entre la Iglesia católica y los entes públicos. Es decir, según esta corriente doctrinal, estamos ante un procedimiento especial aplicable a entidades de Derecho público, del que se beneficia la Iglesia a causa del carácter confesional del Estado español en la época de redacción del precepto (11).

Por ello, puesto que el artículo 16.3 de la Constitución, al recoger el principio de laicidad o no confesionalidad, veda la equivalencia jurídica entre el Estado y las confesiones religiosas, la conclusión lógica es la inconstitucionalidad sobrevenida de la mencionada disposición de la Ley Hipotecaria.

(11) Vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: "Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio...", cit., pp. 859-862; HAZA DÍAZ, P. de la: "Inmatriculación de bienes de la Iglesia...", cit., pp. 1595-1597; TORRES GUTIÉRREZ, A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993...", cit., pp. 853-855; y MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.: "Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria...", cit., pp. 136-137.

Dicho en palabras del Tribunal Constitucional, “al determinar que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparables al Estado, ocupando una igual posición jurídica” (12).

Asimismo, en estrecha relación con lo anterior, los autores citados atribuyen al artículo 206 de la Ley Hipotecaria una confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, producto de la potestad del diocesano para certificar que las fincas pertenecen a la Iglesia (13), lo que con-

(12) Cfr. el Fundamento Jurídico IV de la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993. En la sentencia del Tribunal Constitucional parece establecerse una especie de vinculación entre confesionalidad del Estado español y equiparación de la Iglesia con las corporaciones de Derecho público [cfr. el apartado D) del Fundamento Jurídico IV]; paralelismo que está presente en algunos autores [vid. GARRIDO FALLA, F.: “La situación de la Iglesia en España como institución y su correlativo reflejo en el Derecho constitucional español”, en *Revista de Administración Pública*, 84 (1977), pp. 279-290]. En realidad, dicha equiparación nunca se ha producido en el Derecho español, con lo que acudir a ella, como hace el Tribunal Constitucional, induce a confusión. La aplicación de la noción de corporación de Derecho público a las confesiones religiosas es una idea típica del Derecho alemán [vid. ZABALZA, I.: *Las confesiones religiosas en el Derecho eclesiástico alemán*, Barcelona, 1986, pp. 71-125; y ROBBERS, G.: “Estado e Iglesia en la República Federal de Alemania”, en ROBBERS, G. (editor): *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Baden-Baden/Madrid, 1996, p. 61], sin perjuicio de que esté presente en otros países [vid. SUÁREZ PERTIERRA, G.: “La personalidad jurídica de la Iglesia en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 36 (1980), p. 472]. En España, el intento más serio de importar esta construcción se produjo durante la elaboración de la Constitución de la II República. En el artículo 8 del Anteproyecto de Constitución elaborado por la Comisión Jurídica Asesora se disponía, siguiendo la Constitución de Weimar, que la Iglesia católica tenía la condición de corporación de Derecho público, carácter que podrían obtener, previa solicitud, otras confesiones que por su constitución y número de miembros ofrecieran garantías de subsistencia [vid. ARBELOA, V. M.: “Iglesia y Estado en el anteproyecto de Constitución de 1931”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 27 (1971), pp. 313-347]. Al final, dicha propuesta, a la que se oponían autores como FERNÁNDEZ CLÉRIGO, RAMOS (vid. MEER, F. de: *La cuestión religiosa en las Cortes Constituyentes de la II República española*, Pamplona, 1975, p. 64) o POSADA (vid. POSADA, A.: *La nouvelle constitution espagnole. Le régime constitutionnel en Espagne*, París, 1932, p. 150), no salió adelante. Cuestión distinta es que para un aspecto concreto se establezca expresamente por el legislador la mencionada equivalencia, tal y como ocurre en el Decreto de 22 de julio de 1948 a efectos de arrendamientos urbanos. Sin embargo, ello no quiere decir que la Iglesia sea una corporación de Derecho público, o que dicha categoría jurídica sea una consecuencia necesaria de la confesionalidad del Estado, sino que en una determinada materia se va a aplicar el régimen jurídico de las corporaciones de Derecho público a la Iglesia católica.

(13) Vid. HAZA DÍAZ, P. de la: “Inmatriculación de bienes de la Iglesia...”, cit., pp. 1595-1597; TORRES GUTIÉRREZ, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993...”, cit., pp. 853-855; y MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.: “Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria...”, cit., pp. 136-137. En palabras del Tribunal Constitucional recogidas en el Fundamento Jurídico IV de la Sentencia 340/1993, “como se ha dicho en la STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º, el artículo 16.3 CE «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales»”.

duce, en último término, a que un oficio eclesiástico asuma competencias estatales (públicas).

Otra de las razones alegadas por la doctrina para defender la necesaria anulación del artículo 206 de la Ley Hipotecaria en la parte correspondiente a la Iglesia católica, es la vulneración del principio de igualdad (14).

Existe, evidentemente, una diferencia de trato entre la confesión católica y el resto de confesiones religiosas, cuya consecuencia, en opinión de los autores indicados, es la inconstitucionalidad del precepto. Como afirma MALUQUER DE MOTES BERNET, “de encontrarnos en una situación o relación jurídica similar de naturaleza privada, en la que la persona jurídica fuese otra confesión religiosa, es evidente que no podría considerarse incluida en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, con lo que nos encontraríamos con una atribución de consecuencias jurídicas distintas, cuando en realidad estaríamos ante situaciones objetivamente iguales, por la sola circunstancia de pretender inscribir en el registro de la propiedad la Iglesia Católica, que provoca una clara diferencia de trato que es contraria al artículo 14 de la Constitución” (15).

Con una orientación radicalmente distinta, otro sector doctrinal (16), pese a sostener, al igual que los autores anteriores, que el artículo 206 de la Ley Hipotecaria vulnera el artículo 14 de la Constitución, se inclina por la extensión del medio inmatriculador contemplado en dicho artículo al resto de confesiones religiosas.

2. La aplicación de la Constitución a las certificaciones de dominio.

En este análisis constitucional de la inmatriculación de fincas por la Iglesia católica por medio de certificación diocesana, los conceptos jurídicos manejados son la confesionalidad y la igualdad. Es decir, nos movemos en el campo de los principios informadores del Derecho eclesiástico (17),

(14) Vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: “Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio...”, cit., pp. 863-866; HAZA DÍAZ, P. de la: “Inmatriculación de bienes de la Iglesia...”, cit., pp. 1597-1599; TORRES GUTIÉRREZ, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993...”, cit., pp. 853-855; y MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.: “Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria...”, cit., pp. 136-137.

(15) Vid. MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.: “Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria...”, cit., p. 137.

(16) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: “Régimen patrimonial de las confesiones religiosas...”, cit., pp. 753-754.

(17) Sobre la construcción doctrinal de los principios informadores del Derecho eclesiástico y su proyección en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vid. CALVO-ÁLVAREZ, J.: *Los principios del Derecho eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1999.

deducidos de la toma de postura de la Constitución ante el hecho religioso.

Sin poner en tela de juicio el carácter jurídico de los principios informadores y, por tanto, su irradiación sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, es necesario tener presente que su utilización como recurso metodológico ha de seguir unas pautas concretas, que vienen exigidas por su especial naturaleza y configuración.

Los principios, a diferencia de las reglas jurídicas, no contienen un mandato preciso y determinado, sino que proporcionan criterios para tomar posición ante un caso concreto (18); dicho de otro modo, a través de su aplicación se puede llegar a soluciones dispares igualmente legítimas (19). Puede decirse con ZAGREBELSKY (20), que carecen de supuesto de hecho y, en consecuencia, su significado no puede determinarse en abstracto, sino que vendrá fijado individualmente para cada supuesto. Ello conduce a que, pese a su relevante función jurídica al situarse en la cúspide del sistema, sólo puedan elevarse a único criterio decisor cuando exista una oposición irreductible entre ellos –entre su contenido mínimo– y la norma enjuiciada (21).

Lo anterior se encuentra estrechamente unido a la presunción de constitucionalidad existente en favor del conjunto de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. Con dicha afirmación, se quiere poner de relieve que, en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha de procurar salvar la subsistencia de las leyes (22) y limitar al mínimo las declaraciones de inconstitucionalidad (23). Así lo señala dicho Tribunal en el Fundamento Jurídico I de la sentencia 4/1981, de 2 de febrero (24), cuando afirma que “dadas las especiales características que presenta el recurso –se refiere el Tribunal al recurso de inconstitucionalidad–, sea

(18) Vid. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (traducción de M. Gascón), Madrid, 1995, pp. 110-111.

(19) Vid. PRIETO SANCHÍS, L.: “Principios constitucionales del Derecho eclesiástico español”, en IBÁN, I., PRIETO SANCHÍS, L., y MOTILLA, A.: *Curso de Derecho eclesiástico*, Madrid, 1991, pp. 182-184.

(20) Vid. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil...*, cit., loc. cit.

(21) Vid. PRIETO SANCHÍS, L.: “Principios constitucionales del Derecho eclesiástico...”, cit., pp. 173-176.

(22) En este sentido, en el Fundamento Jurídico X de la sentencia del Tribunal Constitucional 1/1981, de 26 de enero (BOE de 24 de febrero), se señala que “el art. 73, y con él, el 82, tenemos que interpretarlos en nuestro tiempo, marginando soluciones fáciles apoyadas en la efectividad de la disposición derogatoria de la Constitución, y evitando, sin daño para el sistema y, desde luego, para la armonía en las relaciones institucionales que dice el art. 16.3 de aquélla, vacíos normativos, a la espera de nuevas regulaciones en la materia”.

(23) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 8.ª edición, 1997, p. 100.

(24) BOE del 24.

necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación”.

Para dilucidar, entonces, la cuestión planteada, esto es, si existe una contradicción insalvable entre los principios constitucionales del Derecho eclesiástico y el artículo 206 de la Ley Hipotecaria en su referencia a la Iglesia católica, se debe acudir al origen del precepto, a su *ratio legis*, en orden a precisar y situar con exactitud los términos del conflicto. De lo contrario, nos moveríamos en ese plano meramente abstracto criticado por CATALANO, cuando afirma que “nella nostra disciplina sussiste assai forte la tentazione di adottare ermeneutiche ideologiche o basate sul cosiddetto «spirito» del sistema, o su dati non riscontrabili analiticamente quali ad esempio il «favor religionis», o il criterio «laicista» o quello «confessionista» etc.: strumenti di sintesi intellettuale ai quali si ricorre pur quando un sincero sforzo renderebbe possibile il ritrovamento (caso per caso) dell'impegno normativo, dedotto attraverso una ricostruzione rigidamente aderente al dato” (25).

Si se parte de que el artículo 206 establece una igualdad de posiciones entre entes públicos e Iglesia católica, el razonamiento doctrinal descrito líneas atrás es intachable. Sin embargo, dicho proceder está dando por supuesta la equiparación denunciada, algo que sólo se puede determinar una vez esclarecido adecuadamente el origen de la norma. En idéntico sentido, si la exclusiva mención de la Iglesia católica en el artículo 206 proviene de su posición privilegiada en el Derecho español, que conducía a una marginación legislativa de los llamados cultos disidentes, puede ser lógico inclinarse por su aplicación al resto de confesiones. No obstante, para precisar tal aspecto resulta ineludible, como venimos señalando, la indagación histórica, en el sentido de recurso metodológico apropiado para fijar la motivación, sentido y función del artículo.

La doctrina hipotecarista acostumbra a cifrar el origen de la inmatriculación por certificación de dominio en las certificaciones posesorias introducidas en nuestro ordenamiento por el Real Decreto de 11 noviembre de 1864 (26). Sin cuestionar dicha afirmación, a efectos de nuestro

(25) Vid. CATALANO, G.: “Problemi metodologici nel diritto ecclesiastico tra storia e dogmatica”, en AAVV: *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1982, p. 30.

(26) Vid. CHICO ORTIZ, J. M., y BONILLA ENCINA, J. F.: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo I, 2.ª edición, Madrid, 1967, p. 719; y ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario...*, cit., p. 618. Se trata del Real Decreto por el que se dictan disposiciones para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que poseen o administran el Estado y las corporaciones civiles.

trabajo, resulta conveniente retroceder ligeramente hacia atrás en los antecedentes históricos, y traer a colación el Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, por el que se dictan reglas para la inscripción en los Registros de la Propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que posean o administren el Estado y corporaciones civiles y no se hallen exceptuados de la desamortización (27).

En la parte expositiva de este último Real Decreto se detalla con gran minuciosidad la necesidad de crear las certificaciones de posesión. La razón se encuentra en la urgencia de inscribir determinados bienes inmuebles en el Registro, unida a la carencia de títulos escritos acreditativos de la titularidad dominical (28).

En relación con las fincas del Estado, la Iglesia, los pueblos o los establecimientos de beneficencia que fueran a ser enajenadas por efecto de la desamortización, se preveía verificar la inscripción en el momento de la venta, realizándose dos inscripciones, una a favor del último propietario —cualquiera de los mencionados—, y otra a favor del adquirente. Duplicidad de asientos que respondía a la prohibición recogida en la Ley Hipotecaria de inscribir nuevos contratos sobre bienes que no estuvieran ya inscritos a favor de aquél que los transfiriese o gravase.

Para suplir la ausencia documental reseñada, en lugar de acudir a las informaciones de posesión previstas para los particulares, se opta por crear las certificaciones posesorias. Dicha decisión legislativa se fundamenta en las siguientes razones: en primer lugar, el Estado, a diferencia de los particulares, puede acreditar su posesión por medio de documentos auténticos; en segundo lugar, y esta es a nuestro juicio la causa principal, no era materialmente posible instruir un expediente de posesión para cada una de las fincas que se encuentran en dicha situación (29).

(27) Vid. *Colección Legislativa de España*, 90, segundo semestre de 1863, pp. 624-631.

(28) “Pero como gran parte de unos y de otros bienes carecen de título escrito, bien porque nunca lo tuvieron, ó bien porque se estraviaron al incautarse de ellos el Estado, por mas que abone su dominio una larguísima y no interrumpida posesion, es indispensable suplir este defecto de modo que, sin faltar á la ley, pueda tal inscripción verificarse sin menoscabo de ningún derecho” (cfr. *Colección Legislativa de España...*, cit., p. 626).

(29) “La ley hipotecaria ofrece en casos análogos á los particulares el remedio sencillo de las informaciones de posesion; este mismo remedio puede servir al Estado, pero con la ventajosa diferencia de que si aquellos no pueden justificar su posesion sino con el testimonio de personas privadas, este puede hacerlo mas facilmente con documentos auténticos, los cuales son segun la ley, títulos inscribibles. No sería además materialmente posible, sino con un número larguísimo de autos, instruir, para cada finca de las muchas que se hallan en aquel caso, un expediente de posesion, ni sería tampoco conforme á los buenos principios que la Administración, para justificar hechos que le constan oficialmente y sobre los cuales puede certificar necesitara abonar su dicho con testigos particulares” (cfr. *Colección Legislativa de España...*, cit., p. 626).

En la parte dispositiva se regula extensamente –puntos 6.º a 12.º– el régimen subsidiario de inscripción por medio de certificaciones posesorias, y se detallan sus características y efectos. A continuación, el punto 13.º extiende dicha regulación a los bienes que posea el clero o se le devuelvan y deban permanecer en su poder amortizados, especificándose que las certificaciones necesarias al efecto serán expedidas por los diócesanos respectivos.

A nuestro entender, pese a que en el Real Decreto se aducen dos motivos para introducir las certificaciones de posesión –potestad estatal e imposibilidad de acudir al procedimiento ordinario–, el fundamento principal de estas certificaciones reside, principalmente, en el segundo de los motivos alegados, es decir, en la existencia de amplísimos patrimonios poseídos desde tiempo inmemorial, pero carentes de título escrito acreditativo del dominio; situación que, sin duda, concurre en el caso de la Iglesia católica. El carácter preeminente otorgado a la potestad certificadora del Estado, como tendremos ocasión de ver más adelante, es más que discutible, como lo demuestra el hecho de que una Real Orden de 20 de junio de 1863 (30), dictada seis meses antes de la introducción de las certificaciones posesorias, hubiera remitido, para la inscripción de los bienes estatales faltos de título, a las disposiciones generales de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 –artículos 397 a 410– aplicables a los particulares.

El cambio de orientación legislativa producido meses más tarde –Real Decreto de 6 de noviembre– se enmarca, como se deduce de su introducción expositiva, en una legislación que tiene por objeto promover la inscripción de bienes en el Registro y, en especial, de aquéllos pertenecientes al Estado, a la Iglesia, a los pueblos y a los establecimientos de beneficencia, como único medio para lograr su efectiva desamortización (31). Es decir, dado que los bienes no se pueden amoldar a los requisitos de la legislación registral, es el Registro el que se acomoda a los bienes. La carencia de títulos escritos obliga a unos procedimientos especiales que se aplican a unos entes que se encuentran en la misma situación: posesión de un enorme patrimonio sin títulos escritos que lo acrediten.

(30) Cfr. la regla 6.ª de la Real Orden de 20 de junio de 1863, por la que se dictan las reglas que se han de observar para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos del Estado, de las corporaciones civiles y del clero (*vid. Colección Legislativa de España...*, cit., p. 960; la circunstancia de que esta Orden aparezca con un número de página más elevado que el Real Decreto de 6 de noviembre pese a ser anterior, obedece a que se encuentra recogida en el Apéndice).

(31) Como se afirma en la parte expositiva del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, “con mas razon es necesario inscribir las fincas que el Estado posee ó administra y tiene puestas en venta, y las que pertenecen a corporaciones y deben venderse también” (cfr. *Colección Legislativa de España...*, cit., p. 625).

Que tales circunstancias se encontraban presentes en el patrimonio de la Iglesia católica es manifiesto. Como ha afirmado HERVADA (32), el patrimonio eclesiástico nace casi con la misma Iglesia, e instituciones como el sistema benefical tienen unos orígenes que se remontan a la época romana (33). Por otra parte, en relación con la extensión del patrimonio eclesiástico, pueden traerse a colación los datos ofrecidos por Campomanes en 1764, conforme a los cuales la Iglesia poseía la doceava parte de las tierras cultivadas (34). Asimismo, según BELTRÁN FUSTERO (35), cuando se acomete el proceso desamortizador de los bienes de la Iglesia en el siglo XIX, ésta poseía una quinta parte del territorio nacional (36).

El Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, dictado para corregir las dudas y problemas generados por el anterior de 1863 (37), reproduce, sin novedades dignas de reseña a nuestros efectos, el contenido del anterior.

Estas certificaciones posesorias, tras diversas modificaciones (38), fueron recogidas en los artículos 24 a 31 del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 (39). En concreto, es el artículo 31 el que hace referencia a la inscripción de bienes de la Iglesia, siguiendo con fidelidad absoluta lo dispuesto en los Reales Decretos de 1863 y 1864.

Con la reforma hipotecaria de 1944, la posesión, en tanto que hecho jurídico, desaparece del Registro de la Propiedad, circunstancia que ori-

(32) Vid. HERVADA, J.: "La relación de propiedad en el patrimonio eclesiástico", en *Ius Canonicum*, 2 (1962), p. 427.

(33) Vid. REINA, V.: *El sistema benefical*, Pamplona, 1965, pp. 106-140.

(34) Dichos datos fueron recordados con ocasión de la discusión parlamentaria sobre la legislación desamortizadora de la década 1840-1850 (vid. ANTEQUERA, J. M.: *La desamortización eclesiástica considerada en sus diferentes aspectos y relaciones*, Madrid, 1885, p. 110).

(35) Vid. BELTRÁN FUSTERO, L.: "Rasgos más destacados del régimen jurídico de las propiedades de la Iglesia católica", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (1962), p. 348.

(36) Vid., asimismo, los datos ofrecidos por CEBRIÁ GARCÍA, M. D.: *La autofinanciación de la Iglesia católica en España. Límites y posibilidades*, Salamanca, 1999, p. 199.

(37) Cfr. su parte expositiva; vid. *Colección Legislativa de España*, 92, segundo semestre de 1864, p. 646.

(38) Vid. el artículo 7 de la Ley de 10 de junio de 1897 [vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española (Apéndice de 1897)*, Madrid, 1897, p. 227], el Real Decreto de 25 de junio de 1897, por el que se regulan los procedimientos que han de seguirse para alcanzar la concesión de los terrenos poseídos y roturados arbitrariamente (vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española...*, cit., pp. 370-372) y la Real Orden de 28 de octubre de 1897, resolviendo acerca de la manera de inscribir en el Registro las certificaciones expedidas por las delegaciones de Hacienda, para justificar la adjudicación administrativa hecha por el Estado en virtud de la Ley de 10 de junio de 1897 (vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española...*, cit., p. 658).

(39) Vid. *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo II, vol. I, Madrid, 1974, pp. 799-800.

gina la transformación de las certificaciones posesorias en certificaciones de dominio. La ausencia de simpatías hacia este medio inmatriculador, a la que no era ajena el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 (40), cede ante el espíritu del cambio legislativo, que hace primar el acceso de fincas al Registro por encima de la certeza jurídica (41). En palabras de GARCÍA GARCÍA, en la reforma “se prefiere regular con mayor flexibilidad el acceso de la propiedad al Registro, que admitir la inscripción de la posesión como una forma de admitir el acceso al Registro de títulos defectuosos o de situaciones jurídicas no plenamente acreditadas” (42). Como señalaba unos años más tarde SANCHO REBULLIDA, “la rigurosa exigencia de titulación adecuada alejaría del Registro un sector de la propiedad inmueble cuyos titulares carecen de ella y que sin embargo pueden demostrar que lo son. Como la política legislativa es de atracción de todas las fincas al Registro, cuando tales titulares quieren inscribir, el ordenamiento jurídico procura darles alguna oportunidad de ingreso” (43).

(40) Actual artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

(41) Particularmente claro al respecto es el punto XIII de la parte expositiva de la Ley de 30 de diciembre de 1944: “La inmatriculación o primera inscripción en el Registro ha sido objeto de profunda reforma. El expediente de dominio, de trámites largos y costosos, más que como sistema de intabulación se ha utilizado, las pocas veces que lo ha sido, como medio de reanudación de la vida registral y de liberación de cargas. La información posesoria, por otra parte, no constituye base segura para un sistema que se endereza a dar mayor valor a la inscripción. La experiencia patentiza, además, que no ha correspondido al resultado que se esperaba. La modalidad aceptada en este texto pretende compaginar la triple finalidad que debe reunir todo expediente inmatriculador: seguridad en la adquisición del derecho que se trata de inscribir, perfecta identificación del inmueble que deba inmatricularse y sustanciación breve y económica que facilite el ingreso de los derechos en el Registro. Aunque el controvertido procedimiento inmatriculador del párr. 3.º del art. 20 de la Ley anterior debería ser derogado, ya que, en pura doctrina, no ofrece todas las garantías indispensables a esta clase de expedientes, se ha juzgado necesario mantenerlo hasta que haya ingresado en los libros registrales gran masa de la propiedad, no inscrita todavía. *Ante el estado de nuestro Registro, la implantación de medidas menos asequibles, si bien más perfectas, podría dificultar el acceso de las fincas que, en elevado porcentaje, permanecen aisladas del mismo*” [vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración española (Apéndice de 1945)*, Madrid, 1945, p. 14; la cursiva es nuestra].

(42) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, vol. I, 1.ª edición, Madrid, 1988, p. 277. No nos parece fundada la opinión de BALLARÍN HERNÁNDEZ, que vincula la inmatriculación por medio de certificación de dominio con la privilegiada presencia estatal, con la extensa e intensa influencia de la Iglesia católica y de la Organización Sindical, y con razones de coherencia política de las formaciones emanadas del Movimiento (vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: “Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio...”, cit., p. 846).

(43) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª edición, Zaragoza, 1957, p. 410. En el mismo sentido, vid. ALONSO FERNÁNDEZ, J.: “La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 204 (1945), pp. 305-317.

Tras esta evolución legislativa, se puede concluir que las certificaciones de dominio tienen su origen en una situación de hecho –posesión de numerosas fincas sin título escrito acreditativo del dominio–, y se insertan en el marco de una política legislativa que favorece especialmente el acceso de las fincas al Registro. Estamos, pues, ante un tema de relación Registro de la Propiedad-título, que no es susceptible de ser analizado en clave de relaciones Iglesia-Estado.

De otro lado, conectar este particular medio inmatriculador con la especial posición jurídica de los entes públicos, supone elevar a *ratio legis* una exorbitancia jurídica que, en modo alguno, tiene por qué corresponder a la Administración pública, salvo que concurren, como es el caso, otras circunstancias, tanto de hecho como de Derecho. En principio, podría pensarse que la inmatriculación de fincas por las entidades de Derecho público acudiendo a la certificación de dominio, sería una manifestación de la autotutela administrativa (44); sin embargo, si se repara en que las manifestaciones de autotutela sólo protegen a la Administración en su calidad de poseedora (*interdictum proprium*) y en que progresivamente son interpretadas de forma restrictiva por los Tribunales (45), se ha de concluir que el artículo 206 de la Ley Hipotecaria obedece a una particular coyuntura, a la que el Derecho debe dar respuesta. Dicho de otra forma, tiene una razón de ser práctica –teleológica–, basada más en decisiones de política legislativa que en cuestiones de técnica jurídica.

En línea con lo anterior, ROCA SASTRE (46) critica la transformación de las certificaciones posesorias en certificaciones de dominio. En su opinión, los entes públicos deberían someterse a las mismas reglas que los particulares, pues no poseen ninguna potestad jurídica que les permita acreditar el dominio sobre una finca.

En el fondo de la crítica de ROCA SASTRE subyace la oportunidad misma del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, a lo que habría que añadir la pregunta de si hoy día concurren las mismas circunstancias que en 1944 motivaron la opción legislativa adoptada. Estamos, por tanto, ante un cuestionamiento general del precepto, que se enmarca en una proble-

(44) Sobre la autotutela administrativa, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo...*, cit., pp. 498-524.

(45) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo...*, cit., pp. 784-786. Para un análisis de la jurisprudencia constitucional al respecto, *vid.* LÓPEZ RAMÓN, F.: “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, 115 (1988), pp. 57-97; y FUERTES SUÁREZ, J. L.: “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coordinador): *Estudios sobre la Constitución española homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Madrid, 1991, pp. 2483-2491.

(46) *Vid.* ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario...*, cit., pp. 618-619.

mática que desborda ampliamente las facultades atribuidas a la Iglesia católica, y que se extiende a otros medios inmatriculatorios, como el recogido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, la inmatriculación de fincas por medio de certificación del diocesano no tiene un origen confesional y, en consecuencia, acogerse al artículo 16 de la Constitución y a una sentencia del Tribunal Constitucional para defender su inconstitucionalidad simplifica en exceso el análisis de la norma (47).

Hemos señalado más atrás, que junto a la equiparación Iglesia-Estado como fundamento de la inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, la doctrina le atribuía una confusión entre funciones religiosas y funciones estatales contraria al texto constitucional, producto de la certificación diocesana.

Sin embargo, la actividad certificadora no es una función exclusivamente estatal (48), sino que es ejercida por numerosos cargos –administradores de una sociedad mercantil, por ejemplo–, oficios –tal es el caso de los notarios (fe pública notarial)– o profesionales –médicos o arquitectos–, y suele estar ligada a unas concretas atribuciones jurídicas, técnicas y gnoscitivas.

En el caso de las confesiones religiosas, al ser instituciones que cuentan con una organización y un ordenamiento propio, las certificaciones son reclamadas por la legislación estatal para acreditar aspectos de exclusiva competencia confesional (49), actos jurídicos confesionales (50) o simples hechos o circunstancias conocidos por las autoridades confesionales que han de ser probados para tener relevancia en el ámbito civil (51).

(47) Aun conscientes de que el análisis detenido de la sentencia 340/1993 no forma parte de nuestro objeto de estudio, queremos precisar que el hecho de criticar su aplicación para sostener la inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria no significa que discrepemos de su fallo; simplemente, se trata de problemas distintos.

(48) Como afirma GARCÍA-TREVIJANO, “la función certificante pueden tenerla los particulares con reconocimiento legal y las autoridades eclesíásticas con el mismo reconocimiento” (vid. GARCÍA-TREVIJANO, J. A.: *Los actos administrativos*, Madrid, 1986, p. 310). Más adelante, el autor señala que “la función certificante privada tiene un amplio reconocimiento jurisprudencial a efectos probatorios a través del error de hecho basado en certificaciones de esta índole (documentos auténticos)” (vid. IDEM: op. loc. cit.). En contra de este criterio, MARTÍNEZ JIMÉNEZ concibe la función certificante como actividad administrativa desarrollada de forma exclusiva por entes públicos y, previa concesión pública, por personas físicas (vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E.: *La función certificante del Estado*, Madrid, 1977, pp. 15-21).

(49) Cfr. el artículo 3.2.c) del Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas.

(50) El ejemplo más claro es el del matrimonio canónico (cfr. el art. VI y el Protocolo Final del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979).

(51) Es el caso de la acreditación del desempeño de la actividad sacerdotal a efectos de Seguridad Social (cfr. el art. 2 del Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconoci-

En materia registral, dado el enorme patrimonio de la Iglesia, la ausencia de títulos, el proceso desamortizador o la problemática jurídico-registral de las capellanías (52), la legislación ha prestado una especial atención al valor jurídico de los documentos eclesiásticos, otorgando una singular efectividad probatoria a los procedentes del diocesano, como lo demuestra la Orden de 30 de diciembre de 1939, sobre la consideración de documentos auténticos a los rescriptos y documentos pontificios testimoniados por los ordinarios diocesanos (53).

El hecho de que el diocesano certifique que una finca pertenece a la Iglesia no implica que esté ejerciendo funciones públicas, porque dicha actuación no es propiamente una función estatal. Simplemente, se trata de la autoridad canónica que conoce ese aspecto o que ha de tramitar ante el Estado el acto certificador de otro ente eclesiástico.

Otra de las razones que la doctrina aducía para propugnar la inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria en la parte correspondiente a la Iglesia católica, era la vulneración del principio de igualdad (54), pues el precepto no menciona el resto de confesiones religiosas. Se rechaza, pues, el recurso de ampliar la regulación a las demás confesiones, aunque, como ya hemos indicado, existen posturas favorables a esta última posibilidad (55).

miento, como cotizados a la Seguridad Social, de períodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia católica secularizados), o de la certificación confesional por la que se pone de manifiesto, a efectos de exenciones fiscales, que determinados entes menores de las confesiones se dedican a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas, hospitalarias o de asistencia social (cfr., entre otros, el art. 90 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

(52) Cfr. la Real Orden de 17 de abril de 1925, sobre inscripción de bienes de capellanías colativo-familiares subsistentes por Convenio-Ley de 24 de junio de 1867 y el antiguo artículo 11 del Reglamento Hipotecario, reformado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. *Vid.*, asimismo, VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, J. M.: *Las capellanías colativo-familiares (Régimen legal vigente)*, Pamplona, 1992, pp. 253-259.

(53) Asimismo, existen otras materias no citadas, como las recogidas en la Orden de 19 de junio de 1957, sobre cambio de titularidad de bienes eclesiásticos en el Registro de la Propiedad por modificación de demarcaciones diocesanas y en la Orden de 6 de marzo de 1959, sobre cambio de titularidad de valores mobiliarios por modificación de los límites de las diócesis. Asimismo, debe tenerse en cuenta la normativa sobre personas interpuestas, mencionada en la nota 58.

(54) *Vid.* BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: "Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio...", cit., pp. 863-866; HAZA DÍAZ, P. de la: "Inmatriculación de bienes de la Iglesia...", cit., pp. 1597-1599; TORRES GUTIÉRREZ, A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993...", cit., pp. 853-855; y MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J.: "Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria...", cit., pp. 136-137.

(55) *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M.: "Régimen patrimonial de las confesiones religiosas...", cit., pp. 753-754; y MANZANO SOLANO, A.: *Derecho registral inmobiliario...*, cit., pp. 454-455.

En nuestra opinión, una vez desentrañada la *ratio* inspiradora del precepto, la hipotética vulneración del principio de igualdad desaparece. El carácter objetivo y razonable de la diferencia de trato legal, exigido por la jurisprudencia constitucional, se encuentra en las diferentes circunstancias de hecho que concurren en la Iglesia católica y en el resto de confesiones religiosas, al menos en nuestro ordenamiento.

La Iglesia católica, a diferencia de las demás confesiones, posee desde tiempo inmemorial un enorme patrimonio carente de títulos escritos de dominio. Si a esto se añade que la intención del legislador era facilitar la inscripción de bienes en el Registro, se debe concluir que el artículo supera el juicio de proporcionalidad demandado por la jurisprudencia constitucional, referido a la relación entre la medida adoptada, el resultado obtenido y la finalidad pretendida por el legislador (56). Por tanto, tan incorrecta nos parece su supresión por no contemplar al resto de las confesiones, como su extensión a los entes religiosos acatólicos.

La disparidad legislativa entre confesiones religiosas, en relación con la inscripción de bienes en el Registro, es una constante en nuestro ordenamiento jurídico, de la que aún perviven más ejemplos aparte del artículo 206 de la Ley Hipotecaria.

Tal es el caso de la Orden de 19 de junio de 1957, sobre cambio de titularidad de bienes eclesiásticos en el Registro de la Propiedad por modificación de demarcaciones diocesanas, que sólo afecta, como se deduce de su título, a la Iglesia católica. Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de libertad religiosa contempla la inscripción de bienes en el Registro por las confesiones acatólicas, con la intención de regularizar la situación jurídica de los bienes inscritos a través de personas interpuestas (57). Con idéntico sentido, en los años cuarenta se dic-

(56) Como se afirma en el Fundamento Jurídico III de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio (BOE del 20), “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo —declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias— no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. *Vid.*, en el mismo sentido, el Fundamento Jurídico III de la sentencia 34/1981, de 10 de noviembre (BOE del 19), el Fundamento V de la sentencia 103/1983, de 22 de noviembre (BOE de 14 de diciembre), el Fundamento XI de la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre (BOE de 3 de enero de 1987), el Fundamento IX de la sentencia 76/1990, de 26 de abril (BOE de 30 de mayo) y el IV de la sentencia 110/1993, de 25 de marzo (BOE de 27 de abril).

(57) “Las Asociaciones religiosas que al solicitar su reconocimiento legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 44/1967 de 28 de junio, hubiesen hecho expresa declaración

taron normas para normalizar la situación patrimonial de los bienes de la Iglesia católica que se encontraban a nombre de personas interpuestas, como consecuencia de la regulación dictada durante la Segunda República (58).

Sostener la inconstitucionalidad de cualquiera de estas normas por referirse a unas concretas confesiones religiosas y no a todas, supone olvidar que la legislación sobre el factor social religioso tiene que ofrecer respuesta a situaciones que se producen en la realidad, que no tienen por qué afectar necesariamente a todas las confesiones religiosas (59).

de ser propietarios de bienes inmuebles o de otra clase sujetos a registro público para la plena eficacia de su transmisión, cuya titularidad dominical aparezca a nombre de terceros, y aquéllas que habiendo ya formulado ante la Administración esta declaración patrimonial solicitaren su inscripción legal con arreglo a lo prevenido en la presente Ley, podrán en el plazo de un año, regularizar su situación patrimonial, otorgando los documentos en los que se reconozca la propiedad a favor de las mismas de aquellos bienes que figuren a nombre de personas interpuestas o utilizando cualquier otro procedimiento legal para justificar adecuadamente su dominio, hasta obtener la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, con exención de toda clase de impuestos, tasas y arbitrios que pudieran gravar la transmisión, los documentos o las actuaciones que con tal motivo se originen" (cfr. la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa).

(58) Cfr. la Ley de 11 de julio de 1941, sobre inscripción de bienes eclesiásticos registrados a nombre de persona interpuesta; la Orden de 11 de octubre de 1941, sobre inscripción de bienes eclesiásticos registrados a nombre de persona interpuesta; y el Decreto de 15 de junio de 1942, relativo a la misma temática. Esta normativa fue prorrogada en sucesivas normas posteriores como el Decreto de 22 de julio de 1942, la Orden de 16 de diciembre de 1955, el Decreto-Ley de 28 de junio de 1962 o la Orden de 2 de febrero de 1966.

(59) A nuestro entender, aquellas posturas doctrinales que reclaman la extensión del régimen jurídico de la Iglesia católica al resto de confesiones, se encuentran en estrecha relación con el criterio del *favor religionis* defendido por VILADRICH (vid. VILADRICH, P. J.: "Los principios informadores del Derecho eclesiástico español", en AAVV: *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2.^a edición, Pamplona, 1983, pp. 234-236). Según este autor, la Iglesia católica ha de tomarse como paradigma extensivo de todo trato específico del factor religioso; dicho con sus palabras, "de tanta libertad y de tanto reconocimiento jurídico de su especificidad diferencial como goce la Iglesia Católica –en estos momentos la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad española–, de otro tanto pueden gozar el resto de las confesiones genéricamente aludidas en la Constitución si poseen similar arraigo sociológico" (vid. IDEM: *op. cit.*, p. 235). Este criterio adolece del defecto, que ya JEMOLO achacó a similares corrientes doctrinales italianas (vid. JEMOLO, A. C.: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 4.^a edizione, Milano, 1975, pp. 123-129), de aplicar genéricamente un principio –*favor religionis*– a normas que han surgido en una época confesional. El estatuto de la Iglesia católica en los primeros años de la década de los ochenta posee un componente preconstitucional muy alto, y no puede elevarse, sin más, a criterio regulador –a meta que puede ser alcanzada– de las relaciones entre los poderes públicos y las confesiones religiosas, porque previamente se debe resolver su propia legitimidad, es decir, su compatibilidad con el nuevo régimen. Incluso, puede irse más allá, y sin cuestionar su adecuación a la Constitución, plantear si dicha opción legislativa se hubiera efectuado bajo los actuales postulados constitucionales.

III. Su vigencia y aplicabilidad

Al margen de su constitucionalidad o no, el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, en tanto que Derecho vigente, es aplicado por los operadores jurídicos, al acudir en su auxilio los entes públicos y la Iglesia católica con objeto de obtener la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad. Ello plantea determinadas cuestiones jurídicas que, como hemos indicado líneas atrás, se desdoblan en dos momentos: en la fase de inscripción y, posteriormente, una vez inscritos los bienes, como consecuencia de una serie de factores que serán objeto de análisis a continuación.

1. Fincas no inscritas.

El artículo 206 de la Ley Hipotecaria se aplica a bienes de la Iglesia sobre los que los entes eclesiásticos carecen de títulos escritos de dominio. Para precisar más esta cuestión y delimitar con exactitud qué concretos bienes pueden beneficiarse de la inmatriculación por medio de certificación diocesana, es necesario atender al origen del precepto y a la autoridad competente para acreditar, a efectos registrales, el dominio eclesiástico sobre una concreta finca.

Se ha insistido en varias ocasiones en que el nacimiento de la inmatriculación de fincas en el Registro por medio de certificación está relacionado con el proceso desamortizador. Sin embargo, ello no debe inducir a la creencia de que sólo aquellos bienes afectados por las prácticas desamortizadoras pueden acceder a la protección registral a través de este procedimiento especial.

Tanto el Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, como el posterior de 11 de noviembre de 1864, extendían la eficacia de la certificación posesoria a los bienes que, por estar exceptuados de la desamortización, debían quedar en manos de la Iglesia. En este sentido, en el artículo 13 de la última disposición citada, se establecía que “en la misma forma –por medio de certificación– se inscribirán los bienes que posea el Clero, ó se le devuelvan y deban permanecer en su poder amortizados”. Idéntica redacción se encontrará posteriormente en el artículo 31 del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915. Por su parte, la regulación actual mantiene el mismo criterio, como se deduce del artículo 206 de la Ley Hipotecaria y del artículo 19 y concordantes del Reglamento Hipotecario.

De otro lado, del análisis de los Reales Decretos de la segunda mitad del siglo XIX que introdujeron las certificaciones posesorias, se deducía su vínculo con los ingentes patrimonios poseídos desde tiempo inmemo-

rial. De tal modo que puede extraerse la conclusión de que la Iglesia sólo puede recurrir al artículo 206 en el caso de aquellos bienes poseídos desde tiempos pretéritos, sin que sea posible inmatricular por medio de certificación del diocesano las fincas adquiridas en fechas próximas, entendiendo por tales las posteriores a la creación del sistema inmobiliario registral, tal y como se concibe hoy día. En este sentido, es significativo que un autor próximo a la aparición de la inmatriculación por certificación y en absoluto sospechoso de anticlericalismo, como es el caso de LÓPEZ PELÁEZ (60), circunscriba la inmatriculación mediante certificación del diocesano a los *bienes antiguos del Clero*.

Mantener una postura contraria –extender la aplicación del art. 206 a todos los bienes de la Iglesia– implicaría, en nuestra opinión, una desnaturalización del precepto, que perdería totalmente su función originaria y su justificación. En este sentido, no se debe olvidar que técnicamente el procedimiento inmatriculatorio por medio de certificación adolece de diversos defectos, y que está justificado por unas concretas circunstancias de hecho (61).

El hecho de tomar como fecha la creación del sistema inmobiliario registral actual –es decir, la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861– obedece a que el artículo 206 recoge una relación Registro-título que hasta ese momento puede considerarse desconocida –al menos en esos términos– en el Derecho español. Lo contrario, acudir a criterios inmemoriales en el sentido de perdidos en el tiempo, adolecería de una gran inseguridad jurídica y, además, sería una pauta de imposible precisión. Conviene recordar, en relación con esta última afirmación, que tradicionalmente, aunque con excepciones en la Alta Edad Media por influencia del Derecho romano, las transmisiones inmobiliarias se han regido en

(60) Vid. LÓPEZ PELÁEZ, A.: *El Derecho y la Iglesia. Derecho usual, crítica de la Legislación, disciplina eclesiástica de España*, 3.^a edición, Madrid, 1911, p. 329 (el autor fue obispo de Jaca).

(61) En una resolución de 12 de julio de 1935, la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene un criterio muy restrictivo sobre los bienes que pueden inmatricularse por medio de certificación diocesana. En opinión del centro directivo, la facultad certificadora de los diocesanos, a efectos de inscripción de fincas en el Registro de la Propiedad, se limita a los bienes mencionados en el artículo 11 de la Ley de 2 de junio de 1933 de confesiones y congregaciones religiosas, mientras que el resto de bienes, por ser bienes de propiedad privada de la Iglesia, están sometidos a las mismas normas que cualesquiera otros bienes de propiedad privada. El tenor del artículo 11 de la Ley republicana de confesiones y de congregaciones religiosas era el siguiente: “Pertenecen a la propiedad pública nacional los templos de toda clase y sus edificios anexos, los palacios episcopales y casas rectorales, con sus huertas anexas o no, Seminarios, Monasterios y demás edificaciones destinadas al servicio del culto católico o de sus ministros (...)”. A nuestro entender, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en esta resolución se encuentra influenciada por unas circunstancias históricas y políticas particulares, que impiden que sea elevada a criterio general.

nuestro Derecho por el principio de publicidad, que en algunos casos daba lugar a la existencia de documentos públicos (62). Asimismo, en la Edad Media se consolida la actividad de notarios y escribanos, y en los textos legales aparecen claras referencias a la eficacia jurídica de sus documentos (63). Así, en la Partida 3, Título 19, Ley 1, se puede leer “scrivano tanto quiere dezir como ome que es fabidor de efcrevir, e fon dos maneras dellos. Los unos que efcreven los previllejos, e las cartas, e los actos de cafa del Rey, e los otros que fon los efcrivanos publicos, que efcreven las cartas de las vendidas, e de las compras, e los pleytos, e las pofturas que los omes ponen entrefi en las cibdades, e en las villas” (64). Por todo ello, en la determinación de las fincas que pueden acceder al Registro por la vía prevista en el artículo 206, se ha de poner el acento en la relación jurídica que contempla y no en el título, porque en caso contrario no sería posible establecer unos criterios exactos y, en último término, se llegaría a la absoluta desnaturalización de este mecanismo inmatriculador.

Por lo que se refiere a la autoridad competente para emitir la certificación, el artículo 304 del Reglamento Hipotecario, siguiendo una tradición que se remonta al Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, señala que en el caso de bienes de la Iglesia católica la certificación será expedida por el diocesano.

Dicha opción legislativa podría llevar a pensar que, puesto que el diocesano únicamente puede certificar sobre aquello que conoce, sólo se permite acudir a la inmatriculación mediante certificación en aquellos supuestos en que los bienes implicados estén bajo su autoridad. Tal es la opinión de autores como GONZÁLEZ DEL VALLE (65) o MÍNGUEZ SANZ y PUENTE PRIETO (66).

(62) Vid. ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario...*, cit., tomo I, 5.ª edición, Barcelona, 1954, pp. 35-49.

(63) Vid. MENGUAL Y MENGUAL, J. M.: *Elementos de Derecho notarial*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1933, pp. 507-569.

(64) En el Libro 1, Título 8, Ley 1 del Fuero Real se dice lo siguiente: “porque los pleytos que son determinados, e las vendidas, e las compras que fueren hechas, o las deudas, o las cosas que son puestas entre los homes, quier por juicio quier en otra manera que no vengán en dubda, e porque no nazca contienda e desacuerdo entre los homes. Onde establecemos, que en las ciudades, e villas mayores, que sean puestos Escribanos publicos, e que sean jurados; e puestos que el Rey, o por quien él mandare, e non por otro home”. Un excelente análisis de la institución notarial en la Edad Media puede verse en BONO, J.: *Historia del Derecho notarial español*, tomo I, vol. II, Madrid, 1982. Para un acercamiento desde el punto de vista de las fuentes, vid. IDEM: *op. cit.*, tomo I, vol. I, Madrid, 1979, pp. 229-353.

(65) Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: “Régimen patrimonial de las confesiones religiosas en España”, en *Revista de Derecho Privado*, 59 (1975), p. 1011. La postura de este autor se apoya, fundamentalmente, en el doble régimen patrimonial que existe en el Derecho español para las entidades eclesásticas católicas, en atención a su pertenencia o no a la jerarquía

En este sentido podría traerse a colación la Orden de 19 de junio de 1957, sobre cambio de titularidad de bienes eclesiásticos en el Registro de la Propiedad por modificación de demarcaciones diocesanas. Conforme a su tenor, los cambios de titularidad producidos por las nuevas demarcaciones diocesanas en bienes de la Iglesia inscritos en el Registro de la Propiedad, se harán constar en éste por nota al margen del respectivo asiento, mediante la presentación del certificado suscrito por los dos Prelados interesados. En la norma no se mencionan los bienes de asociaciones y comunidades religiosas, pero ha de repararse en que la Orden se refiere a bienes adscritos a Diócesis, circunstancia que no concurre en los pertenecientes a estos últimos entes eclesiásticos.

Igualmente, numerosa normativa actual sobre certificaciones eclesiásticas, aunque referidas a otros ámbitos jurídicos, abona la postura de estos autores. Así, en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, se establece que las autoridades competentes a efectos de certificaciones serán, con carácter general, el obispo de la Diócesis correspondiente al lugar donde se encuentre domiciliada la entidad; cuando se trate de la Santa Sede, el Nuncio Apostólico en Madrid; en el caso de la Conferencia Episcopal, el Presidente de la misma, y cuando se trate de Órdenes, Congregaciones e Institutos de vida consagrada de Derecho pontificio, el Superior o Superiora Provincial de quien dependan. La misma orientación legislativa se sigue en el Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, de períodos de actividad sacerdotal o religiosa de los

ordinaria de la Iglesia (vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: *op. cit.*, pp. 1007-1010). Este aspecto se observa claramente en materia de arrendamientos urbanos, pues como reiteradamente precisó el Tribunal Supremo –sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1959 (RAJ 1502); 12 de noviembre de 1963 (RAJ 4689) y 7 de diciembre de 1965 (RAJ 5590)– la facultad de la Iglesia de denegar la prórroga del arrendamiento sin necesidad de justificar la necesidad de la ocupación –art. 76.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos (declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993)– sólo se aplicaba a la Iglesia misma, es decir, a la jerarquía ordinaria, con exclusión del resto de entidades de Derecho canónico con personalidad jurídica propia y patrimonio autónomo (sin perjuicio de la consolidación en el ámbito civil de la diferencia de régimen que venimos señalando, en contra de este criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo existían sentencias de los tribunales menores; vid. FUENTES LOJO, J. V.: *Suma de Arrendamientos Urbanos*, 7.^a edición, tomo I, Barcelona, 1984, p. 1030). Sin embargo, en este caso concreto que nos ocupa, por las razones que ofreceremos más adelante, dicha distinción no se da en esos términos, sino que atiende a la diferenciación entre personas jurídicas públicas eclesiásticas y privadas.

(66) Vid. MÍNGUEZ SANZ, S., y PUENTE PRIETO, J.: “Consideraciones sobre el Régimen Jurídico-Registral de las Entidades Religiosas”, en AAVV: *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo II, Madrid, 1975, pp. 699-700.

sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia católica secularizados. En su artículo 2 se indica que los interesados deberán acreditar el tiempo de ejercicio sacerdotal o de profesión de religión, mediante certificación expedida, en el caso de los sacerdotes, por el Ordinario correspondiente y, en los supuestos de religioso o religiosa, por la autoridad competente de la respectiva congregación.

Además, este criterio –sólo pueden inmatricularse mediante certificación los bienes que estén bajo la autoridad del diocesano– concuerda con la regulación canónica a propósito del patrimonio eclesiástico (67). El conjunto de bienes que forman el patrimonio eclesiástico se encuentra necesariamente adscrito a los fines de la Iglesia (68). En orden a garantizar dicha adscripción, el Romano Pontífice (69), el Ordinario (70) y el Obispo diocesano (71) cuentan con una serie de facultades sobre el patrimonio eclesiástico, con independencia de que la titularidad dominical corresponda a la persona jurídica que los haya adquirido legítimamente (72). En la actualidad, el Código de Derecho canónico recoge la regulación general del *ius advigilandi* –donde podría incluirse la iniciativa para la inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad– en el c. 1.276, atribuyendo tal función al Ordinario, concepto más amplio que el de obispo diocesano (73). Por otra parte, tal y como dispone el c. 1.284, los administradores de los bienes de la Iglesia, término mucho más extenso que el de diocesano (74), deben cuidar de que la propiedad de los bienes

(67) Para una visión general sobre la problemática jurídica del patrimonio eclesiástico, vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: “Apuntes para una teoría general del patrimonio eclesiástico”, en *Ius Canonicum*, 6 (1966), pp. 111-151.

(68) Cfr. el c. 1.254 del Código de Derecho canónico.

(69) Cfr. los cc. 1.256 y 1.273; sobre esta cuestión, vid. HERVADA, J.: “La relación de propiedad en el patrimonio eclesiástico...”, cit., pp. 425-467.

(70) Cfr., entre otros, los cc. 1.276 y 1.279.

(71) Cfr. los cc. 1.281 y 1.287; sobre las facultades del Ordinario del lugar, vid. AZNAR GIL, F. R.: *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, 2.^a edición, Salamanca, 1993, pp. 330-334.

(72) Cfr. el c. 1.256.

(73) Como señala el c. 134 del Código de Derecho canónico, “por el nombre de Ordinario se entienden en derecho, además del Romano Pontífice, los Obispos diocesanos y todos aquellos que, aun interinamente, han sido nombrados para regir una Iglesia particular o una comunidad a ella equiparada según el c. 368, y también quienes en ellas tienen potestad ejecutiva ordinaria, es decir, los Vicarios generales y episcopales; así también, respecto a sus miembros, los Superiores mayores de institutos religiosos clericales de derecho pontificio y de sociedades clericales de vida apostólica de derecho pontificio, que tienen, al menos, potestad ejecutiva ordinaria”.

(74) En el c. 1.279 se indica que la administración de los bienes eclesiásticos corresponde a quien de manera inmediata rige la persona a quien pertenecen esos bienes, si no determinan otra cosa el derecho particular, los estatutos o una costumbre legítima, y quedando a salvo el derecho del Ordinario a intervenir en caso de negligencia del administrador.

eclesiásticos se asegure por los modos civilmente válidos, entre los que se encuentra, como señala ROCA SASTRE (75), la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por tanto, conforme al Derecho canónico la facultad de inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad no está reservada en exclusiva al diocesano.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión, la inmatriculación de fincas por medio de certificación se extiende a todos los bienes de la Iglesia, posición que mantienen autores como DE LA RICA (76), ROCA SASTRE (77) y LÓPEZ ALARCÓN (78); si bien es necesario matizar con ROCA SASTRE, que los bienes han de pertenecer, en todo caso, a personas jurídicas eclesiásticas *públicas*, pues las privadas deberán acudir al expediente de dominio (79). De tal modo que sólo podrán acudir a este procedimiento inmatriculador aquellas fincas que el Derecho canónico considera *bienes eclesiásticos* (80).

Este criterio –todos los bienes de la Iglesia pueden acceder al Registro a través de la certificación del diocesano– se extrae de varios factores. En primer lugar, la propia legislación hipotecaria permite alcanzar dicha conclusión. En concreto, en el artículo 19 del Reglamento Hipotecario, se extiende el régimen de inscripción de los bienes estatales a los bienes que pertenezcan a la Iglesia o a las *Entidades eclesiásticas*; expresión de gran amplitud en la que se incluyen, sin duda alguna, las asociaciones y comunidades religiosas.

En segundo lugar, el origen del procedimiento inmatriculador que nos ocupa, abona esta postura. Como hemos visto más atrás, el Real Decre-

(75) Vid. ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario...*, cit., p. 623.

(76) Vid. RICA, R. de la: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, p. 375. El autor no se pronuncia expresamente sobre la cuestión planteada, pero su postura se extrae de la siguiente afirmación referida a la certificación: “En cuanto a la Iglesia, la norma reglamentaria es taxativa: la certificación ha de ser siempre expedida por el Diocesano; y esto aun cuando se trate de bienes de Comunidades religiosas, Monasterios u otras Entidades Religiosas”.

(77) Vid. ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario...*, cit., tomo IV, p. 623; y tomo V, pp. 359-360.

(78) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: “Régimen patrimonial de las confesiones religiosas...”, cit., p. 754.

(79) Para la distinción en Derecho canónico entre personas jurídicas públicas y privadas ha de acudirse al c. 116 del Código de Derecho canónico, conforme al cual “son personas jurídicas públicas las corporaciones y fundaciones constituidas por la autoridad eclesiástica competente para que, dentro de los límites que se les señalen, cumplan en nombre de la Iglesia, a tenor de las prescripciones del derecho, la misión que se les confía mirando al bien público; las demás personas jurídicas son privadas”.

(80) Canon 1.257 del Código de Derecho canónico: “Todos los bienes temporales que pertenecen a la Iglesia universal, a la Sede Apostólica o a otras personas jurídicas públicas en la Iglesia, son bienes eclesiásticos, y se rigen por los cánones que siguen, así como por los propios estatutos (...)”.

to de 6 de noviembre de 1863 por el que se introdujo este mecanismo inmatriculatorio, pretende dar respuesta a una concreta situación de hecho: la existencia de ingentes patrimonios sin título escrito que acredite su dominio. Situación que afecta, tanto a los bienes de la Iglesia institución, como a los de las asociaciones y comunidades religiosas. A lo largo de la norma se habla de “bienes de la Iglesia”, “bienes del clero” o de “corporaciones eclesiásticas”, expresiones que no restringen la aplicación de la certificación a los bienes adscritos a una Diócesis. Asimismo, este proceso dulcificado de acceso de fincas al Registro se encuentra, como se señala expresamente en el citado Real Decreto de noviembre de 1863, en estrecha relación con las prácticas desamortizadoras, en las que se encontraban implicados también los bienes de las personas jurídicas eclesiásticas de base no territorial (81).

Además, durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX, se maneja por la legislación y la jurisprudencia civil la expresión *bienes eclesiásticos* o *bienes del clero* en un sentido amplio, que incluía los bienes de la mayor parte de los entes de la Iglesia (82). En este sentido, en la sentencia del Tribunal contencioso-administrativo (83), de 14 de junio de 1894, se dice que “la ley de 4 de abril de 1860 comprende en sus disposiciones, y bajo el concepto de bienes eclesiásticos, todos aquellos que por cualquier título pertenezcan a la Iglesia y Corporaciones eclesiásticas,

(81) La relación entre desamortización de bienes eclesiásticos y Registro de la Propiedad es tan estrecha, que incluso algún autor ha llegado a sostener la teoría de que el Registro de la Propiedad se creó para proteger a los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados [vid. FIESTAS LOZA, A.: “La protección registral de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados (1863-1869)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 53 (1983), pp. 333-363; e IDEM: “¿Protección registral de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados? (Acotaciones a «Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», de Germán Gallego del Campo)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 578 (1987), pp. 87-105].

(82) Cfr. el artículo 1 de la Ley de 4 de abril de 1860, por la que se manda que se publique y se observe como Ley del Estado el convenio celebrado con la Santa Sede, para conmutar los bienes de la Iglesia por inscripciones intransferibles de la Deuda del 3 por 100 (vid. *Colección Legislativa de España*, 83, primer semestre de 1860, p. 268). No debe confundirse el concepto civil de *bienes eclesiásticos*, con el concepto canónico recogido, como hemos señalado, en el c. 1.257 del Código de Derecho canónico [vid. MORENO ANTÓN, M. G.: “Algunas consideraciones en torno al concepto de bienes eclesiásticos en el CIC de 1983”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 44 (1987), pp. 71-92; en un sentido contrario a la generalidad de la doctrina, vid. AZNAR GIL, F. R.: *La administración de los bienes temporales de la Iglesia...*, cit., pp. 41-54].

(83) Conviene recordar, para explicar la ausencia de más precisiones en la cita del órgano judicial, que mediante la Ley de 13 de diciembre de 1888 (“Ley Santamaría de Paredes”), reformada por la Ley de 22 de junio de 1894, se creó un Tribunal superior contencioso-administrativo, que se encontraba integrado en el Consejo de Estado. Será posteriormente, mediante Ley de 5 de abril de 1904, cuando se cree la Sala de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Supremo [vid. NIETO, A.: “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, en *Revista de Administración Pública*, 50 (1966), pp. 46-50].

sin otras excepciones que las de los artículos 10 y 11 referentes a bienes de capellanías y a bienes gravados con cargas espirituales" (84).

Por otra parte, la determinación de los bienes de la Iglesia que se pueden inmatricular en el Registro por certificación acudiendo a la circunstancia de que sea el diocesano el encargado de certificar, supone desconocer toda una orientación legislativa, que consiste, aunque cada vez en menor medida, en centralizar las relaciones entre la Iglesia y el Estado, sobre todo en materia de Derecho privado, en la persona del diocesano. Éste se convierte en el interlocutor válido para las autoridades civiles, de modo que se puede dar la circunstancia de que el diocesano acredite hechos o aspectos que conforme al Derecho canónico no son de su competencia, pero que se han de tramitar a través de dicho oficio eclesiástico para tener eficacia en el orden civil. Lo cual conduce a la creación de un Derecho administrativo eclesiástico (estatal), paralelo al canónico (85).

En la línea comentada, pueden citarse el artículo 2 (86) y el artículo 5 del Real Decreto de 30 de abril de 1918, sobre obras de construcción y reparación de templos. En el último de los preceptos mencionados se prevé la creación de una Junta diocesana de construcción y reparación de templos y edificios eclesiásticos, presidida por el Prelado, con inde-

(84) Vid. MORELL Y TERRI, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, Madrid, 1916, pp. 500-501.

(85) Aun sin poder decir que la Iglesia católica tenga personalidad jurídica pública en el Derecho español [en contra de este criterio, vid. GARRIDO FALLA, F.: "La personalidad jurídica de la Iglesia católica en el Derecho español", en CORRAL, C., y URTEAGA, J. M. (editores): *La Iglesia española y la integración de España en la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, pp. 21-30; DIEGO-LORA, C. de: "El carácter público de la Iglesia católica en el ordenamiento jurídico español", en CORRAL, C., y LISTL, J. (editores): *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado*, Madrid, 1988, pp. 97-150; y VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, J. M.: "Posición jurídica de las confesiones religiosas y de sus entidades en el ordenamiento jurídico español", en AAVV: *Tratado de Derecho Eclesiástico...*, cit., pp. 552-560], lo cierto es que el *status* que poseen las diócesis no es -basta reparar en la legislación sobre las confesiones religiosas- equiparable al de una simple persona jurídica privada, sino que asumen una especie de posición institucional que, en último término, deriva del Derecho canónico, pero que es conferida y reconocida por el Derecho estatal. Probablemente, el autor que más ha insistido en este aspecto es GONZÁLEZ DEL VALLE, que califica la diócesis como una persona jurídica de base territorial y la compara con entes públicos como un ayuntamiento, una diputación o una comunidad autónoma [vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: "Las confesiones religiosas en España. Perspectiva jurídica", en HERA, A. de la, y MARTÍNEZ DE CODES, R. M. (coordinadores): *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, Judaísmo, Islam*, Madrid, 1999, pp. 180-192, especialmente, nota 19].

(86) Artículo 2 del Real Decreto de 30 de abril de 1918: "Las obras ordinarias de reparación de los Templos parroquiales, Conventos, Catedrales, Seminarios, Palacios episcopales, etc., y las de construcción de estos edificios sin subvención del Estado, se harán por los respectivos Cabildos, Párrocos, Prelados y Superiores, *bajo la autorización y vigilancia de los propios Ordinarios (...)*".

pendencia de que los inmuebles que se hayan de reparar pertenezcan a la jerarquía ordinaria o a comunidades y asociaciones religiosas (87).

La orientación legislativa descrita se aprecia también en el artículo 4 de la Orden de 4 de enero de 1960, sobre Tómbolas de la Iglesia. En él se establece que cuando se solicite la celebración de rifas o tómbolas bajo el patrocinio de instituciones o asociaciones religiosas comprendidas en el artículo 4 del vigente Concordato con la Santa Sede (88), la Dirección General de Tributos Especiales solicitará el parecer del Ordinario del lugar en que aquéllas radiquen, sobre la conveniencia de conceder la autorización solicitada (89).

Mucho más relacionada con nuestro objeto de estudio se encuentra la Orden de 30 de diciembre de 1939, sobre la consideración de documentos auténticos a los rescriptos y documentos pontificios testimoniados por los ordinarios diocesanos. En ella, sobre la base, entre otros factores, de la vigente legislación registral, se señala que los rescriptos y documentos pontificios expedidos con el fin de acreditar el cumplimiento de requisitos prescritos en el Derecho canónico para el otorgamiento de actos y contratos en que esté interesada la Iglesia, traducidos y testimoniados por los Ordinarios Diocesanos, son documentos auténticos, sin necesidad de estar legalizados, a los efectos prevenidos en la legislación hipotecaria. Idéntico tenor se recoge en el artículo 35 del Reglamento Hipotecario (90).

Otra cuestión a dilucidar es la extensión o alcance que se ha de otorgar a la expresión legislativa *diocesano*. Más atrás, en este mismo epígra-

(87) En el artículo 6 se contempla la posibilidad de crear Juntas especiales para el caso de obras situadas fuera de la capital de la Diócesis. En estos casos, si el edificio pertenece a una comunidad religiosa, esta Junta será presidida por el Superior correspondiente.

(88) Se trata del Concordato de 27 de agosto de 1953; los entes citados en el artículo 4 del texto concordatario eran los siguientes: diócesis y sus instituciones anejas, parroquias, órdenes y congregaciones religiosas, sociedades de vida común e institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sus provincias y sus casas.

(89) En este mismo sentido, en el apartado 5.º de la Orden de 22 de marzo de 1960, sobre autorización para Rifas y Tómbolas, se indica que la instancia de solicitud de las rifas o tómbolas debe ir acompañada, si están organizadas por instituciones de carácter religioso, de un informe favorable de los obispos de las diócesis en las cuales hayan de expedirse las papeletas.

(90) Artículo 35 del Reglamento Hipotecario: "Los documentos Pontificios expedidos con el fin de acreditar el cumplimiento de requisitos prescritos en el Derecho Canónico para el otorgamiento de actos y contratos en que esté interesada la Iglesia, traducidos y testimoniados por los Ordinarios Diocesanos, son documentos auténticos, sin necesidad de estar legalizados". Una muestra más actual de la praxis legislativa consistente en otorgar una posición relevante al Diocesano en las relaciones con las autoridades civiles, se encuentra en las Normas de 30 de marzo de 1982, sobre el Inventario del Patrimonio histórico-artístico y documental, establecidas entre la Comisión Episcopal para el Patrimonio histórico, artístico y documental y el Ministerio de Cultura (cfr. su punto 3.º).

fe, nos hemos referido a la existencia de un Derecho eclesiástico administrativo estatal, que venía a corregir y modificar el Derecho canónico. Sin embargo, en este punto concreto entendemos que se ha de acudir al Derecho canónico en la interpretación del término *diocesano*.

En consecuencia, la certificación acreditativa de que un bien pertenece a un ente eclesiástico puede ser librada, tanto por el Obispo diocesano, como por aquéllos que legítimamente le representan o sustituyen (91), como los vicarios (92) o el administrador diocesano (93). Este mismo criterio siguen autores como MORELL Y TERRY (94) o MÍNGUEZ SANZ y PUENTE PRIETO (95).

Asimismo, existen una serie de supuestos especiales en los que se otorga la consideración de documentos auténticos a determinadas certificaciones eclesiásticas, en atención, bien al oficio que expide la certificación, o bien a la naturaleza particular de los bienes implicados. Tales casos, de creación jurisprudencial o legal, han sido recogidos en la citada Orden de 30 de diciembre de 1939. Se trata, en concreto, de los testimonios librados por los notarios eclesiásticos de los documentos existentes en el Archivo del Tribunal Diocesano (96); los testimonios autorizados por el Secretario de Cámara del Obispo con referencia a expedientes tramitados en la Delegación de Capellanías (97); las certificaciones extendidas por el Secretario especial de dicha Delegación con el visto bueno del Delegado en que conste la redención de cargas eclesiásticas (98); y las certificaciones de posesión de fincas de la dotación de una capellanía expedidas por el Provisorato de la Diócesis (99).

(91) Vid. LABANDEIRA, E.: *Tratado de Derecho administrativo canónico*, 2.^a edición, Pamplona, 1993, pp. 121-129.

(92) Cfr. el c. 479 del Código de Derecho canónico. En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1991 se hace referencia a la inmatriculación de un bien a favor de la Iglesia mediante certificación expedida por el vicario general (RAJ 315).

(93) Cfr. el c. 427 del Código de Derecho canónico. En una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1928, se *inmatriculan* unos concretos bienes de la Iglesia en el Registro con base en una certificación expedida, en ausencia del arzobispo, por el *Gobernador eclesiástico*; cargo equiparable al de administrador diocesano.

(94) Vid. MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria...*, cit., p. 504.

(95) Vid. MÍNGUEZ SANZ, S., y PUENTE PRIETO, J.: "Consideraciones sobre el Régimen Jurídico-Registral de las Entidades Religiosas...", cit., p. 699.

(96) Cfr. la Circular de 23 de septiembre de 1863.

(97) Cfr. la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 1886.

(98) Cfr. la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 1898.

(99) Cfr. la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 1882. A esta relación ofrecida siguiendo la Orden de 30 de diciembre de 1939, MORELL Y TERRY añade la certificación que acredite hallarse comprendidas determinadas fin-

2. Fincas inscritas.

La problemática jurídica que plantean las fincas inscritas en conexión con el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, obedece a dos motivos o causas. En efecto, aunque el trasfondo sobre el que giran todas las controversias que vamos a tratar es la titularidad dominical, éstas pueden ser generadas por la oscura e imprecisa legislación desamortizadora o por la confusión entre potestad y propiedad, puesta en relación con el instituto de la usucapión.

La numerosa y, en ocasiones, contradictoria legislación desamortizadora originó una gran inseguridad jurídica, cuyos ecos se proyectan hasta la actualidad (100). La doctrina hipotecarista (101) acostumbra a clasificar los bienes de la Iglesia, en relación con la normativa relativa a la desamortización, en aquéllos adquiridos después del Convenio-Ley de 1860, los cuales pertenecen plena y libremente a la Iglesia católica (102), y los adquiridos con anterioridad. A su vez, en estos últimos se distingue

cas como propias de la Iglesia en las relaciones triplicadas de las no incluidas en los inventarios de los trabajos y disposiciones sobre la materia, resulta inadecuado; sin embargo, como muestra de la afirmación realizada, puede recordarse que dos años más tarde de la entrada en vigor del Concordato de 1851, una de cuyas finalidades principales era poner fin al proceso desamortizador y a las controversias a que estaba dando lugar [vid. PÉREZ ALHAMA, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria...*, cit., p. 584]. Las fuentes que cita son un Real Decreto de 21 de agosto de 1860, una Real Orden de 12 de abril de 1871 y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de septiembre de 1894. A dicha enumeración pueden unirse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de abril y de 30 de noviembre de 1928.

(100) Consideramos que ofrecer una exhaustiva reseña bibliográfica y legislativa, dado el amplio número de trabajos y disposiciones sobre la materia, resulta inadecuado; sin embargo, como muestra de la afirmación realizada, puede recordarse que dos años más tarde de la entrada en vigor del Concordato de 1851, una de cuyas finalidades principales era poner fin al proceso desamortizador y a las controversias a que estaba dando lugar [vid. PÉREZ ALHAMA, J.: *La Iglesia y el Estado español (Estudio histórico-jurídico a través del Concordato de 1851)*, Madrid, 1967, p. 284], se dictó la Ley Madoz –Ley de 1 de mayo de 1855– con una orientación totalmente distinta, y que desvirtuaba por completo el contenido del Concordato. A los cuatro años, en 1859, se firmaba un acuerdo con la Santa Sede que derogaba la Ley Madoz (vid. la Ley de 4 de abril de 1860, por la que se manda que se publique y se observe como Ley del Estado el convenio celebrado con la Santa Sede, para conmutar los bienes de la Iglesia por inscripciones intransferibles de la Deuda del 3 por 100). Una buena panorámica general sobre las distintas disposiciones que afectaron a los bienes del patrimonio eclesiástico, puede verse en GONZÁLEZ RUIZ, M.: “Vicisitudes de la propiedad eclesiástica en España durante el siglo XIX”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 2 (1946), pp. 383-424.

(101) Vid. CHICO ORTIZ, J. M., y BONILLA ENCINA, J. F.: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo II, Madrid, 1964, pp. 4-6; y ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario...*, cit., tomo V, pp. 366-371.

(102) En el artículo 3 del Convenio-Ley de 1860 se señalaba que “primeramente el Gobierno de Su Magestad reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitación ni reserva toda especie de bienes y valores, quedando en consecuencia, derogada por este Convenio cualquiera disposición que le sea contraria, y señaladamente y en cuanto se le oponga, la ley de 1.º de Mayo de 1855”.

entre los sujetos a la desamortización y los exceptuados de ella, cuya propiedad conservaba la Iglesia (103).

Esta síntesis general no resuelve, sin embargo, todos los problemas que se plantean; los más frecuentes son los relativos a los bienes que se han de considerar desamortizados o sujetos a desamortización, o que, por contra, han de continuar en poder de la Iglesia o revertir a ella al no haber sido enajenados. De los primeros se ocupan las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1991 (104), de 17 de julio de 1995 (105) y de 30 de abril de 1997 (106). En estos casos, se ha de partir, necesariamente, del artículo 42 del Concordato de 1851, que sanaba las ventas de bienes eclesiásticos efectuadas hasta ese momento (107).

Por lo que se refiere a los bienes que han de permanecer en manos de la Iglesia, se ha de tener en cuenta, como ya hemos indicado, el artículo 6 del Convenio-Ley de 1860. En cuanto a los bienes que han de serle devueltos por no haber sido enajenados –arts. 35 y 38 del texto concordatario isabelino– se plantea la duda de qué se entiende por *enajenación*, en el sentido de si dicho término comprende únicamente las transmisiones onerosas o si ha de extenderse también a las efectuadas a título gratuito. Sobre este tema, en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1997 se afirma que “hay que precisar que la palabra «enajenar» es expresión del poder de disposición del propietario y tanto disponer, como enajenar, como transmitir significan la pérdida del dominio para el

(103) El artículo 6 del Convenio-Ley de 1860, cuyo tenor consideramos necesario reproducir, disponía lo siguiente: “Serán eximidos de la permutacion y quedarán en propiedad á la Iglesia en cada diócesis todos los bienes enumerados en los artículos 31 y 33 del Concordato de 1851, á saber: los huertos, jardines, palacios y otros edificios que en cualquier lugar de la diócesis estén destinados al uso y esparcimiento de los Obispos. Tambien se le reservarán las casas destinadas á la habitacion de los párrocos, con sus huertos y campos anejos, conocidos bajo las denominaciones de *Iglesiaríos*, *Mansos* y otras. Además retendrá la Iglesia en propiedad los edificios de los Seminarios conciliares con sus anejos, y las Bibliotecas y casas de correccion ó cárceles eclesiásticas, y en general todos los edificios que sirven en el dia para el culto, y los que se hallan destinados al uso y habitacion del clero regular de ambos sexos, así como los que en adelante se destinen á tales objetos (...)”.

(104) RAJ 315.

(105) RAJ 5587.

(106) RAJ 3276.

(107) Artículo 42 del Concordato de 1851: “En este supuesto, atendida la utilidad que ha de resultar a la religión de este convenio, el Santo Padre, a instancia de S. M. Católica y para proveer a la tranquilidad pública, decreta y declara, que los que durante las pasadas circunstancias hubiesen comprado en los dominios de España bienes eclesiásticos al tenor de las disposiciones civiles a la sazón vigentes, y estén en posesión de ellos, y los que hayan sucedido o sucedan en sus derechos a dichos compradores no serán molestados en ningún tiempo y manera por Su Santidad ni por los Sumos Pontífices sus sucesores, antes bien, así ellos como sus causa-habientes, disfrutarán segura y pacíficamente la propiedad de dichos bienes, y sus emolumentos y productos”.

disponente, enajenante o transmitente y la adquisición por el adquirente. La palabra «enajenar» (disponer o transmitir) puede ser a título oneroso o a título gratuito, y no puede compartirse el criterio de las sentencias de instancia que limitan la palabra «enajenar» del Concordato de 1851, a la disposición a un particular a título oneroso”. Por último, en relación con estos bienes, puede traerse a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 2 de febrero de 1994, que se ocupa de inmuebles que por efecto de la desamortización pasaron directamente a manos de una corporación municipal, sin que existiera ulterior transmisión. Por tal motivo, el tribunal entiende que el bien litigioso debió ser devuelto a la Iglesia, al no haber existido enajenación (108).

Dejando ya al margen la legislación desamortizadora, la inmatriculación de fincas en el Registro mediante certificación está estrechamente relacionada con la posesión. Baste recordar al respecto que este procedimiento inmatriculador tiene su origen en las antiguas certificaciones posesorias.

Por tal motivo, la mayor parte de las controversias que generan los bienes que han accedido al Registro de la Propiedad por medio del cauce previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, se encuentran vinculadas con el instituto de la posesión, en su faceta de causa generadora de la prescripción adquisitiva. Dicho vínculo se manifiesta en formas diferentes y opuestas. Por un lado, la obtención de la tutela registral por certificación de dominio se considera justo título a efectos de la usucapión del bien; en este caso, la parte que se opone al contenido del Registro se ve obligada a probar la inexistencia de la prescripción alegada. Por otro lado, inmatriculada una finca en el Registro, se puede aducir, en contra de la inscripción practicada, la adquisición del derecho de propiedad por usucapión.

En efecto, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria recoge la denominada *usucapio secundum tabulas*. Según su tenor, a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa. Tal supuesto se contempla

(108) “Hemos de colegir que la Ermita litigiosa, como bien destinado al Culto de la Virgen y que estimamos de la propiedad de la Iglesia desde tiempo inmemorial, de haber sido afectada por las Leyes Desvinculadoras y Desamortizadoras, ya vistas, pudo y debió ser devuelta a la Iglesia, según hemos establecido en el Fundamento de Derecho tercero de esta resolución, por aplicación del Concordato de 1851 y el Convenio de 1859, al no haberse enajenado a terceros de haber pasado al Ayuntamiento por efecto de aquellas leyes antes de dictarse el Real Decreto de 26 de julio de 1844 que ordenó la suspensión de la venta de los bienes del clero secular y de las comunidades religiosas de monjas”.

en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1983 (109), en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 8 de junio de 1996 (110) y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1997 (111).

En la segunda de las resoluciones judiciales citadas, en la que se examina a quién corresponde la propiedad de un cementerio, el tribunal no entra a analizar directamente esta cuestión, porque el titular registral no posee en concepto de dueño, lo cual, como es notorio, es un requisito necesario para adquirir el dominio por usucapión (112). En palabras de la Audiencia, “es evidente que la Parroquia de San Juan Bautista de la localidad de Checa como entidad pública jurídico-canónica dependiente del Obispado de Sigüenza, y desde el año 1957 del denominado Sigüenza-Guadalajara, ha venido ostentando la posesión y propiedad real del mencionado recinto mortuario, no obstante la formalidad registral llevada a cabo por el Ayuntamiento mediante el medio inmatriculador del artículo 206 de la Ley Hipotecaria”.

En cambio, en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1997, en la que se analiza si la propiedad de dos fincas que en un primer momento habían sido convento y huerta y, en un momento posterior, cuartel y terreno anejo al cuartel, pertenece a un ente eclesiástico o al Estado español, se admite la *usucapio secundum tabulas*, porque el Estado –concretamente, el Ministerio de Defensa– ha poseído en concepto de dueño durante el tiempo fijado legalmente: “las sentencias de instancia, equivocadamente, estiman que el Estado no poseyó en concepto de dueño. Olvidan que hizo uso como tal de las fincas, como cuartel, con su conservación, modificaciones y alteraciones, durante más de un siglo y medio. Y lo basan en un argumento jurídico, haciendo supuesto de la cuestión, de que el Estado había perdido el dominio (lo que en la presente sentencia no se estima así) por el Concordato de 1851 (lo que no afecta a la actuación dominical que tuvo el Estado al poseer como tal el cuartel y el terreno)”. Consideraciones similares se recogen en la sentencia del mismo Tribunal de 17 de enero de 1983.

La prescripción adquisitiva apoyada en la literalidad tabular plantea una serie de problemas conectados con la confusión existente en el Derecho español –aunque sin duda alguna cada vez más superada–, en el caso de ciertas cosas como lugares de culto y cementerios, entre potestad y propiedad.

(109) RAJ 247.

(110) “Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia Civil” 1256.

(111) RAJ 3276.

(112) Cfr. el artículo 1.941 del Código civil.

Dicha confusión se debe, principalmente (113), a la creencia de que la *deputatio ad cultum* canónica implica una traslación dominical de la cosa, que pasa a formar parte del patrimonio eclesiástico (114). Sin embargo, como admite la propia doctrina canónica (115), el efecto de la *deputatio ad cultum* es afectar la cosa a un destino, sin alterar los derechos dominicales sobre ella (116). De tal modo que el destino cultural, el

(113) Decimos principalmente, porque también se aprecia desde otras perspectivas, como ocurre en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara citada, en la que un ayuntamiento pretende atribuirse la propiedad de un cementerio por haber efectuado en él determinadas actuaciones que son encuadrables en el conjunto de potestades públicas sobre este tipo de recintos, que se ejercitan al margen de la titularidad dominical. Tales conflictos obedecen a la evolución legislativa que han sufrido los cementerios, que originariamente eran concebidos como cosas estrictamente religiosas, pero que a partir de distintas epidemias acaecidas en el siglo XVIII asumieron también una función higiénico-sanitaria, lo cual da lugar a una concurrencia de potestades públicas y religiosas, que entran en colisión (*vid.* FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*, Madrid, 1935, pp. 137-143; y PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *El sistema funerario en el Derecho español*, Pamplona, 1997, pp. 265-276).

(114) Esta concepción de la *deputatio ad cultum* conducía a considerar, con carácter general, que los lugares de culto católicos pertenecían a la Iglesia, lo cual motivó su no inscripción en el Registro de la Propiedad por ser notoria su titularidad (*cfr.* la parte expositiva del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1982; RAJ 1591). Esta ausencia de inscripción ha sido derogada recientemente por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario.

(115) *Vid.* GIUDICE, V. del: *Nociones de Derecho canónico*, Pamplona, 1965, p. 269; y GARCÍA BARBERENA, T.: "Las iglesias de propiedad privada y el artículo IV del Concordato", en *Anuario de Derecho Civil*, 18 (1965), pp. 823-852.

(116) Como señala DEL GIUDICE, "Las cosas sagradas están generalmente dentro del patrimonio de los entes eclesiásticos. Pero puede haber también cosas sagradas «in dominia privatorum», es decir, de personas jurídicas no eclesiásticas y de personas físicas. Pero el derecho de propiedad se extiende solamente al *valor económico* del objeto, no al elemento espiritual, conexo en estas cosas a su valor patrimonial, que está fuera de cualquier evaluación de carácter económico. La razón de todo esto es que el vínculo de carácter sagrado comprime, pero no destruye el derecho de propiedad" (*vid.* GIUDICE, V. del: *Nociones de Derecho canónico...*, loc. cit.). En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA-TREVUJANO, J. A.: "Titularidad y afectación demanial en el Ordenamiento jurídico español", en *Revista de Administración Pública*, 29 (1959), pp. 23-24. El efecto de atribuir la titularidad de las cosas sagradas a la Iglesia católica no se entendía en un sentido jurídico-privado estricto, sino que el destino al culto excluía el bien cultural del tráfico jurídico, vinculándolo a la práctica religiosa y convirtiéndolo en una *res extra commercium*. Esta postura sigue con fidelidad el Derecho romano, en el que las *res sacrae* se consideraban cosas fuera del comercio [*vid.*, por todos, VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho privado romano* (traducción y notas de J. Daza Martínez), 1.ª edición Civitas, Madrid, 1986, p. 292] y su titularidad se atribuía a los dioses, convirtiéndose, en último término, en *res nullius* [*vid.* GAUDEMET, J.: "Res sacrae", en *L'année canonique* 15 (1971), pp. 299-316 y, en especial, 307-308]. Aunque es habitual en la doctrina española incluir las cosas sagradas entre las *res extra commercium* (*vid.* VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, tomo I, 4.ª edición, Valladolid, 1935, pp. 455-456; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, 3.ª edición, vol. I, Madrid, 1968, pp. 348-349; CASTÁN, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, 14.ª edición, Madrid, 1987, p. 617; y SANTOS BRIZ, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo V, vol. I, 2.ª edición, Madrid, 1990, p. 6), el Dere-

uso religioso, no puede dar lugar a la adquisición del derecho de propiedad sobre la cosa, porque el ente eclesiástico no posee en concepto de dueño (117).

A partir de la segunda mitad del siglo XX, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo aparece con claridad la distinción entre potestad y propiedad. En una sentencia de 28 de diciembre de 1959 (118), se afirma que se ha de “dejar perfectamente deslindado que una cosa es que semejantes Ermitas o Capillas por razón del culto que en ellas se practique estén sujetas a la jurisdicción eclesiástica y otra muy distinta, en absoluto (*sic*) la propiedad territorial de aquéllas, es decir del dominio sobre el suelo en que se edificaron y sobre el vuelo de las construcciones que las integran; por lo que, dejando al margen dicha jurisdicción, que queda siempre a salvo, nada se opone a que tal dominio y propiedad correspondan a los particulares que, en terreno propio los levantaron y conservan” (119).

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1991, de 17 de julio de 1995, y de 18 de noviembre de 1996 (120). En las tres resoluciones judiciales los entes eclesiásticos vinculan práctica del culto con titularidad dominical y acuden, en defensa de su argumento, al instituto de la usucapión. El Tribunal, pese a encontrarse en dos de los casos la finca inmatriculada en el Registro a favor de la Iglesia por la vía prevista en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, desestima las pretensiones de los entes eclesiásticos al no existir posesión en concepto de dueño. El órgano jurisdiccional delimita con exactitud las facultades eclesiásticas derivadas de la *deputatio ad cultum*, de las facultades estrictamente dominicales, como se aprecia en el siguiente párrafo de la sentencia de 18 de noviembre de 1996: “la sen-

cho canónico siguió la doctrina germánica, que pone el acento en la afectación cultural y admite la titularidad privada de la cosa (*vid.* WAGNON, H.: voz “Églises”, en *Dictionnaire de Droit canonique*, tomo V, París, 1953, p. 195). No obstante, conviene advertir que la civilística española, a pesar de conceptuar las cosas sagradas entre las excluidas del comercio, ha ido admitiendo, despegándose del Derecho romano y acudiendo al Derecho canónico, que pueden ser objeto de negocios jurídicos (*vid.*, por todos, CASTÁN, J.: *Derecho civil...*, cit., pp. 618-619).

(117) A falta de pacto explícito, el negocio jurídico por el que una persona física o jurídica no eclesiástica consiente que una cosa se destine al culto será un comodato o un precario (sobre esta cuestión nos hemos ocupado con mayor detalle en RODRÍGUEZ BLANCO, M.: “Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto”, Madrid, 2000). Y ni el comodatario ni el precarista pueden adquirir ningún derecho de naturaleza real sobre la cosa prestada o cedida; *vid.*, para el comodato, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El contrato de comodato*, Pamplona, 1998, p. 127, y para el precario MORENO MOCHOLI, M.: *El precario*, 2.ª edición, Pamplona, 1976, pp. 493-494 y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1989 (RAJ 3880).

(118) RAJ 4804.

(119) Para un comentario a la sentencia, *vid.* PORTERO, L.: “La condición civil de las cosas sagradas”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 15 (1960), pp. 457-460.

(120) RAJ 8213.

tencia que se recurre no niega los derechos territoriales que puedan asistir a la Iglesia Católica sobre aquellos bienes cuya propiedad legalmente ostente, que no es el caso de autos, pues al declararse la propiedad territorial a favor de los demandantes de los predios del pleito, con ello no se atacó y nada se decidió en este sentido, en relación a la concurrencia de derechos canónicos y eclesiásticos sobre las ermitas y capillas. La inviolabilidad y respeto que nuestro Ordenamiento Jurídico mantiene, en ejecución de los acuerdos con la Santa Sede, para los lugares y edificios dedicados al culto de la Iglesia Católica –sobre los cuales mantiene su jurisdicción específica– es totalmente compatible con la propiedad que corresponda de los terrenos a otras personas jurídicas o físicas”.

Por otra parte, como habíamos indicado, la usucapión se puede oponer a la inscripción registral efectuada por medio de certificación de dominio. Así ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 2 de febrero de 1994. El tribunal analiza si la propiedad de un templo poseído desde tiempo inmemorial por la Iglesia católica pertenece a ella o a un Ayuntamiento que ha inmatriculado el inmueble en el Registro por medio de certificación de dominio. Dejando al margen el análisis de la normativa desamortizadora, la Audiencia considera que “consecuentemente si la Ermita litigiosa ha sido poseída desde tiempo inmemorial por la Iglesia al ser, como bien patrimonial, susceptible de apropiación, artículo 437 del Código civil, aunque no se hubiera determinado por lo anteriormente expuesto ser de su propiedad, habríamos de calificar esta posesión como la que establece el artículo 447 del Código civil, esto es, en concepto de dueño; apta, por lo tanto, para adquirir el dominio por usucapión del bien litigioso en armonía con lo dispuesto en los artículos 1.940 y siguientes de dicho texto legal; con buena fe y ostentada, además, de forma pública, pacífica y sin interrupción alguna hasta el año 1992, en que se realizan actos contrarios a dicha posesión y se logra la inmatriculación de la finca en el Registro de la Propiedad de Albarracín, al amparo de lo dispuesto en los artículos 206 y 207 de la Ley Hipotecaria y con los limitados efectos que establece el artículo 38 de la misma, en relación con los 303 y 307 del Reglamento a la misma, y el 36 del Reglamento de Bienes ya citado, con lo que, evidentemente, habría igualmente adquirido el dominio de dicho inmueble por usucapión”.

Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de noviembre de 1997, se encuentra un supuesto de prescripción adquisitiva alegada frente a inscripción registral al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. Se trata, en concreto, de una vivienda de un sacerdote, donada a la Iglesia a finales del siglo XVIII, que se encuentra inscrita en el Registro a favor de un Ayuntamiento. En palabras del Tribunal, “la Ley exige –arts. 447 y 1.941 C.c.– que la posesión hábil para la

prescripción, sea ordinaria o extraordinaria, sea la que se adquiere y disfruta a título de dueño, y que además goce de las circunstancias de pública, pacífica y no interrumpida (SSTS de 24 de marzo de 1983; 19 de junio de 1984 y 24 de enero de 1992), mas todos estos requisitos se dan en el caso de autos, pues desde el mismo momento en que la casa comenzó a ser usada por el señor cura párroco, es decir, al menos desde finales del siglo pasado, de acuerdo con los documentos eclesiásticos incorporados al proceso, lo que sirve para la determinación del «dies a quo» cuestionado, se hizo con la intención de haber la cosa como suya, con independencia de que no se haya probado la presunta donación, título que no es requisito para la usucapión extraordinaria producida, prueba de lo cual es la referencia que a la Casa Abadía se hace en los referidos documentos, así como el sufragio por la parroquia de las obras de conservación que se han realizado en la misma”.

En definitiva, la inmatriculación de fincas por certificación puede dar lugar a la *usucapio secundum tabulas*, pero para que se produzca este efecto jurídico es necesario que concorra la posesión en concepto de dueño. Asimismo, la titularidad registral obtenida en el marco del artículo 206 de la Ley Hipotecaria no implica necesariamente la atribución de la propiedad de la cosa al titular registral, porque puede haber sido adquirida por un tercero por medio de usucapión.

IV. Conclusión

A lo largo de las páginas anteriores se ha intentado ofrecer respuesta a la problemática jurídica que plantea el artículo 206 de la Ley Hipotecaria en su referencia a la Iglesia católica. Ello nos ha conducido a analizar la autoridad certificante, las cosas susceptibles de inmatriculación y los efectos de la inscripción. Asimismo, en relación con esta última temática, ha sido necesario referirse a la legislación desamortizadora y a la usucapión.

En la primera parte del trabajo, desde una perspectiva de análisis radicalmente distinta, se ha planteado la constitucionalidad de la inmatriculación de fincas por la Iglesia utilizando la certificación diocesana de dominio.

En el estudio de dicha cuestión, se ha procurado huir de la exclusiva óptica de los principios informadores, que en tanto que instrumentos excesivamente dogmáticos adolecen de una especie de distanciamiento de la realidad que los convierte en inadecuados para resolver cuestiones tan concretas como el acceso de las fincas de la Iglesia al Registro de la Propiedad.

La conclusión alcanzada tras la indagación histórica efectuada, es que desde un punto de vista técnico, estrictamente jurídico, el artículo 206

de la Ley Hipotecaria carece de justificación, pero no sólo por lo que se refiere a la mención de la Iglesia, sino *in totum*; lo cual es extensible a otros procedimientos inmatriculatorios, como el recogido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, desde una perspectiva práctica, de política legislativa, el precepto tiene la función de encauzar el acceso al Registro de aquellos patrimonios poseídos desde tiempo inmemorial sin título escrito acreditativo del dominio.

En estas líneas no se pretende defender ni la reforma ni la continuidad del artículo 206, porque tal cuestión requiere un análisis que dé respuesta a si la situación registral actual exige que se mantengan aquellos procedimientos de inmatriculación que sacrifican la seguridad jurídica a cambio de incentivar y promover el acceso de fincas al Registro. Lo cual supone plantear una revisión a fondo de la legislación hipotecaria en esta materia. Lo que sí se quiere poner de manifiesto es que, bien se opte por una u otra solución, no creemos que sea inconstitucional que la Iglesia inmatricule sus fincas por medio de certificación; en todo caso, será anacrónico por haber desaparecido las circunstancias de hecho que motivaron dicha opción legislativa.

Analizar toda la normativa relativa a las confesiones religiosas en clave constitucional simplifica en exceso las cosas. Los eclesiasticistas, probablemente inducidos por el giro copernicano que supuso en materia de relaciones Iglesia-Estado la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y por la importancia que el derecho fundamental de libertad religiosa tiene en nuestra disciplina, tendemos a observar los problemas jurídicos a distancia, emitiendo juicios sobre si las disposiciones contempladas vulneran la igualdad, la libertad religiosa o la no confesionalidad; o sobre si deben ser declaradas inconstitucionales o extendidas al resto de confesiones. Sin embargo, asumir funciones de legislador o de Tribunal Constitucional sólo es conveniente cuando se es legislador o Tribunal Constitucional.

En cambio, resulta mucho más adecuado interpretar el papel de crítico de arte, pues como ha afirmado CATALANO, “resta di tutto evidenza che l'architettura di un particolare sistema giuridico, o di un settore del medesimo, va disegnata con prospettiva storica e con valutazioni dinamiche, di guisa che il compito del giurista, per taluni suoi aspetti, non appare dissimile da quello del critico d'arte che volendo descrivere un edificio, pregevole per fattura e vetustà, non potrebbe omettere di ricordare quale materiale costruttivo sia stato adoperato, quale sia stata l'epoca dell'edificazione, quali le alterazioni apportate all'originario disegno per successive aggiunte, per rifacimenti, per trasformazioni di strutture” (121).

(121) Vid. CATALANO, G.: *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Parte prima, Milano, 1989, p. 71.