

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2000



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 35, julio-septiembre 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

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: “El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas”	9
BOLÁS ALFONSO, Juan: “El papel del notariado en el espacio jurídico europeo”	37
EVANGELIO LLORCA, Raquel: “El perjuicio derivado de las inmisiones. Especial consideración de los daños a la persona”	53
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio)”	77
MARTÍNEZ PÉREZ, Delfín: “Apuntes sobre el estatuto jurídico del urbanizador en la legislación urbanística valenciana”	103
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La firma electrónica”	141
VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: “Ciencia formal y ciencia práctica del derecho notarial”	177

PRÁCTICA NOTARIAL

ESCOLANO NAVARRO, José Javier: “Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”	197
MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: “La exigencia de inscripción en el Registro Mercantil de la declaración de unipersonalidad o de cese de unipersonalidad, o de cambio de socio único”	235
POU AMPUERO, Felipe: “Vivienda familiar y Derecho interregional”	243
RUEDA PÉREZ, Manuel-Ángel: “Acta de protocolización y exposición de programa para el desarrollo de actuaciones integradas y de proyectos de reparcelación”	247

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: “Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, I. La ciencia del Derecho a lo largo de su historia”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, 1.267 páginas. Por Javier Nagore Yáñez	285
---	-----

OBSERVATORIO NOTARIAL

DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco: “El carácter profesional del notario. Una perspectiva”	293
---	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

I. El notario y las transacciones jurídicas electrónicas. Informe de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino. (Buenos Aires, República Argentina, 18 de septiembre de 1998)	301
II. Consultas jurídico-notariales internacionales	311
III. Congresos y conferencias internacionales:	
1. Informe del coloquio sobre “La mediación familiar” (Quebec, Canadá, del 23 al 26 de septiembre de 1999)	315
2. Primera conferencia europea sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 18 y 19 de octubre de 1999)	316

EL CONTROL DE CONTENIDO EN CONDICIONES GENERALES Y EN CLÁUSULAS CONTRACTUALES PREDISPUESITAS

LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO

*Profesora titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: **I.** LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. **II.** EL CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS. **III.** REQUISITOS PARA DECLARAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA. **1.** Contratos celebrados con consumidores. **2.** Ausencia de negociación individual de las cláusulas. **3.** Buena fe y justo equilibrio en las contraprestaciones. **IV.** CONSECUENCIAS DEL CONTROL DE CONTENIDO.

I. La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas

El problema de las cláusulas abusivas se plantea en todos los sectores donde la contratación se efectúa mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas, en los que el profesional introduce en el contrato, de forma unilateral, cláusulas que a él le resultan más beneficiosas (por ejemplo, las que reducen o suprimen su responsabilidad, o que mencionan que el plazo de entrega de la mercancía se establece sólo a título indicativo, o que atribuyen competencia al Tribunal del lugar donde centraliza sus operaciones, etc.). El consumidor se encuentra entonces desprovisto de la posibilidad de discutir las y negociarlas, y si quiere obtener las ventajas materiales que del contrato se derivan, no tiene más remedio que aceptarlas. Es cierto que la adhesión del consumidor a las cláusulas es voluntaria, puesto que puede decidir si contrata o no, pero carece de libertad, ya que no tiene posibilidad de intervenir en la configuración del contenido contractual. La libertad de contratación y la expresión del consentimiento de la parte más débil (el consumidor) aparece anulada o reducida, mientras que el predisponente podrá introducir en el contrato aquellas cláusulas que, como hemos dicho, le sean más favorables (1).

Las razones que han llevado al legislador a establecer una adecuada protección o tutela del consumidor contra los abusos del profesional, residen en la exigencia de impedir que la rigidez y la inmodificabilidad propia de las cláusulas unilateralmente predispuestas se traduzcan en la imposición de reglas negociales que son perjudiciales o que causan un daño al consumidor, exigencia que es más evidente cuando el consumidor es un sujeto que se encuentra en una posición socioeconómica manifiestamente inferior y que carece por ello de efectivo poder contractual. A ello se une el hecho de que en la mayor parte de los casos, el consumidor mismo, consciente de la imposibilidad de hacer valer sus propios intereses en el terreno de la negociación, no toma en consideración la posibilidad de una discusión, y acepta las condiciones generales como un mal inevitable porque sabe que si quiere concluir el contrato, no puede eludirlas (2).

La protección del contratante débil y el control de las condiciones generales se produce por primera vez a nivel legislativo en la Ley

(1) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 104.

(2) En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 192; ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 127.

50/1980, de Contrato de Seguro, al establecer en su artículo 3 que *“las condiciones generales, en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos en la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de algunas de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”*.

Años después, la protección del consumidor se lleva a cabo a través de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), pero sólo en el ámbito del Derecho de consumo, es decir, frente a consumidores o usuarios, siendo definidos por el artículo 1.2 como *“las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*, quedando de esta forma excluida la protección cuando la contratación se realiza entre profesionales.

El legislador ha establecido un régimen jurídico de protección que consiste en la imposición, por una parte, de unos requisitos de índole formal, que aseguran la autenticidad del consentimiento del consumidor (control de inclusión o de incorporación) y, por otra, en la imposición de un control sobre el contenido de las cláusulas que pretende garantizar la correspondencia del contenido contractual con las exigencias de equidad. Bien es cierto que lo que sucede, en ocasiones, es que la decisión sobre si una cláusula reúne o no los requisitos de inclusión legalmente establecidos, puede plantear dificultades y, sin embargo, las cláusulas evidencian su carácter abusivo por ser contrarias a la buena fe y alterar el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes. Pero en estos casos, nada impide al juez dejar sin resolver la cuestión de la inclusión y acudir al control de contenido (3).

Este régimen de protección, someramente enunciado, si bien se sigue manteniendo, ha sido objeto de una profunda modificación en virtud de

(3) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 204.

la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (Ley de adaptación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Esta Ley se caracteriza por asumir una opción político legislativa novedosa en nuestro Derecho, que es la promulgación, por separado y en paralelo, de una ley sobre condiciones generales, aplicable con independencia de que el adherente responda o no a la caracterización legal de consumidor, pero siempre que contrate con un empresario o profesional, y de una amplia modificación de la LCU, aplicable a las condiciones generales en sentido estricto y a las cláusulas predispuestas individuales (contratos de adhesión), pero siempre que el adherente pueda ser considerado consumidor (4).

En este trabajo vamos a centrarnos en lo relativo a la modificación de la LCU, en concreto, en el nuevo artículo 10 *bis*, que se ocupa del control de contenido de las cláusulas, o lo que es lo mismo, de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, analizando los elementos o requisitos legalmente establecidos que una cláusula debe contener para poder afirmar su carácter abusivo, si bien debemos partir, para nuestro propósito de lo que debe entenderse por cláusula abusiva.

II. El control de contenido de las cláusulas

Se ha dicho que siempre que se hable de cláusulas abusivas se está haciendo del control de contenido (5). En efecto, los contratos celebrados con consumidores deben someterse a un control sobre el contenido de sus cláusulas, al objeto de verificar si éstas, una vez que cumplen los requisitos de inclusión (concreción, claridad y sencillez), y han sido aceptadas por el consumidor y firmadas por las partes, son abusivas porque se oponen a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. Dicho control venía articulado en el artículo 10.1.c de la LCU, mediante una cláusula general que se complementaba con una lista de cláusulas que se consideraban prohibidas por su carácter abusivo. A través de la cláusula general se establecían los criterios de valoración que permitían considerar la posible nulidad de las cláusulas unilateral-

(4) PAGADOR LÓPEZ, "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación", *Revista Española de Seguros*, n.º 95, 1998, p. 325. Sobre la Ley, *vid.*, además, GÓMEZ GÁLIGO, "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 648, 1998, pp. 1587 y ss.; CABELLO DE LOS COBOS, "La Ley de condiciones generales de la contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico", *Revista del Poder Judicial*, n.º 49, 1998, pp. 169 y ss.

(5) AVILÉS GARCÍA, "Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 648, 1998, p. 2567.

mente predispuestas (6). Estos criterios de enjuiciamiento son dos: la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10.1.c), los cuales se encontraban especificados en una lista, que no tenía carácter exhaustivo, sino que era enunciativa (7), de cláusulas que el legislador consideraba prohibidas por atentar contra el principio de la buena fe e implicar, a su vez, un desequilibrio entre las contraprestaciones (8), y que

(6) Este precepto fue criticado por la doctrina por considerar que carecía de una buena técnica jurídica en su redacción. Sobre esta crítica, *vid.*, LÓPEZ SANCHEZ, "Las condiciones generales de los contratos en Derecho español", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4, 1987, p. 650; ALFARO, "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", *Revista de Derecho Mercantil*, 1987, p. 9; BERCOVITZ, R., "La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU", *cit.*, p. 205; DÍAZ ALABART, artículo 10.1.c, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. por R. Bercovitz y J. Salas. Madrid, 1992, p. 249.

(7) Se enumeraban como condiciones contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones, las siguientes: a) la omisión, en casos de pago diferido en contratos de compraventa, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculden al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato;

b) las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario;

c) condiciones abusivas de crédito;

d) los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación;

e) las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio;

f) la repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente;

g) la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario; la negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación;

h) la imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta ley;

i) en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

(8) También se criticó el catálogo de cláusulas abusivas establecido por el legislador, por entender algunos autores que la enumeración de cláusulas consideradas abusivas es heterogénea y caótica, puesto que, por una parte, algunas de las que se encuentran mencionadas en dicho artículo podrían haberse obviado por estar contempladas en otras normas; por otra, se echan en falta otros importantes supuestos de condiciones lesivas (como ocurre con la renuncia al propio fuero, o con la cláusula penal excesiva, etc.), lo cual ha suscitado muchos problemas interpretativos, que han exigido del juez una delicada investigación sobre los efectos que pueden desencadenar atendidas las circunstancias concurrentes. *Vid.*, LÓPEZ SÁNCHEZ, "Las

eran sancionadas con su nulidad, teniéndose por no puestas (art. 10.4). En este elenco se contenía, a su vez, una cláusula (que presentaba las características de una cláusula general en la que se materializan los criterios de enjuiciamiento) (9), la de las denominadas “cláusulas abusivas”, entendiendo por tales *“las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”* (art. 10.1.c, párrafo 3.º).

La necesidad de incorporar al Derecho español la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, en la que se define a nivel comunitario el concepto de cláusula abusiva, y en la que se establece una lista de cláusulas que deben ser consideradas nulas por la legislación de los Estados miembros (10), ha llevado a la reforma de la LCU en virtud de la ya citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la cual, como dijimos anteriormente, no se limita sólo a trasponer la Directiva, sino que, al mismo tiempo, regula las condiciones generales de la contratación. La

condiciones generales de los contratos en Derecho español”, cit., p. 644; BERCOVITZ, R., “La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU”, cit., p. 187; DÍAZ ALABART, artículo 10.1.c, cit., p. 249. No obstante, esta última autora citada señala los aciertos del precepto en lo relativo a la protección del consumidor, que en su opinión, se consigue doblemente: por una parte, en cuanto a la información y educación de los consumidores, pues la existencia del elenco de condiciones resulta orientativo para un consumidor medio a la hora de contratar, y de otra, porque favorecerá la disuasión del predisponente, que presumiblemente dudará en incluir en sus modelos de contratos de adhesión unas cláusulas sobre las que recae la consideración legal de abusivas y la sanción correspondiente.

(9) Señala BERCOVITZ, R., “La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU”, cit., p. 200, que el artículo contiene, como caso especial, lo que en realidad es un concepto general de cláusulas abusivas y pretende convertir lo que es una presunción, en un ejemplo concreto de cláusula contraria a la buena fe y por ello prohibida, añadiendo el citado autor que lo lógico y lo propio de una buena sistemática hubiera sido incluir tanto la denominación de cláusulas abusivas como su descripción, en el encabezamiento del artículo 10.1.c a la hora de proporcionar el concepto genérico de las condiciones generales prohibidas. En el mismo sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, “Las condiciones generales de los contratos en Derecho español”, cit., p. 643; DÍAZ ALABART, artículo 10.1.c, cit., p. 249; REGLERO CAMPOS, “Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología”, *Aranzadi Civil*, 1999, I, p. 1647.

(10) Publicada en el DOCE L 95/29, de 21 de abril de 1993. La Directiva fue adoptada por el Consejo de la Comunidad Económica Europea —como se señala en su Preámbulo— para facilitar el establecimiento de un mercado único, y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor, al adquirir bienes y servicios, frente a las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, mediante la adopción de normas uniformes sobre tales cláusulas. Con ello se tratan de evitar las considerables diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros que regulan la materia, y que dan lugar *“a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros”* (Cdo. 2).

disposición adicional primera de la citada Ley modifica la LCU dando una nueva redacción a su artículo 10, introduciendo, además, un nuevo artículo 10 *bis*, en el que se definen las cláusulas abusivas y se establece su sanción, y una disposición adicional (la primera) en la que figura una lista de cláusulas que son consideradas por el legislador como abusivas.

La Directiva comunitaria, en su artículo 3.1 define como abusivas “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (...) si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”. Del precepto se deriva que es necesario que exista una predisposición y una imposición de las cláusulas, siendo, sin embargo, indiferente, que la cláusula tenga por destino incorporarse o no a una pluralidad de contratos. Por tanto, una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor puede ser abusiva, verificándose los requisitos establecidos en el artículo 3.1, sin necesidad de que se trate de una condición general (11).

En consonancia con lo dispuesto en este artículo, la LCU, modificada por la LCGC considera abusivas, en el artículo 10 *bis* “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley*”.

Pero se observa que ni en este artículo 10 *bis*, ni en el artículo 10 (que establece los requisitos de inclusión o de incorporación de las cláusulas) se definen las cláusulas que constituyen el objeto de su aplicación. No obstante, se ha señalado (12) que de las declaraciones vertidas en la Exposición de Motivos de la LCGC, y de los propios artículos 10.1.1.º y 10 *bis*.1 LCU, interpretados a la luz del artículo 3.2.1 de la Directiva, se deduce que la LCU será de aplicación, no sólo respecto de las cláusulas incorporadas a condiciones generales, sino también en relación con las

(11) En opinión de ALFARO, “El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 67, 1997, p. 864, el legislador comunitario ha adoptado la solución de no obligar a los Estados miembros a controlar acuerdos negociados individualmente, pero sí a exigir que se controlaran, además de las condiciones generales, las cláusulas predispuestas (aun para un solo contrato) que no hubieran sido objeto de negociación.

(12) PAGADOR LÓPEZ, “Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predispuestas e impuestas: la nueva redacción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coord. por G. Botana y M. Ruiz, Madrid, 1999, pp. 185-186.

cláusulas contractuales predispuestas por el profesional y no negociadas individualmente, aun cuando no tengan carácter general.

Por lo que se refiere a la Exposición de Motivos, en ella se señala que la pretensión de la LCGC es la de proteger los legítimos intereses tanto de los consumidores como de aquellas personas que contraten con quienes utilicen condiciones generales en su actividad contractual, con lo que se pretende distinguir entre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación. Y una cláusula abusiva puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en lo que la propia Exposición de Motivos denomina “contratos de adhesión particulares”.

Respecto a la LCU, tanto el artículo 10.1.1.º como el artículo 10 bis.1 se refieren a “cláusulas o estipulaciones no negociadas individualmente”, por lo que ambos preceptos, interpretados en relación con el artículo 3 de la Directiva, serán de aplicación a las cláusulas que hayan sido redactadas previamente por el profesional (predisposición), y en las que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido (imposición) (13).

En consecuencia, las cláusulas incluidas en el ámbito de aplicación de la LCU solamente deben reunir tres de los cuatro elementos que deben concurrir, según dispone el artículo 1.1 LCGC, para que existan condiciones generales de la contratación: contractualidad, predisposición e imposición, siendo irrelevante el cuarto elemento de la generalidad (14). Esto no significa que el control de contenido no se aplique a las cláusulas que se utilicen con carácter general (15), sino que, por el contrario, deben someterse a un juicio sobre su posible abusividad, ya que así se deduce del nuevo artículo 10.3 LCU, al disponer que “*si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las pres-*

(13) Vid., RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un anteproyecto y proyecto de ley)”, *Derecho de los Negocios*, n.º 86, 1997, p. 9; PAGADOR, “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”, cit., p. 341; BOTANA GARCÍA, Disposición adicional primera, dos, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dir. por I. Arroyo y J. Miquel, Madrid, 1999, p. 248.

(14) En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente”, cit., p. 9; GÓMEZ GÁLLIGO, “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”, cit., p. 1592; PAGADOR, “Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predispuestas e impuestas: la nueva redacción de la LGDCU”, cit., p. 187; BOTANA, Disposición adicional primera, dos, cit., p. 249.

(15) Cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, ed. S. Espiau, Madrid, 1999, p. 68.

cripciones de ésta". En el caso de que se esté ante condiciones generales, el artículo 8.2 LCGC establece que serán nulas las "*que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor*", remitiéndose a la LCU para determinar su concepto (16). Por lo tanto, dicho concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores.

Con esta regulación se persigue velar por el justo equilibrio de las prestaciones asumidas por las partes en los contratos en que participen profesionales y consumidores, defendiendo al consumidor de las cláusulas establecidas unilateralmente por aquéllos, teniendo en cuenta tanto el superior conocimiento técnico, como el mayor grado de información de que goza generalmente dicho predisponente (17). Esta protección va dirigida no sólo frente a los abusos producidos por el uso de condiciones generales sino, más ampliamente, contra los abusos que se ocasionan por la utilización de cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente, aunque no formen parte de unas condiciones generales, es decir, aunque hayan sido predisuestas tan sólo para un contrato concreto (18). En definitiva, pues, para la consideración de una cláusula como abusiva se requiere que la misma provoque un fuerte desequilibrio contractual de las partes en perjuicio del consumidor, y que tal desequilibrio sea contrario a la buena fe (19).

Señalábamos anteriormente que la Directiva incorpora un Anexo en el que se contiene una lista indicativa y no exhaustiva (art. 3.3) de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (20). Los diecisiete supuestos

(16) Señala REGLERO, "Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología", cit., p. 1639, que realmente la ley llega a un resultado acorde con el mandato comunitario, pero de una manera confusa y desordenada, producto de la presencia de dos textos legales para la regulación, en lo fundamental, de una misma materia.

(17) EMPARANZA, "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 213, 1994, pp. 472-473.

(18) RODRÍGUEZ ARTIGAS, "El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente", cit., p. 9.

(19) Vid. VATTIER FUENZALIDA, "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 630, 1995, p. 1539, y BUESO GUILLÉN, "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 59, 1995, p. 667.

(20) Siguiendo a ROPPO, "La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori", *Rivista di diritto civile*, 1994, I, pp. 287 y ss. Las cláusulas contenidas en la lista pueden ordenarse en dos categorías: en cláusulas de desequilibrio, y en cláusulas sorprendentes:

A) Cláusulas de desequilibrio: dentro de esta categoría se comprenden aquellas cláusulas que tienen en común el causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante

contenidos en ella suponen un mínimo, lo cual significa que los Estados miembros pueden decidir mantenerla o introducir en sus ordenamientos

entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, pese a las exigencias de la buena fe. En este grupo puede realizarse la siguiente subdivisión:

1. Cláusulas relativas a la disponibilidad del vínculo: en algunas cláusulas el desequilibrio se manifiesta porque el empresario es el que se encarga de la formación del contrato o de la subsistencia del vínculo contractual, mientras que el consumidor, sin tener posibilidad de elección, queda vinculado. Son de este tipo:

a) Las cláusulas que prevén un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional esté supeditada a una prestación cuya realización depende únicamente de su voluntad (letra c);

b) las cláusulas que autorizan al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad (letra f).

2. Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad del consumidor: son cláusulas que dan lugar a un desequilibrio contractual por cuanto generan un agravamiento de la responsabilidad del consumidor, el cual no encuentra un régimen de responsabilidad del empresario igualmente severo:

a) Las cláusulas que imponen al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta (letra e);

b) las que permiten que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie (letra d).

3. Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad del empresario: estas cláusulas resultan desequilibradas porque introducen un régimen de especial favor para el empresario, puesto que éste prevé o bien exclusiones o limitaciones de su responsabilidad por incumplimiento, o bien sustrae al consumidor las garantías o los remedios legales de los que dispone contra la parte inculpidora:

a) Las cláusulas dirigidas a excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional (letra a);

b) las cláusulas dirigidas a excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último (letra b);

c) las cláusulas que permiten conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato (letra m);

d) las cláusulas dirigidas a restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares (letra n);

e) las cláusulas que obliguen al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiere cumplido las suyas (letra o);

f) las cláusulas que prevén la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste (letra p);

g) las cláusulas que limiten u obstaculicen el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante (letra q);

nacionales un mayor nivel de protección, incluyendo más supuestos concretos o reforzando los existentes, pero incluso pueden someterlos a “*formulaciones más restrictivas, en particular, respecto al alcance de dichas cláusulas*” (Cdo. 17).

La LCU, siguiendo a la Directiva, contiene, en una disposición adicional, una lista de cláusulas tipificadas por el legislador como abusivas, pero que tampoco tiene un carácter exhaustivo, sino que es ejemplificativa (lista negra o de cláusulas en todo caso prohibidas, puesto que el legislador establece que “*tendrán el carácter de abusivas*”, a diferencia de la lista de la Directiva que es indicativa, porque en la misma se dispone que “*pueden ser declaradas abusivas*”). En ella se recogen los supuestos que se contenían en el anterior artículo 10.1 LCU y los establecidos en la Directiva. A este catálogo se le encomienda la misión de concretar la cláusula general de control de contenido y orientar al juez respecto al modo en que ha de interpretar y aplicar aquella (21). Las cláusulas se agrupan en cinco categorías, de la siguiente forma: 1.º cláusulas que

h) las cláusulas que permiten que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aun no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato (letra f).

B) Cláusulas sorprendentes: son aquéllas que exponen al consumidor al riesgo de encontrarse implicado en situaciones contractuales distintas y más desventajosas de las que podía razonablemente imaginar o prever. Dentro de esta categoría se incluyen las siguientes cláusulas:

1. Cláusulas sorprendentes sobre el vínculo contractual: son aquéllas que dan lugar a que el consumidor, ante una situación imprevista, permanezca contractualmente vinculado más de lo que se había estipulado o, por el contrario, den lugar a la ruptura del vínculo antes de lo razonablemente previsto. A este tipo pertenecen:

a) Las cláusulas que autorizan al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves (letra g);

b) las cláusulas que implican la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo (letra h).

2. Cláusulas sorprendentes sobre la regulación negocial de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato:

a) Cláusulas dirigidas a hacer constar de manera irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (letra i);

b) cláusulas que atribuyen al profesional un excesivo o injustificado *ius variandi*, como la que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo (letra j); la que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar (letra k); la que estipule que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato (letra l).

(21) PAGADOR, “Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predisuestas e impuestas: la nueva redacción de la LGDCU”, cit., p. 191.

suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional (22); 2.º privación de derechos básicos del consumidor (23); 3.º falta de reci-

(22) En este grupo se incluyen:

1. Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo;

2. La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporionalmente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a los servicios financieros, lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adecuado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

3. La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4. La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

5. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

6. La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes, o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

7. La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

8. La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

(23) A este segundo grupo pertenecen las cláusulas que tengan por objeto:

9. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

proxidad (24); 4.º sobregarantías (25) y, 5.º lo que la propia Ley denomina “otras” (26).

En particular, las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución, gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

11. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la retención o consignación.

12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13. La imposición de renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación.

14. La imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor.

(24) Entre las que se encuentran:

15. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

17. La autorización del profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

(25) En este cuarto grupo, el legislador incluye dos cláusulas, que son las siguientes:

18. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

(26) Por último, se consideran abusivas:

20. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

21. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

23. La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

III. Requisitos para declarar una cláusula abusiva

Del concepto dado por el legislador sobre las cláusulas abusivas, se deducen los requisitos que son necesarios para que pueda considerarse una cláusula como abusiva. Son los siguientes: que el contrato se haya celebrado con un consumidor; que en el contrato se contengan estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente y en cuyo contenido no haya podido influir el consumidor; que las mismas sean contrarias a la buena fe, y que produzcan un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. Analizamos a continuación estos requisitos.

1. Contratos celebrados con consumidores.

Como ya ha quedado dicho, la protección dispensada por el legislador frente a las cláusulas abusivas sólo se da en contratos celebrados entre consumidores y profesionales, siendo indiferente que se trate de cláusulas incorporadas a condiciones generales o de cláusulas predispuestas individualmente. Evidentemente, la abusividad también puede darse en las cláusulas o en condiciones generales de contratos celebrados entre profesionales, pero en este caso, la Exposición de Motivos de la LCGC señala que habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas, rigiéndose el abuso de posición dominante por las normas generales de nulidad contractual.

Pero, ¿quién es consumidor y quién profesional? En los términos de la Directiva es consumidor *“toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”* (art. 2.b). La LCU define a los consumidores como *“las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza*

25. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

26. La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

27. La previsión de pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

28. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

29. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo.

pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden" (art. 1.2). Y excluye de la consideración de consumidores a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1.3).

Por lo que se refiere al profesional, su definición se encuentra en la disposición adicional primera LCU, al final del elenco de cláusulas declaradas abusivas por el legislador. En términos similares al concepto que de profesional efectúa el artículo 2 LCGC, y en términos coincidentes a la definición establecida en la Directiva (art. 2.c), se entiende por tal "*la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada*".

2. Ausencia de negociación individual de las cláusulas.

El artículo 10 bis.1 LCU establece como presupuesto para someter a control una cláusula y poder calificarla de abusiva, que no haya existido una negociación individual del contenido contractual (27). Esta ausencia de negociación debe entenderse como equivalente a predisposición y a

(27) Así se ha establecido también en Derecho italiano, en la Ley de 6 de febrero de 1996, n. 52, de adaptación de la Directiva 93/13. El artículo 1.469 *ter*, párrafo 5.º, dispone que "*En el contrato concluido mediante suscripción de módulos o formularios predisuestos para regular de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, recae sobre el profesional la carga de probar que las cláusulas, o los elementos de la cláusula, hayan sido objeto de una específica negociación con el consumidor*". No obstante, esta Ley se separa de la Directiva en cuanto que ha establecido la negociación individual no como presupuesto para la valoración del desequilibrio, sino como elemento valorativo de la abusividad, de forma que la declaración de una cláusula como abusiva dependerá de tres parámetros concurrentes: ausencia de negociación, buena fe y desequilibrio. Sobre ello, *vid.*, LENER, "La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori", *Foro italiano*, n.º 4, 1996, p. 147; BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Milán, 1996, pp. 26 y ss.

Sin embargo, no ha sucedido lo mismo en Derecho francés, en el cual la Ley 95-96 de 1 de febrero de 1995, de adaptación de la Directiva, no ha incluido ningún precepto que establezca la negociación individual de las cláusulas, habiéndolo justificado los autores franceses en el hecho de que aunque se estableciera que las cláusulas deben ser objeto de negociación individual, el profesional puede abusar del consumidor, bien porque se aproveche de su poder económico, o bien porque se aprovecha de la debilidad económica del consumidor, y por tanto se debe proteger, cualquiera que sea la forma del contrato, a los contratantes en posición de inferioridad. Así, GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE, "L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n 95-96 du 1 février 1995", *Semaine Juridique*, n.º 25, 1995, I, 3854, p. 277; PAISANT, "Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-96 du 1 février 1995", *Dalloz*, 1995, *Chronique*, p. 102. Como señala MAZEAUD, D., "La loi du 1 février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?", *Droit et Patrimoine*, 1995, p. 45, la opción del legislador es buena, puesto que en opinión de este autor, lo único que importa para apreciar el carácter abusivo de una cláusula son los efectos que la misma crea sobre el equilibrio contractual: la negociación individual de una cláusula, para este autor, no debe conferir la inmunidad.

imposición (28), es decir, que las cláusulas hayan sido redactadas previa y unilateralmente por una sola de las partes (el predisponente), sin que en la elaboración de su contenido haya podido intervenir, ni directa ni indirectamente, la otra parte (el consumidor) (29). Pero el artículo citado no da una definición de lo que deba entenderse por cláusulas “no negociadas individualmente”, por lo que debemos acudir a la que se contiene en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13, el cual dispone que “*Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*” (30). De este precepto se deduce que son dos los presupuestos que deben darse para considerar que una cláusula no ha sido objeto de negociación individual. Por una parte, es preciso que la cláusula haya sido predispuesta con anterioridad a la fase de celebración del contrato; por otra, es necesario que el consumidor, ante una cláusula predispuesta, no haya podido ejercer ninguna influencia sobre su contenido (31).

(28) ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 129, y en “El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, p. 15. RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el concepto de contrato de adhesión”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 56, 1994, p. 1062; MIQUEL RODRÍGUEZ, “Disposición adicional primera, tres”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dir. por I. Arroyo y J. Miquel, Madrid, 1999, p. 284; ARROYO, artículo 1.2, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dir. por I. Arroyo y J. Miquel, Madrid, 1999, p. 26; BOTANA, “Disposición adicional primera, dos”, cit., p. 249. En contra, AVILÉS GARCÍA, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, cit., p. 1564, para quien no se exige prerredacción, sino sólo imposición.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la unilateralidad o predisposición, como señala la TROIANO, “Clausola non oggetto di negoziato individuale”, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, dir. por Bianca y Alpa, Milán, 1995, p. 599, debe darse no solamente en el momento anterior a la celebración del contrato, sino que debe persistir hasta que el contrato se perfeccione.

(29) Esta es la interpretación correcta que debe hacerse de la expresión “cláusulas no negociadas individualmente”. Por ello debe rechazarse, como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación”, cit., pp. 72-73, una interpretación amplia que lleve a considerar que el control de contenido debe aplicarse a todas las cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, a menos que hayan sido negociadas individualmente y sin necesidad de que se trate de cláusulas prerredactadas o predispuestas.

(30) Señala CASOLA, artículo 1.469 *ter*, en *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, dir. por Barenghi, Milán, 1996, p. 102, que esta norma enuncia dos criterios guía, entre ellos autónomos, pero ligados por un nexo consecucional lógico y cronológico: el primero se refiere a la utilización de un esquema ya predeterminado respecto a la conclusión del contrato; el segundo consiste en la circunstancia de que el consumidor haya visto inhibido su potencial colaborativo-determinativo en orden al contenido del contrato. En opinión de este autor, es al intérprete al que le corresponde verificar si ha habido una efectiva participación del consumidor en la determinación del contenido contractual.

(31) No son cláusulas impuestas, según ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 138, las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, puesto que

A la vista de lo establecido en la Directiva, la cuestión que se plantea es cuándo debe entenderse que el consumidor ha podido influir sobre el contenido del clausulado. A este respecto pueden señalarse dos momentos: uno, cuando el texto de la cláusula se redacte con la colaboración del consumidor, y otro, cuando la cláusula ha sido redactada por el profesional y posteriormente se somete a discusión con el consumidor y se negocia.

En el primer caso, al haber establecido el profesional o predisponente con el consumidor el contenido de las cláusulas, éstas no se someterán a control sobre su posible abusividad, puesto que se entiende que han sido fruto de una voluntad común de ambas partes, no existiendo imposición del contenido contractual por parte del profesional (32).

En el segundo caso, cuando el predisponente permite al consumidor entrar en una negociación, debe tenerse en cuenta que el artículo 3.2 de la Directiva habla de “posibilidad” para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula, lo que debe entenderse como posibilidad de modificación de la cláusula. Pero como la norma sólo se refiere a “posibilidad” y no a la circunstancia de que tal influencia haya sido materialmente ejercitada, el problema será establecer si se podrá considerar negociada solamente aquella cláusula que aparezca modificada o, por el contrario, la cláusula que, si bien no ha sido objeto de modificación, sí se ha discutido.

Algunos autores sostienen que una cláusula sólo se considerará negociada cuando haya sufrido modificaciones respecto del texto redactado por el predisponente, debiendo ser tales modificaciones sustanciales. Consideran que no basta con que el consumidor haya podido intervenir en la determinación del contenido de la cláusula, sino que es necesario que esa intervención se traduzca en una modificación y no se quede sólo en una mera discusión, pues en este caso la imposición por parte del predisponente continuaría existiendo (33).

en ellas no hay imposición por parte del predisponente, y han sido tenidas en cuenta por el consumidor a la hora de adoptar su decisión de contratar, quedando sometidas al control del mercado y la competencia. En el mismo sentido, EMPARANZA, “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, cit., pp. 472-473; AVILÉS, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, cit., p. 1548; PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 288.

(32) Lo mismo sucede en el caso de que haya sido el consumidor el que haya propuesto las cláusulas, siendo inaplicable en este caso el control de contenido. *Vid.*, en este sentido, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 131, y PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., p. 275.

(33) En nuestra doctrina, BERCOVITZ, R., “La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU”, cit., p. 191, es de esta opinión, pues entiende que no basta con que la cláusula se haya discutido, ni siquiera con que se haya producido una alteración secundaria, sino que sólo cabe hablar de negociación, a efectos de excluir el concepto, cuando el resultado

Sin embargo, otros autores entienden que no es necesario que la cláusula haya sido modificada respecto al texto originario prerredactado, puesto que lo importante es que se haya atribuido al consumidor un poder real de negociación o discusión, es decir, que el consumidor tenga una posibilidad real de modificación de la cláusula, aunque la misma no llegue a producirse (34). La posibilidad para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula debe entenderse como la posibilidad real, concreta y efectiva, que el predisponente ha dado al consumidor de poder incidir sobre el contenido del contrato (35). Por tanto no basta con

suponga la introducción de cambios significativos a instancia del consumidor. En la doctrina italiana sostienen esta postura, ORESTANO, "I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note", *Riv. crit. dir. pr.*, 1993, p. 480; TROIANO, "Clausola non oggetto di negoziato individuale", cit., p. 605, que considera que una cláusula predispuesta por el profesional sólo se considerará negociada cuando haya sido modificada respecto al texto originario.

La jurisprudencia italiana, evitando la elaboración sistemática de un concepto abstracto de negociación, raramente se ha pronunciado sobre el tema y cuando lo ha hecho ha adoptado la solución más favorable al consumidor, pues considera que es necesario "que el contrato haya sido objeto de sustanciales modificaciones, de tal forma que se tenga la certeza de que el consumidor ha aceptado conscientemente todo el contenido del contrato, incluidas las cláusulas que le sean desfavorables" (Cass. 21 noviembre 1978, n. 5422).

Rechaza esta interpretación PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., pp. 311-312, fundamentalmente por entender que no toda modificación experimentada por una o varias cláusulas es necesariamente consecuencia de una negociación, sino que ésta debe averiguarse atendiendo a si las circunstancias objetivas y personales, concurrentes en el proceso de negociación, permiten concluir con certeza que al adherente le ha resultado razonablemente fácil y posible autodeterminarse de forma libre y responsable, respecto de la cláusula o cláusulas cuyo carácter negociado es objeto de consideración.

(34) Así, señala ARROYO, artículo 1, cit., p. 27, que la negociación es un método, no un resultado, lo que quiere decir que la negociación existe si hubo oportunidad de discutir, de enfrentar posiciones, de formular alternativas, cambios o modificaciones, al margen del resultado. Para ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 136, la exclusión del control de contenido de las cláusulas que han sido negociadas se justifica porque la cláusula es atribuible a la voluntad de ambas partes y ha sido aceptada por el consumidor. En la doctrina italiana mantienen esta postura, PARLODESI, "Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?", *Foro italiano*, 1994, n.º 3, p. 137; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milán, 1996, p. 34. No obstante, como señala PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., p. 321, la hipótesis de negociación individual es improbable. Señala este autor que es excepcional que un predisponente esté dispuesto realmente a modificar sus cláusulas prerredactadas con la finalidad de no perder un cliente, y ello sólo puede venir determinado por la especial situación del mercado concernido y por la posición que en él ocupa el predisponente, y más excepcional es que el consumidor se preocupe por conocer el contenido regulador de las cláusulas y las tome en consideración al objeto de adoptar su decisión.

(35) Cfr. TROIANO, "Clausola non oggetto di negoziato individuale", cit., p. 611. Este autor señala como casos en los que existe negociación, los siguientes:

1. Cuando el predisponente se limita a comunicar a la otra parte las condiciones por él predispuestas con carácter general, por ejemplo leyendo en voz alta las cláusulas del contrato antes de su suscripción, o bien explicando su contenido, pero sin que a ello siga una verdadera y propia discusión. En este caso no puede hablarse de negociación puesto que, aunque existe conocimiento de las cláusulas por parte del consumidor (que sería la base para entrar en

que el profesional se limite a garantizar o a facilitar al consumidor una simple información sobre el contenido del contrato prerredactado por aquél, sin permitir una discusión real de cada una de las cláusulas (36). Excepcionalmente podrá darse el caso de que, una vez conocidas y discutidas por el consumidor las cláusulas, éste haya renunciado a toda modificación declarando su conformidad con el texto predispuesto (37). La carga de la prueba de que una cláusula se ha negociado corresponde al profesional (art. 10 bis.1, párrafo 3.º). Como se ha señalado, la prueba de la negociación será más fácil en función del resultado, es decir, de si hubo o no modificación de las cláusulas predispuestas, si bien será una prueba que habrá de valorar el juez (38).

Por otra parte, puede ocurrir que sólo alguna de las cláusulas haya sido objeto de negociación individual, surgiendo la cuestión de qué sucede con las otras. Dicho de otro modo, debe determinarse si la ausencia de negociación debe referirse a cada una de las cláusulas individualmente consideradas, o si es suficiente con que la negociación se haya llevado

negociación), no es suficiente para que el consumidor pueda situarse en posición de influir sobre el contenido de la cláusula que ha sido fruto de una determinación unilateral del predisponente.

2. Tampoco puede considerarse excluida la aplicación de la ley en el caso de una declaración suscrita por el consumidor mediante la cual éste declare que el contenido del contrato ha sido negociado en todos sus detalles, pues dicha declaración no puede sustituir una verdadera negociación. Lo mismo ocurriría cuando se deje al consumidor la opción, entre varias alternativas establecidas rígidamente por el predisponente, en el caso de modelos de elección múltiple en los que el consumidor puede optar entre varias condiciones generales. En este caso la elección es obligada.

3. Cuando el predisponente expresa al consumidor el alcance de las cláusulas y manifiesta su disponibilidad para negociar, invitando a aquél a que formule su propuesta alternativa. Debe tratarse no de una disponibilidad genérica, sino específica: querer discutir cada cláusula individualmente. Ahora bien, supuesta esta disponibilidad, si el consumidor renuncia a presentarle al predisponente una solicitud de modificación y a discutir con él, ¿es suficiente para considerar que ha habido negociación individual en el sentido de la Directiva? La respuesta debe ser negativa: el hecho de que exista una concreta disponibilidad del profesional para modificar una cláusula, lo único que asegura es que ha habido una posibilidad de negociar, pero no que se ha producido una verdadera negociación. Este caso dependerá de la seriedad de tal declaración de disponibilidad, dato subjetivo que ha de verificarse sobre la base de circunstancias objetivas, como el hecho de que en sus anteriores contrataciones con otros clientes, el predisponente haya consentido para modificar sus condiciones. Si se declara dispuesto a negociar, pero posteriormente no acepta modificaciones en sus condiciones, no se le puede considerar dispuesto a negociar de forma seria.

(36) Cfr., CASOLA, artículo 1.469 *ter*, en *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 106.

(37) ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 137.

(38) Cfr. ARROYO, artículo 1, cit., p. 27, el cual, además, señala como pruebas de la existencia de una negociación, independientemente del texto final adoptado, el intercambio de cartas, telex o telegramas, reuniones, conversaciones, consultas, elaboración de informes o dictámenes, intercambio de datos o, incluso, dilación del proceso.

a cabo sobre el contrato en su totalidad, o sobre partes del mismo, para excluir la aplicación del artículo 10 *bis*.1 LCU respecto a todas las cláusulas del contrato. La respuesta viene dada en el párrafo segundo del citado artículo 10 *bis*.1 LCU, que, al igual que el artículo 3.2 de la Directiva, señala que “*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato*”. Del precepto se deduce que es irrelevante la negociación parcial de algunas de las cláusulas a los efectos de la aplicación del control de contenido al resto del contrato.

Por último, en lo que concierne a la negociación individual, queda por plantearse si la tutela dispensada al consumidor frente a las cláusulas abusivas, debe extenderse a aquellos supuestos en los que el contrato ha sido redactado por un tercero y ha sido impuesto al consumidor a iniciativa del profesional. En este caso, para que pueda considerarse que no ha existido negociación individual y puedan someterse las cláusulas al control de contenido, es indispensable que la iniciativa para imponer al consumidor el clausulado del contrato redactado por un tercero sea exclusivamente del profesional (39). Por el contrario, se considera que ha existido negociación cuando el consumidor lo consiente o si es éste el que lo propone, porque entonces, la concreta posibilidad para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula va implícito en la libre elección del consumidor de adoptar un texto que no le es impuesto por el profesional (40).

3. Buena fe y justo equilibrio en las contraprestaciones.

El legislador establece como requisito para que una cláusula impuesta por el profesional al consumidor pueda ser declarada abusiva, que sea contraria a la buena fe y que produzca un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. Algunos autores han señalado que no se trata del acogimiento legal de dos principios, el de buena fe y el de justo equilibrio de las prestaciones, sino sólo del primero, puesto que la

(39) Vid., ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 131; RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente”, cit., p. 7; ARROYO, artículo 1, cit., p. 28.

(40) Así, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 133. Señala este autor que en este caso, como son ambas partes las que remiten a un tercero la configuración del contenido contractual, las partes ejercitan su autonomía privada y actúan negligentemente al no fiscalizar la actuación del tercero. En contra, TROIANO, “Clausola non oggetto di negoziato individuale”, cit., p. 649, pues para este autor, la solución es que el texto reclamado por las partes pueda excluirse del control de abusividad solamente cuando resulte que el reenvío ha estado acompañado de una específica discusión sobre cada una de las cláusulas.

referencia al desequilibrio importante es el dato revelador de la posible infracción a la confianza y buena fe (41). Es decir, el justo equilibrio se tiene en cuenta por el legislador no con propia autonomía frente a la buena fe, sino como presunción de una contravención de la misma (42). El sentido que se le dé a estos principios va a ser decisivo para determinar cómo se realiza y qué alcance puede tener el control sobre el contenido de las cláusulas. Y esto servirá tanto si estamos en presencia de cláusulas predispuestas no negociadas individualmente para un solo contrato con un consumidor concreto, como si se trata de cláusulas predispuestas no negociadas individualmente para su utilización en una pluralidad de contratos (condiciones generales) (43).

Por lo que se refiere al primer requisito mencionado, la Directiva señala que *"en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor (pudiendo) los profesionales cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta"* (Cdo. 16).

La interpretación que del requisito de la buena fe debe hacerse no es la de considerarla en sentido subjetivo, es decir, no puede entenderse que la cláusula será abusiva aunque el predisponente ignorase tal abusividad (44). Por el contrario, debe entenderse en sentido objetivo, esto es, como un criterio valorativo de las obligaciones de cada parte en el que hay que tener en cuenta no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino principalmente las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico (45). Se trata de la buena fe del artículo 1.258 C.c. pero tras-

(41) RUIZ MUÑOZ, "Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21, 1994, p. 75. En el mismo sentido, señala DÍAZ ALABART, artículo 10.1.c, cit., que aunque se tratase realmente de dos requisitos distintos, sin embargo se hallarían tan íntimamente unidos que resultarían difícilmente separables en la práctica, puesto que el justo equilibrio de las contraprestaciones implica la existencia de buena fe, y la buena fe difícilmente existirá si no hay un equilibrio contractual justo.

(42) BERCOVITZ, R., "La defensa contractual del consumidor en la LCU", cit., p. 199.

(43) AVILÉS, "Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España", cit., p. 1567.

(44) En opinión de LASARTE "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación", *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 75-76, la buena fe no puede entenderse desde la perspectiva subjetiva, como imposición de un deber de comportamiento honorable o adecuado a los criterios morales imperantes en la sociedad y en el tráfico jurídico, sino más bien, como un criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas que se superpone al propio comportamiento de las partes y modaliza el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto.

(45) BERCOVITZ, R., "La defensa contractual del consumidor en la LCU", cit., p. 198.

ladada del momento de la interpretación y ejecución del contrato, al momento previo de su perfección (46). Por tanto, la cláusula es abusiva sólo cuando determina un desequilibrio que sea contrario a la buena fe, pues si no vulnerase tal principio, podría no considerarse abusiva (47).

En cuanto al “desequilibrio”, del artículo 4.2 de la Directiva se de-

(46) Es el criterio defendido mayoritariamente por la doctrina. Así, DUQUE DOMÍNGUEZ, “La protección de los derechos económicos y sociales en la LCU”, *Estudios sobre Consumo*, 1984, n.º 3, p. 67; BERCOVITZ, R., “La defensa contractual del consumidor en la LCU”, cit., p. 198; LÓPEZ SÁNCHEZ, “Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español”, cit., p. 642; ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 82; DÍAZ ALABART, artículo 10.1.c, cit., p. 253; BUESO GUILLÉN, “Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores”, cit., p. 665; AVILÉS, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, cit., p. 1557; ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1.º-A, Madrid, 1993, p. 453.

En contra DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 352-353, pues para este autor buena fe no es la mencionada como regla de integración del contrato, sino el conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual. En su opinión, la buena fe es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante, siendo una aplicación de la regla general de la confianza.

(47) La ley francesa a la que anteriormente hicimos referencia, de adaptación de la Directiva, ha eliminado la referencia a la exigencia de la buena fe. La doctrina francesa ha considerado acertada esta omisión, señalando que las cláusulas que deben eliminarse de los contratos son aquellas que generan una grave ruptura del equilibrio contractual, por lo que sería superfluo preguntarse si han sido estipuladas en contra de la buena fe. *Vid.*, en este sentido, MAZEAUD, D., “La loi du 1 février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?”, cit., p. 47; PAISANT, “Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-96 du 1 février 1995”, cit., p. 100; GHESTIN y MARCHESSAUX-VAN MELLE, “L’application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l’adoption de la loi n 95-96 du 1 février 1995”, cit., pp. 275 y ss.

En la doctrina italiana se ha discutido mucho sobre la interpretación que debe hacerse del requisito de la buena fe, puesto que en Italia la traducción de la Directiva se hizo en unos términos un tanto confusos, redactándose el citado requisito como “malgrado il requisito de la buona fe”, que difiere del texto del mismo artículo formulado por otros Estados miembros. En una forma literal, la interpretación que algún autor ha hecho de este requisito es la de entenderlo como “independientemente de la buena fe”, es decir, es abusiva la cláusula que, aunque sea conforme a la buena fe, causa un desequilibrio al consumidor (sentido subjetivo). Así, ALPA, “Le clausole abusive nei contratti dei consumatori”, *Corriere giur.*, 1993, p. 642. Sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana rechaza esta interpretación y entiende que el requisito de la buena fe establecido en la Directiva significa que es abusiva la cláusula, que siendo contraria a la buena fe, determine en el consumidor un desequilibrio importante (sentido objetivo), que es el sentido que se le ha dado en Derecho español. Así, entre otros, DE NOVA, “Criteri generali di determinazione dell’abusività di clausole ed elenco di clausole abusive”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, n.º 3, p. 693; ROPPO, “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, cit., p. 285; BARENGHI, artículo 1.469 bis, en *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., pp. 39 y ss.; PARLODESI, “Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l’attuazione di una direttiva abusata”, *Riv. crit. dir. pr.*, 1995, 3, p. 528; BIAZZI, “Condizioni generali di contratto e buona fede”, en *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, dir. por E. Cesàro, Milán, 1994, pp. 30-33.

duce que el desequilibrio relevante para considerar una cláusula como abusiva es de tipo normativo y no económico (48), pues dicho precepto establece que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*. En consecuencia, el justo equilibrio hay que entenderlo de forma amplia, en el sentido de que ha de extenderse a todo el contrato y no únicamente a las prestaciones objeto del mismo (49).

Pero además de la buena fe y el desequilibrio, en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula deben tenerse en cuenta otros criterios, que cumplen una función integradora o delimitadora (50), y que se hallan enunciados en el propio artículo 10 bis.1 (al igual que establecía el art. 4.1 de la Directiva). Son tres, y conforme a ellos el carácter abusivo de una cláusula debe valorarse: 1.º *“teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato”*; 2.º *“considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”*; 3.º *“así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”* (51). Esto significa que la valoración de una cláusula para comprobar que es contraria a la buena fe, al producir un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es global, es decir, implica una labor interpretativa de todo el contrato, de todas las cláusulas que forman parte del contenido contractual, junto con la del contexto en que se ha realizado el contrato (52).

(48) Cfr. VATTIER, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, cit., p. 1538; ROPPO, “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, cit., p. 284; SCIARRONE, “Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatoti)”, *Banca, borsa e tit. de cred.*, 1993, II, p. 724.

(49) BERCOVITZ, R, “La defensa contractual del consumidor en la LCU”, cit., pp. 199-200.

(50) ROPPO, “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, cit., p. 286.

(51) A estos criterios a los que acabamos de hacer referencia, para enjuiciar el carácter abusivo de una cláusula, la Directiva añade otros dos, contenidos en el artículo 4.2, pero teniendo en cuenta que operan en negativo, es decir, que son llamados a excluir la abusividad. Estos criterios, que actúan bajo la condición de que las cláusulas se redacten de forma clara y comprensible, son los siguientes: de un lado, el precepto mencionado establece que *“la apreciación del carácter abusivo no se referirá a la definición del objeto principal del contrato”*; de otro, no se tendrá en cuenta la adecuación entre precio y retribución ni los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

(52) ROPPO, “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, cit., p. 286; REGLERO, “Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología”, cit., p. 1647. En opinión de EMPARANZA, “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas

IV. Consecuencias del control de contenido

Una vez realizado el control de contenido sobre una o varias cláusulas del contrato, si se aprecia su carácter abusivo, debe determinarse una sanción. A este respecto, la Directiva, en el artículo 6.1, establece cuáles son los efectos de la declaración de abusividad, disponiendo que *“Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional, y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”* (53). De lo dispuesto en este precepto se deriva que la sanción que la Directiva establece cuando se aprecia el carácter abusivo de una cláusula es la nulidad parcial del contrato, es decir, excluir la cláusula abusiva del contenido contractual, manteniendo la validez del contrato, siempre que éste pueda existir sin las cláusulas que se declaren abusivas (54).

La solución adoptada por la Directiva parece acertada, aunque se la podría reprochar el hecho de no haber previsto los medios para colmar las lagunas contractuales causadas por la desaparición de las cláusulas declaradas abusivas en el contrato. El silencio del legislador comunitario se ha interpretado en el sentido de que sean los Estados miembros los que procuren, con arreglo a sus propias disposiciones generales de integración contractual, la recomposición del contenido contractual, tras la eliminación de las cláusulas consideradas abusivas (55).

en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, cit., p. 471, el análisis de las circunstancias individuales que rodearon la celebración del contrato, responde a una labor hermenéutica imprescindible para descifrar el contenido contractual, y tiene como objetivo principal averiguar la voluntad de los contratantes.

(53) Establece el segundo párrafo del mencionado artículo que *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que le ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”*.

(54) Si bien, como señala RUIZ MUÑOZ, “Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario”, cit., p. 92, el precepto no impone en todo caso el mantenimiento del contrato, lo cual significa que tiene que producirse una cierta armonización entre protección del consumidor (nulidad parcial de las cláusulas abusivas) y respeto de las bases del régimen jurídico general de los contratos.

(55) EMPARANZA, “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, cit., p. 477; RUIZ MUÑOZ, “Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario”, cit., p. 92; VATTIER, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, cit., p. 1542; PAGADOR, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998, p. 111.

La sanción establecida en la LCU para las cláusulas que se encuentran en la lista y para las que no estando enumeradas son contrarias a la buena fe y desequilibrantes (56), es, al igual que el antiguo 10.4, la nulidad de pleno derecho (57), teniéndose por no puestas (art. 10 bis.2), lo cual significa que las cláusulas nulas desaparecen del contrato pero se mantienen las condiciones subsistentes, a menos que éstas determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, en cuyo caso se declarará la ineficacia del contrato (cfr. art. 10 bis.2). Se establece, por tanto, la nulidad parcial del contrato, entendida como una nulidad parcial con sustitución imperativa o nulidad parcial coactiva, y no como nulidad parcial en atención a la voluntad de las partes (58).

La razón por la cual la ley ordena el mantenimiento de la validez del resto del contrato cuando alguna o algunas cláusulas son nulas, y no remite la cuestión a la voluntad presumible de las partes es con el fin de proteger, de modo eficaz, al consumidor, evitando las consecuencias negativas que la nulidad del contrato entero tendría para él, al verse obligado a elegir entre soportar las cláusulas abusivas o verse privado del bien o servicio como consecuencia de la ineficacia contractual (59). Con ello se introduce una regla de favor para el consumidor, ya que se le permite atenerse a un contenido negocial más ventajoso, globalmente considerado, que el que suscribió en un pri-

(56) Cláusula que debe ser entendida en sentido material, es decir, según definición de GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, p. 73, como aquélla que "hace referencia a cada una de las partes o apartados en que formalmente se divide o estructura el documento que recoge o reproduce el acuerdo contractual de las partes".

(57) Se trata de una nulidad radical y no de una nulidad relativa o anulabilidad. Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 356; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, artículo 10.4, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. por R. Bercovitz y J. Salas, Madrid, 1992, p. 340; RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, p. 271; PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., p. 617.

(58) CLAVERÍA, artículo 10.4, cit., p. 342.

(59) En este sentido, *vid.*, BERCOVITZ, "La defensa contractual del consumidor en la LCU", cit., p. 203; DUQUE, "La protección de los derechos económicos y sociales en la LCU", cit., p. 72; ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 341; RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, cit., pp. 243-244; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., pp. 382 y ss.; CLAVERÍA, artículo 10.4, cit., p. 342; SARAZA JIMENA, "La nulidad parcial de los contratos de adhesión", en AA.VV., *Cuadernos de Derecho judicial. El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Madrid, 1994, pp. 30-31; PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., p. 604; GETE-ALONSO y NAVAS NAVARRO, Disposición adicional primera, tres, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dir. por I. Arroyo y J. Miquel, Madrid, 1999, p. 291. En contra, VIGURI PEREA, *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del derecho angloamericano*, Granada, 1995, pp. 284 y ss.

mer momento, una vez que se han eliminado las cláusulas que otorgaban primacía al interés del profesional en detrimento del consumidor, y correlativamente se impide a aquél esgrimir el desequilibrio sobrevenido como consecuencia de la eliminación de las cláusulas abusivas al objeto de modificar o poner fin al contrato celebrado con el consumidor (60).

A diferencia de lo que sucedía en el anterior artículo 10.4 LCU y del silencio de la Directiva, el artículo 10 *bis*.2 LCU sí regula el modo de cubrir las lagunas contractuales que se producen en el contrato en caso de nulidad parcial, pues establece que “*la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 C.c.*”. Se establece igualmente que el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor.

Por lo que a la integración de las lagunas que surjan como consecuencia de la nulidad de algunas cláusulas, deberá hacerse conforme a las siguientes reglas (61): 1.^a mediante la aplicación de las normas imperativas correspondientes o de la solución prescrita por la norma imperativa; 2.^a en el caso de que existan datos o circunstancias individuales que sean indiciarios de la regulación que para el caso concreto se habrían dado las partes, deberá acudirse a la interpretación integradora del contrato;

(60) DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., p. 693; y ROPPO, “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, cit., p. 295, para quien es una norma de favor porque suprimidas las cláusulas abusivas, el profesional no puede invocar un desequilibrio en su contra, y tampoco puede modificar el contrato o exigir la ineficacia total del mismo, salvo que éste no pueda subsistir sin ellas. En el mismo sentido, PAGADOR, *La direttiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, cit., p. 111.

La conveniencia de la nulidad parcial ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por CLAVERÍA, artículo 10.4, cit., p. 342; y por ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 341-342. Este último autor señala que la nulidad total es inconveniente porque no garantiza la integridad material de la forma de protección, porque impide al adherente obtener lo que la ley quiere darle, que no es la eliminación de las cláusulas abusivas en sí misma considerada, sino la eliminación de dichas cláusulas para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada. Esta solución sería escasamente efectiva, porque al perder el adherente el derecho a exigir la prestación como consecuencia de la nulidad (art. 1.302 C.c.), sólo sería previsible que se solicitase la declaración de nulidad de una cláusula cuando la prestación del contrato pudiese obtenerse sin coste de otro oferente. La solución de la nulidad total no es razonable porque no discrimina. Al cancelar la eficacia del negocio, priva al adherente no sólo de los inconvenientes del mismo, sino también de sus ventajas. Otra razón es que si se aplica la nulidad parcial basada en la voluntad presumible de las partes se vaciaría de contenido igualmente la finalidad tuitiva de la norma. El riesgo de perder el contrato con la nulidad de una cláusula incentivaría al adherente a no solicitarla.

(61) PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., p. 674.

3.^a en defecto de lo anterior, habrá de acudir a las reglas generales en materia de integración contractual.

En el caso de que no sea posible mantener el contrato sin las cláusulas declaradas abusivas, procederá la ineficacia del contrato mismo, es decir, la nulidad total, puesto que el artículo 10 *bis*.2 LCU establece que “*sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá (el juez) declarar la ineficacia del contrato*”. Esta disposición merece la misma crítica que recibió su precedente artículo 10.4, en el sentido de que no responde al fin de protección del consumidor que persigue la Ley (62).

En efecto, en la reforma, el legislador tampoco ha tenido en cuenta las graves consecuencias que con tal solución puede provocar (al igual que sucedía con la anterior redacción del art. 10.4), puesto que puede dar lugar a una utilización fraudulenta del artículo 10.*bis*.2 por parte del predisponente. Así se ha señalado (63) que puede darse el caso de que los asesores jurídicos del profesional (predisponente), establezcan las cláusulas del contrato, de tal forma que suprimidas las cláusulas abusivas, las que queden subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes contra dicho predisponente, provocándose la aplicabilidad del precepto. De esta forma, el consumidor se verá obligado a escoger entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación, o soportar la ineficacia del contrato, lo que implica la pérdida del bien o servicio que necesitaba. Para evitarlo lo que debe propugnarse, en aras de la protección del consumidor, es una interpretación restrictiva del precepto, con lo que sólo resultaría aplicable cuando la nulidad total del contrato no resultase lesiva para el consumidor, lo que no sucederá con mucha frecuencia (64).

En todo caso, si la consecuencia es la nulidad total del contrato, puesto que el artículo 10 *bis*.2 LCU atribuye al juez, como ya hemos señalado, facultades moderadoras “*en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario*”, podrá determinar la indemnización que corresponda

(62) *Vid.*, crítica de BERCOVITZ, “La defensa contractual del consumidor en la LCU”, cit., pp. 202-203; CLAVERÍA, artículo 10.4, cit., pp. 342-343; SARAZA, “La nulidad parcial de los contratos de adhesión”, cit., pp. 49-50.

(63) CLAVERÍA, artículo 10.4, cit., p. 343.

(64) CLAVERÍA, artículo 10.4, cit., p. 343, el cual, ante este perjuicio, ya propuso de *legge ferenda* la supresión del artículo 10.4 o su restricción, remitiendo expresamente el texto legal al derecho dispositivo. Considera, sin embargo, que se trata de una norma beneficiosa para el consumidor, GETE-ALONSO y NAVAS, Disposición Adicional primera, tres, cit., p. 295, por entender que la situación inequitativa puede ser la del consumidor y no necesariamente sólo la del predisponente.

al consumidor como resarcimiento de los daños y perjuicios que le ocasiona la ineficacia total del contrato. Esta indemnización no tiene su fundamento en la culpa *in contrahendo* del profesional, sino, como se ha señalado, en la idea de que corresponde a éste soportar el riesgo derivado de la utilización de cláusulas prerredactadas, y como consecuencia de éste, la obligación de resarcir los daños derivados de la extinción del contrato cuando ésta obedezca a la ineficacia de todas o algunas cláusulas predispuestas del contrato (65).

(65) PAGADOR, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., p. 718, el cual llega a esta afirmación sobre la base de lo establecido en el artículo 25 LCU, que establece que “*el consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente*”.

EL PAPEL DEL NOTARIADO EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO (*)

JUAN BOLÁS ALFONSO

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: LA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD. **II.** OBJETIVOS DE LA POLÍTICA NOTARIAL. **III.** ACTUACIONES CONCRETAS. **IV.** CONCLUSIONES.

Excmo. Sr. Rector, señoras y señores, queridos compañeros y amigos.

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a la Universidad Notarial Argentina y a sus dirigentes por la invitación a participar en este primer Curso Internacional de DERECHO NOTARIAL PROFUNDIZADO.

Es siempre un honor y un motivo de satisfacción poder colaborar con la Universidad, pero, además, en esta ocasión dicha colaboración me permite disfrutar de unos días de convivencia con los amigos argentinos, en

(*) Conferencia pronunciada en la Universidad Notarial Argentina, en Buenos Aires, el día 19 de julio de 2000.

esta magnífica tierra, en la que gracias a Vds., a su forma de ser, y a su generosa y gentil acogida, los notarios españoles nos encontramos tan a gusto como en nuestra propia casa. A la gratitud debo añadir la felicitación por el acierto que Vds. han tenido al organizar este Curso que, de un lado, nos servirá a todos para intercambiar ideas sobre importantes cuestiones de la práctica profesional y, de otro, contribuirá a estrechar más aún los lazos entre el notariado español y el iberoamericano.

Aprovecho este momento para reiterar el ofrecimiento tanto personal como institucional para trabajar conjuntamente en provecho del notariado.

— — — — —

El título de la conferencia dice así: **“EL PAPEL DEL NOTARIADO EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO”**.

Ante todo, debo advertirles que **no pretendo estudiar la actividad notarial en Europa desde un punto de vista técnico**, sino fundamentalmente político, por varias razones:

- En primer lugar, porque el sistema notarial dominante en la Europa continental es el sistema latino que Vds. conocen perfectamente, pues no en vano la UINL se fundó precisamente en esta ciudad de Buenos Aires con ocasión de la celebración del primer Congreso Internacional del Notariado Latino, en 1948.
- En segundo lugar, porque el programa de este Curso prevé 30 lecciones en las que se estudian los aspectos sustantivos y formales más importantes de la profesión notarial, estructurados en torno al notario, al documento notarial y a la función notarial.
- Y, en tercer lugar, porque, aunque soy un enamorado de la profesión que comencé a ejercer hace ahora veinticinco años, diversas circunstancias me han llevado desde hace algunos años a dedicar gran parte de mi tiempo a la política notarial: primero como vicesecretario del Consejo General del Notariado Español, después como secretario de la CAUE y, actualmente, desde enero de 1999, como Presidente del Notariado Español.

I. Introducción: la observación de la realidad

La elección del tema viene motivada por el indudable interés que tiene para todos nosotros el análisis del presente y del inmediato futuro de nuestra profesión.

Para comprender mejor cuál es hoy y cuál debe ser el papel del notariado en el espacio jurídico europeo hay que partir de una realidad incontrovertible: estamos ante una nueva sociedad, **la sociedad del siglo XXI**, que exige cambios, que exige la adaptación de todas las profesiones a las nuevas circunstancias sociales.

Pero esta adaptación no supone hacer tabla rasa de todo lo conocido hasta ahora sino que **el gran reto** estriba en saber distinguir entre lo que debe mantenerse, lo que debe suprimirse y lo que debe modificarse. Dicho en otras palabras, hay que acertar a la hora de definir los objetivos concretos de la política notarial.

Debemos enfrentarnos a este reto desde una postura realista.

La observación de la realidad pone de manifiesto una serie de datos fundamentales:

1.º En primer lugar, en Europa, dentro de la UE existen **tres bloques**, en lo que al notariado se refiere:

- El anglosajón, integrado por el Reino Unido e Irlanda.
- El nórdico, formado por Suecia, Finlandia y Dinamarca.
- Y el latino-continental, que es el más numeroso y del que forman parte Francia, Italia, España, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania, Austria y Grecia, estando el notariado portugués en una situación especial a la que luego nos referiremos.

Por otra parte, respecto de los países que aún no forman parte de la UE, se observa que el sistema notarial dominante es también el sistema latino, que está vigente en Suiza, Polonia, Hungría, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, Rusia, Rumanía, Croacia, Albania, Estonia, Letonia, Lituania, etc.

Existe, pues, un claro predominio de los notariados nacionales de tipo latino.

No obstante, esta diversidad de sistemas provoca indudables tensiones, especialmente en una sociedad que tiende a la globalización.

Hasta ahora la convivencia entre los sistemas de origen anglosajón y el sistema latino ha sido más o menos pacífica, pero hoy, en la sociedad de la información y de las comunicaciones electrónicas, **la confrontación es inevitable**.

Ello hace que sea más necesario que nunca potenciar los valores del sistema notarial latino como mecanismo de justicia preventiva.

No nos engañemos, la sociedad acaba eligiendo siempre lo que es más eficaz y más barato. Por lo tanto, nos corresponde a nosotros demostrar que nuestro sistema es más eficiente que el anglosajón y más económico.

Dicha tarea es necesaria pero no es nada fácil, especialmente hoy, si tenemos en cuenta que el sistema anglosajón de notario-fedatario, simple autenticador o certificador de firmas, tras muchos intentos, a lo largo de los años, de penetrar en la fortaleza del sistema notarial latino, ha descubierto un formidable “caballo de Troya” que le está permitiendo introducirse en nuestros sistemas nacionales, silenciosamente, poco a poco y sin ruido. Me refiero claro está a la llamada firma electrónica, firma certificada por personas o entidades privadas a las que se les califica ya de “Notarios electrónicos”, porque el notariado es una **MARCA DE CALIDAD** y prestigio a la que muchos quieren acogerse.

2.º En segundo lugar, la observación de la realidad demuestra que los notariados de los países de la UE en los que rige el sistema de notariado latino **no forman un bloque homogéneo**.

Hay un tronco común pero existen entre estos notariados diferencias que afectan fundamentalmente al sistema de acceso a la profesión, a las tarifas, y, sobre todo, al ámbito de sus competencias funcionales y territoriales y a la realización, como notarios, de actividades distintas de la autorización del documento público.

Afortunadamente, como destacara la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, la profesión notarial en estos países tiene unos elementos esenciales comunes como, fundamentalmente, el implicar la delegación parcial de la soberanía del Estado, lo que justifica, por ejemplo, la inclusión de la profesión notarial en el artículo 55 del Tratado de Roma y, consecuentemente, la no aplicación de los principios de libre establecimiento y libre prestación de servicios.

3.º En tercer lugar, es evidente que la sociedad actual da **absoluta prevalencia a los criterios economicistas sobre los jurídicos** y que, en este sentido, la sociedad europea está enormemente influenciada por las ideas procedentes de los EEUU.

La globalización, de la que tanto se habla, para los europeos es, en rigor, “americanización”.

Cuando del notariado se trata, entran en colisión dos culturas distintas, la norteamericana y la europea. La primera, por su prepotencia mundial, trata lógicamente de imponerse también en este campo y, en consecuencia, intenta reducir la función notarial a la de mera legitimación de firmas como si esta función, perfectamente razonable en el sistema norteamericano de procedimiento oral y desconocimiento del documento público

notarial, fuera exportable sin más a los sistemas europeos. Poniendo un símil deportivo es como si nos quisieran convencer de que el rugby o el baseball deben desplazar en nuestros países al fútbol como deporte nacional.

Pero lo cierto es que la influencia de las ideas norteamericanas y del Fondo Monetario Internacional en la economía europea es enorme.

En este sentido, por lo que a nosotros afecta, nos consta que los responsables de la política económica si bien pueden llegar a comprender el valor y utilidad de la seguridad jurídica preventiva, como medio de reducción de los costes de transacción, lo que no están dispuestos es a aceptar mecanismos de seguridad jurídica a cualquier precio.

Nuestros economistas conectan el futuro del notariado con una política de costes y, a su vez, la política de reducción de costes lleva de la mano a la libre competencia, a la libertad o, por lo menos, flexibilidad de las tarifas notariales.

Por ello, es preciso esforzarse aún más en hacer comprender a los economistas que el notario no es un “operador del tráfico económico” sujeto a las reglas del libre mercado. El notario es un profesional jurídico que ejerce una función pública, por delegación del Estado, la dación de fe de los actos y contratos que documenta previo control de su legalidad.

El notario es un magnífico mecanismo de seguridad jurídica que posibilita el adecuado desarrollo de las relaciones personales y económicas.

La seguridad jurídica, que es el producto o resultado de nuestra labor, hace posible la convivencia y la realización de la justicia.

Coherentemente con ello, aunque la función notarial tenga una importante incidencia en la economía, la política sobre el notariado, como mecanismo de justicia preventiva, tiene su encaje correcto en el gran tema de la reforma de la justicia.

II. Objetivos de la política notarial

Estos son los principales datos que nos suministra la observación de la realidad actual, a saber: 1) la confrontación entre los sistemas de origen anglosajón y el sistema latino, 2) las diferencias existentes entre los notariados latinos de la UE y 3) el predominio de la visión economicista sobre la jurídica.

Consecuentemente, los objetivos de la política notarial, a mi juicio, deben ser los siguientes:

1. En lo que respecta a la confrontación entre los dos grandes sistemas, el anglosajón y el latino:

- a) En primer lugar, es imprescindible potenciar el valor del docu-

mento público notarial y sus efectos sustantivos, probatorios y ejecutivos, así como divulgar su gran utilidad social, para que sea mejor conocida por políticos, economistas y, en general, por la ciudadanía a la que servimos.

Hay que insistir hasta la saciedad en la utilidad del documento notarial como instrumento de seguridad preventiva que, **de un lado**, refuerza la validez y eficacia de los contratos al garantizar su autenticidad y la capacidad y legitimidad de las partes que prestan libremente su consentimiento tras el oportuno asesoramiento; y que, **de otro**, como lógica consecuencia, evita pleitos o facilita su solución caso de producirse éstos.

Debemos hacer llegar a los ciudadanos la idea de que “un contrato escriturado es un pleito evitado o, al menos, facilitado”.

- b) Ello implica, por supuesto, destacar las diferencias entre la simple certificación o autenticación de firmas por fedatario, y la autorización notarial de documentos públicos, cuya autoría asume el notario bajo su responsabilidad. Y, en la misma línea, tenemos que resaltar las ventajas del sistema de seguridad jurídica sobre el sistema de seguridad económica del seguro de títulos.

Y esto sigue siendo necesario hoy porque a pesar de los siglos transcurridos desde los inicios de nuestra profesión, todavía es muy frecuente en todos los ámbitos, sociales, económicos y políticos, que se tienda a equiparar, sin más, la mera autenticación de firmas con la autorización del documento otorgado ante notario. No hemos sido capaces de divulgar suficientemente la gran diferencia que existe entre una y otra cosa.

2. En segundo lugar, en lo referente a las diferencias existentes entre los notariados de la Europa continental, es preciso dar pasos hacia su efectiva armonización, de manera que sea posible ofrecer a la UE **una visión unitaria del notariado** y, mientras tanto, hay que facilitar **la libre circulación del documento notarial** elaborado en base a unos principios comunes, lo cual será una de las mayores aportaciones que el notariado latino puede hacer al mercado único europeo.

3. Y, en tercer lugar, frente a las ideas economicistas, el notariado está obligado a dar respuesta, en términos económicos, a las actuales exigencias del tráfico de bienes y derechos, introduciendo en el sistema notarial las modificaciones necesarias para **mejorar su agilidad, calidad y coste**.

III. Actuaciones concretas

Teniendo claros los objetivos a alcanzar en la tarea de adaptación del notariado al nuevo siglo XXI para potenciar su papel en el espacio jurídico europeo, resulta más sencillo concretar las actuaciones a seguir. Así:

1.º En primer lugar, la potenciación y divulgación del valor y utilidad del documento público notarial, frente al sistema anglosajón, debe hacerse dentro del marco político diseñado en la cumbre de Jefes de Estado y Gobierno de todos los Estados miembros de la UE, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere.

La cumbre de Tampere ha sido la primera cumbre comunitaria destinada preferentemente a tratar cuestiones jurídicas. Se ha dado un paso más en la construcción europea que ya no busca solamente la integración económica sino también la integración jurídica.

Y lo cierto es que, desde el Consejo Europeo de Florencia, en junio de 1996, hasta la cumbre de Tampere un objetivo esencial de la UE es el de lograr un espacio único europeo de libertad, seguridad y justicia, en el que se consigan, entre otras metas, mejorar el acceso a la justicia y la agilización de los tribunales, su desbloqueo. Estas metas se podrán obtener, por un lado, aumentando la dotación de medios humanos y materiales de la Administración de Justicia, pero también, por otro lado, fomentando el desarrollo de mecanismos alternativos que disminuyan el número de asuntos que llegan a los tribunales.

En este punto el notariado juega un papel insustituible pues es uno de los recursos más eficientes con que cuentan los Estados para rebajar la conflictividad judicial.

Además, en la misma línea, el notariado puede desarrollar un papel muy positivo en materia de arbitraje, como así sucede ya en Alemania y Austria; y en materia de mediación, que es una figura nacida en el ámbito anglosajón pero que se está extendiendo por todo el mundo rápidamente; así como en materia de jurisdicción voluntaria.

Respecto de la mediación, la experiencia reciente de Alemania es muy significativa dado el éxito que ha supuesto en dicho país la obligación de someter a la mediación notarial los conflictos surgidos en la antigua zona comunista al tratar de recuperar los antiguos dueños las propiedades confiscadas por el régimen anterior; solamente un diez por ciento de los casos planteados han acabado en los tribunales.

En Tampere se ha tratado también del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales así como de la reducción de medidas intermedias exigidas para el reconocimiento y ejecución de una sentencia en un Estado distinto de aquel en el que se dictó. En este punto el notariado puede

también colaborar eficazmente tratándose de títulos extrajudiciales, ayudando a definir cuáles son las condiciones materiales que un documento debe reunir para ser considerado ejecutivo y ofreciendo el *exequatur notarial* para propiciar una ejecución rápida y segura de estos documentos.

Finalmente la cumbre de Tampere trató también de la prevención de la criminalidad y de la lucha contra el blanqueo de dinero, cuestión ésta en la que los notarios pueden y deben colaborar pues si bien es cierto que debemos ser especialmente celosos del secreto profesional no es menos cierto que debemos sentirnos liberados de guardarlo si se trata de materia constitutiva de delito o si se busca nuestra colaboración como cómplices silenciosos o encubridores para la comisión de un acto inmoral o ilícito.

El problema está en proporcionar al notario unos criterios objetivos que le permitan actuar debidamente aunque las apariencias no le hagan sospechar. En este sentido, en España, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó el 10 de diciembre de 1999 una instrucción enumerando una serie de supuestos que a los efectos de la Ley 19/1993, sobre blanqueo de capitales procedentes sobre todo de la droga y de actividades terroristas, deben ser considerados como operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con dicho blanqueo de capitales.

Todas estas actuaciones concretas contribuirán a resaltar la gran diferencia entre el notariado latino y el anglosajón, por su distinta naturaleza, distinto ámbito de aplicación y por sus distintos efectos.

Ahora bien, la diferenciación entre el sistema anglosajón de fedatario-certificador de firmas, y su vertiente norteamericana del seguro de títulos, y el sistema notarial latino tiene hoy dos campos concretos de actuación:

- A) El primero es el relativo a la responsabilidad civil del notario porque, frente al sistema del seguro de títulos, el sistema notarial latino se vería notablemente reforzado con el establecimiento de un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil, lo más amplio posible, que haga comprender al ciudadano que nuestro sistema no sólo proporciona seguridad jurídica sino que también cubre al usuario de los daños y perjuicios que pueda sufrir por una actuación notarial deficiente.

Incluso, si algún día se mejoran las técnicas de identificación personal y de lucha contra la falsificación documental el sistema podría llegar a ser objetivo, lo que supondría una enorme ventaja para el ciudadano por cuanto que el sistema notarial latino le proporcionaría tanto seguridad jurídica como económica.

En España los notarios tenemos un seguro de responsabilidad civil que, según la última renovación de la póliza, nos cubre

hasta once millones y medio de dólares (2.000 millones de pesetas) por año y por notario.

- B) El segundo campo de actuación frente al sistema anglosajón es el de la firma electrónica.

La nueva tecnología no debe contemplarse sólo como un nuevo y muy útil instrumento al servicio de nuestra función, sino que exige reflexionar también sobre en qué medida la función notarial puede ser útil a esta nueva tecnología.

Tenemos ante nosotros un campo de infinitas posibilidades porque la gran dificultad con la que tropieza el desarrollo de la contratación electrónica es precisamente la falta de seguridad. Se están desarrollando constantemente nuevas técnicas para perfeccionar la seguridad de las comunicaciones electrónicas, pero la seguridad técnica no es suficiente. Se hace necesario completarla con una seguridad jurídica. No basta con saber que determinadas claves están registradas a nombre de una persona sino que es preciso proporcionar la garantía de que ha sido precisamente su titular quien ha utilizado las claves y que al hacerlo conocía perfectamente el contenido del mensaje.

Tratándose de operaciones sobre bienes de consumo (música, libros, viajes, etc.) puede ser suficiente con la garantía técnica, por cuanto que la responsabilidad que puede derivarse del mal uso de la firma certificada tiene escaso volumen económico. Pero si se quiere ampliar el ámbito de la contratación electrónica a operaciones de cierta cuantía económica, sólo caben dos posibilidades: aceptar un sistema que no garantice la validez del contrato sino tan sólo la exigencia de responsabilidad; o implantar mecanismos, como el notarial, que garanticen la autenticidad y legalidad del contrato electrónico.

Por ello, en la línea apuntada por la declaración de la UINL en su Asamblea de 2 de octubre de 1998, celebrada en Buenos Aires, el notario debe estar presente en el nuevo fenómeno de la contratación electrónica, sea como entidad de certificación, como entidad de Registro, como depositario de las llaves de seguridad, o sea como garante de los flujos de información a través de la red.

No es mi intención extenderme más en este punto pues lo que me interesa aquí y ahora es la gran confusión, deliberadamente provocada, en torno al llamado "Notario electrónico".

En efecto, el predominio mundial de los EEUU está provocando el olvido, a veces deliberado, de las notas que caracterizan al notario y al documento público notarial. Dado que en el sis-

tema norteamericano el notario es un simple certificador de firmas parece totalmente lógico el razonamiento según el cual, si se inventa un sistema de certificación de firmas digitales tal sistema actúa como un notario de la red. Este razonamiento servirá para la cultura norteamericana, pero es totalmente erróneo desde la perspectiva de los sistemas jurídicos de la Europa continental en los que la diferencia entre el documento público y el privado no estriba en que las firmas estén o no legitimadas sino en la distinta generación del documento. El documento privado es el creado exclusivamente por los particulares, mientras que el documento público notarial es elaborado por el notario que asume la autoría bajo su responsabilidad. Precisamente el reconocimiento de especiales efectos al documento notarial encuentra su fundamento en la calidad de su elaboración, en la garantía de la intervención de un notario público en su creación.

Para que un documento electrónico tenga los mismos efectos que el documento público notarial será preciso que en su elaboración se hayan observado los mismos requisitos sustanciales exigidos para el documento público en papel.

Hay un cambio en la forma, en el soporte, pero no en la sustancia.

Es muy significativa la reforma efectuada en el Código Civil Francés por Ley de 29 de febrero de 2000, que ha dado nueva redacción, entre otros, al artículo 1317, añadiéndole un nuevo párrafo según el cual la escritura notarial (*l'acte authentique*) puede ser redactada en soporte informático si se establece y conserva en las condiciones fijadas por Decreto del Consejo de Estado.

No obstante, el problema, hoy por hoy, se plantea, de un lado por la dificultad de archivo, por tiempo indefinido, del documento electrónico, y, de otro, por la escindibilidad de la firma electrónica que, a diferencia de la manuscrita, permite que sea utilizada por persona distinta de su titular, lo que la inhabilita como firma respecto de las actuaciones personales e indelegables como la del notario en cuanto tal.

En suma, en relación con el objeto de esta conferencia, sólo queremos insistir en el peligro que supone admitir sin más la calificación de las entidades privadas de certificación de firmas electrónicas como “notarios de la red”.

2.º En cuanto a la aproximación de los distintos notariados europeos y su actuación conjunta, debo decir que se está haciendo una encomiable labor por la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea, con sede

en Bruselas (CNUE) a través del Consejo de la Presidencia y de la Asamblea de Presidentes.

Esta Conferencia es una organización no gubernamental que actúa como órgano político del notariado europeo al que representa ante las autoridades comunitarias. De esta forma se superan las diferencias accidentales y se mantiene una unidad esencial entre todos los notariados europeos en los grandes temas. Así, por ejemplo, en colaboración con la Academia Europea de Derecho ERA, la CNUE ha organizado un coloquio que tendrá lugar en Bruselas, los próximos 20 y 21 de septiembre, en el que expertos comunitarios y representantes de los notariados europeos debatirán, entre otros, sobre los siguientes temas:

1. La libre circulación de resoluciones y su ejecución.
2. Electrónica y seguridad jurídica. El papel del notario en el ámbito de las transacciones jurídicas por vía electrónica.
3. Notariado y protección de los consumidores. Cláusulas abusivas. Time-sharing.
4. Registros testamentarios: su gestión electrónica y centralizada.
5. Utilización del documento notarial para la lucha contra el crimen organizado.
6. Funciones del notariado en el ámbito de la justicia preventiva.

La política de la CNUE se manifiesta fundamentalmente en las resoluciones que dicta la Asamblea de Presidentes.

Han sido muchas las resoluciones dictadas hasta la fecha pero, tal vez, una de las más importantes de los últimos tiempos fue la dictada por la Asamblea en su reunión de Roma, el 28 de noviembre de 1998, en la que se contienen las siguientes afirmaciones:

- Las competencias y tareas del notario provienen de su carácter de autoridad pública y son expresión de la soberanía del Estado.
- Las funciones notariales encajan en el campo de aplicación de la excepción del artículo 55 del Tratado de la CE.
- Las condiciones de acceso al ejercicio de la función notarial son competencia de los Estados miembros.
- Los Estados miembros pueden imponer o no la nacionalidad para el acceso al ejercicio de la función notarial.
- *La circulación de los documentos notariales constituye un factor importante para la realización del proyecto europeo y representa una contribución esencial del notariado en las transacciones transfronterizas dentro del espacio jurídico europeo, como ya hizo constar la CNUE con ocasión de la revisión del Convenio de Bruselas de 1968. Por ello la CNUE continuará participando activamente en*

la construcción europea elaborando las disposiciones que permitan la circulación, sin restricciones, de los documentos notariales y el reconocimiento de su eficacia ejecutiva, eliminando toda suerte de limitaciones; fomentando las relaciones y la cooperación transfronteriza, asegurando la protección de las partes a través de la aplicación del Código notarial europeo de deontología, con pleno respeto de la soberanía de los Estados; y, de una manera general, adoptando toda clase de iniciativas para integrar la profesión notarial en la filosofía europea, para promover una armonización progresiva de las legislaciones notariales en las materias que afecten al notariado y para participar en el esfuerzo informático.

3.º Finalmente, la respuesta del notariado a las exigencias de la economía debe darse mediante la mejora de la agilidad, calidad y coste del sistema notarial, lo que nos lleva de la mano a las siguientes reflexiones:

- a) Una mayor agilidad en el desarrollo de nuestra función se obtendrá mediante la incorporación del notariado a las nuevas tecnologías. Las comunicaciones en tiempo real, desde la propia notaría, permitirán realizar con mayor celeridad todos los trámites previos y posteriores a la autorización del documento notarial.

Debe tenderse hacia el modelo de ventanilla única notarial, de manera que el usuario que acude a la notaría obtenga del notario un servicio global sin tener que desplazarse a otras dependencias.

- b) A su vez, de la modernización de las notarías gracias a la incorporación de la nueva tecnología, derivará un notable ahorro de costes para el ciudadano, en tiempo y dinero.

Pero, en relación al tema de reducción de costes notariales, y al igual que sucediera, en su día, en Argentina, en la mayoría de los países europeos los políticos y los economistas plantean hoy la posibilidad de liberalizar a los notarios sustituyendo el sistema de tarifa o arancel fijo por el de arancel libre o, en su caso, de máximos.

Nadie desconoce la importancia que actualmente han alcanzado los principios de desregulación, liberalización y de competencia. Como dije antes, para los economistas el libre mercado es la panacea que solucionará todos los problemas, pues serán las reglas del mercado las que seleccionarán a los mejores al mejor precio.

Pero tratar de aplicar esta fórmula a la función notarial supone el desconocimiento u olvido de un dato esencial, diferenciador, cual es el de la obligatoriedad de la función notarial.

En teoría, liberalizar supondría, entre otras cosas, permitir que el notario pueda vender su oficina notarial, como fondo de comercio; o que sus familiares puedan heredarla; y, sobre todo, que el notario pueda elegir los asuntos que más le interesen atendiendo a su rentabilidad, lo que supondría construir una nueva función notarial sólo al alcance de quienes pudieran pagarla. Nada de ello es recomendable desde un punto de vista social.

Con todo, una cierta flexibilización del arancel es posible e incluso positiva para evitar los efectos perversos del arancel fijo que puede llegar a romper el necesario equilibrio entre el valor de nuestra función y su coste para el ciudadano.

Y lo cierto es que la flexibilización arancelaria se admite en algunos notariados de gran prestigio, como el italiano, sin llegar al extremo de la absoluta libertad, como es el caso de Holanda, tras la nueva Ley Holandesa de octubre de 1999.

Con pleno respeto de otras opiniones, a mi juicio el arancel totalmente libre pone en grave peligro la imprescindible independencia económica del notario frente a la clientela, especialmente frente a los oligopolios y, por tanto, la imparcialidad, que está en la esencia misma de nuestra función. El notario tiene que poder aplicar la legalidad sin temor a represalias económicas.

Por otra parte, si la seguridad jurídica es un derecho constitucional que debe estar al alcance de todos los ciudadanos es preciso que, para ello, se den dos presupuestos, a saber: 1) Que su precio sea asequible al ciudadano, lo que explica que muchos documentos, los más sociales, tengan un precio subvencionado, por debajo de costes reales, y 2) Que el notario no pueda negarse a asistir al ciudadano aunque económicamente no le resulte rentable la formalización de determinados actos.

En España se ha llegado en este punto a una fórmula armónica, de equilibrio. En virtud del Decreto Ley aprobado por el Gobierno el 23 de junio de 2000, los notarios españoles podemos hacer descuentos hasta un máximo del 10% de la factura, y, tratándose de operaciones de más de 1.000 millones de pesetas el exceso sobre esta base arancelaria devenga los honorarios que libremente concierten las partes con el notario.

Y lo cierto es que el “equilibrio” es algo esencial en nuestra profesión. El notario no sólo representa, en su naturaleza, el equilibrio entre el funcionario administrativo y el profesional liberal, sino que, además, en el ejercicio de su función el notario

debe buscar el equilibrio, el ajuste, entre lo que las partes desean y lo que la ley permite, controlando la legalidad sin ninguna dependencia económica; y el notario debe velar por el equilibrio de fuerzas entre las partes; e, incluso, el sistema arancelario es también una cuestión de equilibrio entre los documentos sociales y los documentos de cuantía. Cualquier medida, poco estudiada, que rompa este equilibrio conducirá a la desnaturalización progresiva de la profesión notarial, porque no se trata de que los ciudadanos tengan que buscar al notario “más barato” sino de que tengan absoluta confianza en dos cosas: en la calidad de la actuación notarial, y en que, por ser una función pública, su coste está tasado por el Estado.

A propósito de la liberalización notarial conviene hacer una breve referencia a lo sucedido en Portugal, en donde el Gobierno, en lugar de liberalizar a los notarios, que son funcionarios públicos remunerados por sueldo, ha optado por liberalizar los documentos. Con los últimos decretos de 1999, se permite que determinados actos y contratos consten en documento no notarial, con los mismos efectos que el documento notarial. Es el caso de los testimonios o autenticaciones de fotocopias, documentos de constitución de sociedades unipersonales, disolución de sociedades, etc.

Según nos explicó, en una entrevista personal, el Ministro de Justicia, Da Costa, la reforma está motivada por el deficiente funcionamiento del notariado portugués, lo que, sin duda, es debido al escaso número de notarios (vgr. 8 en Oporto, 27 en Lisboa) lo que provoca un importante atasco documental y una deficiente atención del servicio público. Habrá que pensar también en otros factores como la indudable influencia de la Banca y la tradicional presencia anglosajona en aquel país.

Con todo, lo sucedido en Portugal no debe olvidarse cuando se trata de fijar los criterios políticos que deben presidir la reforma y modernización de los notariados.

- c) En otro orden de cosas, una mayor agilidad y un menor coste deben obtenerse sin merma de la calidad de nuestra función. Pero la autorización del documento notarial no es un fin en sí misma por cuanto que el resultado último de nuestro trabajo es proporcionar seguridad jurídica.

El notario debe proporcionar la mayor seguridad jurídica posible en el momento de contratar y de hacerse efectivas las contraprestaciones de las partes.

Un sistema que desplace la seguridad jurídica a un momento posterior al de la contratación es un sistema inseguro.

Algunos países europeos, como Francia e Italia, tienen establecido este sistema desde hace muchos años. En estos países es el notario quien controla todo el proceso documental, encargándose de los trámites posteriores al otorgamiento del documento, incluido el envío al Registro de la Propiedad de un extracto del documento sobre el que el conservador no puede entrar a juzgar los aspectos sustantivos del negocio.

En otros países, como en España, los notarios tropiezan con la existencia de un sistema de Registro de la Propiedad basado en la llamada calificación registral que tiene un ámbito desmedido y cuya justificación es muy discutible en la medida que la facultad de juzgar sobre la validez de los actos y contratos debe ser exclusiva de los jueces y tribunales conforme a los dictados de la Constitución Española.

La convergencia europea en materia de justicia preventiva debe llevar a la adopción de sistemas semejantes de seguridad jurídica caracterizados por proporcionar dicha seguridad en el momento de la celebración del negocio sin diferirla a fases ni trámites ulteriores.

IV. Conclusiones

No quisiera abusar más de su paciencia. He tratado simplemente de dar una panorámica muy general de la situación del notariado europeo frente a los retos que le plantea el siglo XXI.

Concluiré con unas afirmaciones que expresan una firme convicción.

1. El notariado tiene en la sociedad un papel fundamental en la protección de los derechos de los ciudadanos y de su libertad contractual.

2. El notariado está plenamente capacitado para incorporar los avances tecnológicos al mundo de la contratación privada y hacerla más ágil y más barata.

3. La seguridad jurídica que proporciona el notariado tiene una importante incidencia en la economía en cuanto que no sólo hace posible el comercio y tráfico de bienes, que sin garantías es inviable, sino que,

además, es una institución que reduce los costes de transacción y evita pleitos.

Por todo ello, si los notarios somos capaces de hacer ver a nuestros conciudadanos del siglo XXI lo que el notariado significa realmente para los tres ejes de la sociedad: la persona, la técnica y la economía, el reconocimiento social de nuestra función y su estabilidad estarán totalmente garantizados.

En este sentido, a título meramente informativo, les diré que el notariado español, bajo el lema NOTARIADO 2000 ha organizado un simposio extraordinario, dividido en tres foros abiertos a la sociedad, con participación de políticos y expertos, sociólogos, economistas y juristas, para hacer llegar este mensaje.

En junio se celebró en Sevilla el primer foro titulado “Notariado y Sociedad”, en el que se debatió sobre la labor de los notarios en la defensa de las personas, especialmente de las más necesitadas de protección, como los incapaces, los sin papeles, y las afectadas por situaciones especiales, uniones de hecho, testamento vital, etc. En este foro sevillano se presentó la Fundación Æquitas, fundación del Consejo General del Notariado que trata de potenciar el estudio y las necesarias reformas legislativas en materia de incapacitados, aprovechando la experiencia de los notarios y el hecho de que nuestros despachos son un observatorio privilegiado de la realidad.

En Barcelona, en octubre, se celebrará el segundo foro, que versará sobre el “Notariado y las modernas técnicas de contratación electrónica”.

Finalmente, en Madrid, a finales de noviembre, se celebrará el tercer y último foro de este ciclo, que se centrará en la incidencia del notariado en la economía, bajo el título “Economía y Notariado”.

Nada más, y muchas gracias por su atención.

EL PERJUICIO DERIVADO DE LAS INMISIONES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS DAÑOS A LA PERSONA

RAQUEL EVANGELIO LLORCA

Doctora en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DAÑOS AL PATRIMONIO. III. DAÑOS A LA PERSONA. 1. La lesión de la salud. 2. Los daños al medio ambiente. 3. La pretendida lesión de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio.

I. Introducción

Uno de los requisitos necesarios para que el Derecho otorgue protección contra las inmisiones es que éstas produzcan o puedan producir un daño. Esta afirmación, que es lógica en tanto en cuanto no existe interés legítimo para ir contra los actos inocuos (1), se apoya, además, en los

(1) En este sentido, SALVADOR CODERCH, P./SANTDIUMENGE FARRÉ, J., "La acción negatoria", *P. J.*, 1988, I, p. 122; AMAT LLARI, M. E., "La regulación de las inmisiones en el Código

preceptos del Código civil español que resultan de aplicación en esta materia. El artículo 590 prohíbe llevar a cabo determinadas construcciones, cerca de una pared ajena o medianera, sin respetar ciertas condiciones, “*a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos*”. El artículo 1.908, apartado segundo, por su parte, hace responsable al propietario por los humos excesivos, “*que sean nocivos a las personas o a las propiedades*” (2).

En cualquier hipótesis de inmisiones, existe siempre un daño consistente en la perturbación del goce pacífico del derecho de uso y disfrute que el demandante tiene sobre el bien inmueble al que aquéllas se propagan. Pueden generarse, además, daños a la finca y a las personas que la habitan o trabajan en ella. Cabe destacar, a este respecto, una evolución significativa, en el sentido de una preocupación creciente por los daños a la persona física y al medio ambiente, que ha influido en los medios de protección frente a estas perturbaciones.

He creído interesante estudiar detenidamente este particular. Fruto de ello es el análisis, que a continuación expongo, sobre los tipos de perjuicios que pueden causar las inmisiones.

II. Daños al patrimonio

Los daños a la propiedad suelen ser la causa frecuente de reclamación ante los tribunales. Por regla general, se alega el menoscabo o deterioro físico del bien inmueble (3), la menor o nula productividad de la

civil”, en *Centenario del Código civil* (Asociación de Profesores de Derecho Civil), t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 87; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *RDA*, n. 5, 1990, p. 14; MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., *La acción negatoria*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 94. Asimismo, la STS (Civil) de 26 de marzo de 1987, *R. Ar.* 1835, afirmó que los usos inocuos entre vecinos, beneficiosos para uno, y no perjudiciales para otro, son permisibles en Derecho.

(2) También en otros ordenamientos jurídicos europeos está presente la idea de perjuicio causado a un vecino. Así, el artículo 1.346 del C.c. portugués señala que el propietario de un inmueble puede oponerse a la emisión de humo, hollín, vapores, olores, calor o ruidos, así como a la producción de trepidaciones y a cualesquiera otros actos semejantes, procedentes del predio vecino, siempre que tales actos “*impliquen un perjuicio sustancial para el uso del inmueble*” o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan; el artículo 684 del C.c. suizo prohíbe las emisiones de humo o de hollín, las emanaciones molestas, los ruidos, las trepidaciones “*que tienen un efecto perjudicial*” y que exceden los límites de la tolerancia que se deben los vecinos, teniendo en cuenta el uso local, la situación y la naturaleza de los inmuebles; el § 906 del BGB dispone que el propietario de una finca no puede prohibir las inmisiones que cita “*en tanto que la inmisión no perjudique, o lo haga sólo de manera no esencial, el uso de la finca*”. El artículo 844 del C.c. italiano, como caso aislado, no alude a perjuicio alguno.

(3) Por ejemplo, daños ocasionados en varias fincas por las vibraciones derivadas de las labores realizadas en minas vecinas (STS de 16 de febrero de 1961, *R. Ar.* 888); daños y per-

finca (agrícola, industrial, pecuaria), como consecuencia de la afección del cultivo por las inmisiones (4), y la depreciación del valor del bien in-

juicios causados en las fincas de los actores por gases tóxicos y polvo, generados por una fábrica de trituración y calcinación de dolomitas (STS de 14 de mayo de 1963, *R. Ar.* 2699); resquebrajamiento de una pared, con amenaza de inmediata ruina, ocasionado por el calor de un horno (construido sin respetar la distancia establecida por la costumbre del lugar) y la presión de sus paramentos exteriores, adosados a dicha pared (STS de 19 de diciembre de 1963, *J. C.*, 1963, t. 124, n. 1017, pp. 569 y ss.); grietas ocasionadas en diversos inmuebles por las vibraciones producidas al realizar determinadas obras en otro inmueble próximo a los dañados (STS de 26 de diciembre de 1978, *J. C.*, 1978, n. 444, pp. 742 y ss.); daños en la casa del actor por filtración de humedades a causa de las obras realizadas en la vivienda contigua (STS de 16 de marzo de 1983, *R. Ar.* 1479); grietas y fisuras producidas en las edificaciones de los actores por las vibraciones procedentes de una central termoeléctrica (STS de 3 de diciembre de 1987, *R. Ar.* 9176); desperfectos en tejados y cubiertas por las inmisiones de humos procedentes de una fábrica de Ensidesa (STS de 16 de enero de 1989, *R. Ar.* 101).

(4) Así, en la STS de 9 de abril de 1866, *J. C.*, 1866, t. 13, n. 142, pp. 434 y ss., los humos producidos por la calcinación del mineral efectuada por una empresa minera a poca distancia de ciertas fincas dañaron los cultivos de las mismas; en la STS de 4 de mayo de 1915, *J. C.*, 1915, t. 133, n. 52, pp. 265 y ss., una fábrica de productos químicos fue condenada por ocasionar daños en los cultivos de una finca vecina, como consecuencia de los humos generados por la actividad industrial; en la STS de 23 de octubre de 1918, *J. C.*, 1918, t. 144, n. 122, pp. 569 y ss., el propietario de una finca rústica se dirigió contra la compañía propietaria de una fábrica de destilación de carbón, porque el polvo de las trituradoras, los humos de la fábrica y de los escombros y el calor que irradiaban éstos, habían causado daños en los arbustos y la cosecha; en la STS de 10 de noviembre de 1924, *J. C.*, 1924, t. 164, n. 71, pp. 350 y ss., la actividad de una mina producía polvo de mineral crudo y otras sustancias contaminantes que, arrastradas por el agua del lavadero, llegaban a un río, el cual, al bañar las fincas ribereñas, dañaba las viñas y las plantaciones de chopos y eucaliptus; en la STS de 23 de diciembre de 1952, *R. Ar.* 2673, el polvo y los humos procedentes de una fábrica de cemento resultaban nocivos para la vegetación y el ganado de la finca rústica del actor; en la STS de 5 de abril de 1960, *J. C.*, 1960, t. LXXXVIII, n. 254, pp. 147 y ss., el humo procedente de los hornos de unas minas de plomo depositaba materiales nocivos, especialmente arsénico y plomo, en las plantas y pastos de las fincas próximas, en cantidades que produjeron la muerte de varias yeguas; en las SSTs de 17 de marzo de 1981, *R. Ar.* 1009, y de 14 de julio de 1982, *R. Ar.* 4237, se demandó a unas fábricas por los daños ocasionados en las cosechas de cítricos a causa de emanaciones de polvo procedentes de la actividad industrial de aquéllas; en la STS de 27 de octubre de 1982, *R. Ar.* 5577, la ejecución de determinadas obras por una empresa constructora, contratada por el Instituto Nacional de la Vivienda, arruinó la cosecha de tomates del actor por el levantamiento de polvo; en la STS de 29 de noviembre de 1982, *J. C.*, 1982, n. 486, pp. 536 y ss., se produjeron daños en una plantación de melocotoneros por las inmisiones de polvo derivadas de la construcción de una carretera; en la STS de 27 de octubre de 1983, *R. Ar.* 5346, Hidrola demandó a Campsa, con la que había concertado un contrato de suministro de fuel-oil, porque la segunda le suministró un tipo diverso al pactado, con un contenido de azufre más elevado, lo que Hidrola tuvo que aceptar, según aseguró, por su necesidad y el carácter monopolístico de la suministradora; la demandante exigía a la demandada una indemnización que cubría las que la primera tuvo a su vez que pagar a determinados agricultores de las tierras colindantes a una central térmica, por los daños en los cultivos de cítricos ocasionados por los vertidos de la central, que contenían exceso de azufre; en la STS de 16 de enero de 1989, *R. Ar.* 101, los humos procedentes de una fábrica de Ensidesa produjeron una disminución de la producción de árboles frutales, así como graves infecciones gástricas y respiratorias en el ganado vacuno, que a su vez provocaron una menor producción de leche; en la STS de 27 de octubre de 1990, *R. Ar.* 8053, el actor alegaba la muerte de alevines y truchas en su piscifactoría debida a los vertidos

mueble afectado (5). Doctrinalmente se apunta, asimismo, la perturbación en el uso del inmueble según su destino, económico o de vivienda (por ejemplo, si yo poseo un campo y el propietario vecino instala una oficina en su finca de la que deriva humo, puede que éste no afecte a mi plantación, pero sí, sin duda, a mi ropa tendida) (6).

También el perjuicio causado a los bienes muebles que estén situados en la finca entra en esta categoría, siempre que, como en el caso de las personas, estén en relación estable o permanente con el inmueble. Por ejemplo, si el humo de una fábrica daña la pintura de un coche aparcado en el fundo vecino, habrá un problema de inmisiones en relaciones de vecindad si tal vehículo suele estar aparcado en ese sitio, porque pertenece a los dueños del inmueble o porque es un aparcamiento privado; si, en cambio, pertenece a un amigo que, ocasionalmente, visita a los vecinos, estaremos ante un caso de responsabilidad extracontractual (7).

III. Daños a la persona

En lo que se refiere a los daños a la persona, merecen ser subrayados dos puntos. El primero es que cuando de tal hablo, me refiero a todo tipo de daños o molestias jurídicamente relevantes; esto es, tanto a una afección pulmonar provocada por la aspiración de gases tóxicos como a

contaminantes de una empresa en el río que proporcionaba agua a la citada instalación (en este caso, sin embargo, el recurso no fue estimado, porque el TS llegó a la conclusión, coincidente con la de la Audiencia Provincial y el juez de primera instancia, de que no había quedado suficientemente demostrado el nexo causal entre los vertidos y la muerte de los peces); en las SSTS de 24 de marzo de 1977, *R. Ar.* 1351, de 13 de junio de 1988, *R. Ar.* 4872, y de 22 de mayo de 1995, *R. Ar.* 4088, se produjo el deterioro de gran cantidad de huevos y la muerte de alevines de trucha en la piscifactoría de Villafría de la Peña a causa de los vertidos de la empresa Mármol de Castejón, S. A.; en la STS de 15 de marzo de 1993, *R. Ar.* 2284, el propietario de una finca de naranjos había demandado a dos empresarios, propietarios de dos fábricas de azulejos, por las excesivas emanaciones de gas y polvo arcilloso que habían ocasionado daños en la cosecha y mermas de producción de cítricos; en la STS de 24 de mayo de 1993, *R. Ar.* 3727, las emanaciones de flúor y otros gases tóxicos, derivados de una fábrica de aluminio, arruinaron los cultivos de varias campañas consecutivas; en la STS de 7 de abril de 1997, *R. Ar.* 2743, las emanaciones tóxicas contaminantes derivadas de la actividad de una fábrica de productos químicos ocasionaron una nula o poca producción en las fincas circundantes.

(5) SSTS de 4 de mayo de 1915, *J. C.*, 1915, t. 133, n. 52, pp. 265 y ss., y de 7 de abril de 1997, *R. Ar.* 2743.

(6) SORGE-VADALA, G., *I rapporti di vicinato*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1909, p. 105.

(7) En la STS de 16 de febrero de 1961, *R. Ar.* 888, los actores reclamaban una indemnización por los daños ocasionados en las fincas de su propiedad, así como en determinados muebles, que no se detallan, situados en las mismas, a causa de las vibraciones derivadas de las actividades realizadas en minas cercanas.

la incomodidad de soportar malos olores (8). El segundo que, en este trabajo, sólo importan los perjuicios que tengan relación con los derechos frutivos sobre bienes inmuebles próximos, toda vez que estimo que las inmisiones son un fenómeno encuadrable en las relaciones de vecindad. Pueden existir daños independientemente de cualquier relación entre fundos, por supuesto, pero su tratamiento jurídico debe hacerse por cauces distintos a los que ofrecen las relaciones de vecindad.

1. La lesión de la salud.

Un perjuicio gravísimo a las personas es la lesión de su salud, física o psíquica (9). No hay duda de la necesidad de ofrecer protección a este derecho cuando se vea amenazado o perjudicado por inmisiones excesivas, protección que viene garantizada por la Constitución Española. El artículo 43 de nuestro texto constitucional, en su apartado primero, reconoce *“el derecho a la protección de la salud”*, y en el segundo, impone a los poderes públicos la obligación de *“organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*. Este precepto forma parte del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, dedicado a los *“principios rectores de la política social y económica”*. Respecto de ellos, el artículo 53.3 CE establece que su reconocimiento, respeto y protección *“informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”* y que *“[s]ólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*. Hay quien afirma, con base en el citado precepto, que estos principios son auténticas normas jurídicas, aunque de carácter eminentemente programático, que han de orientar la actuación de los poderes públicos y de las que no se puede deducir directamente derecho subjetivo alguno, sino que sólo cabe la posibilidad de

(8) Las hipótesis más frecuentes de demandas por molestias, en las que no se acredita la existencia de lesión de la salud de los demandantes, suelen referirse a ruidos y malos olores. Pueden verse, como ejemplos, las SSTS de 3 de diciembre de 1987, *R. Ar.* 9176: los ruidos de una central térmica causaban molestias a los habitantes de los alrededores; de 23 de septiembre de 1988, *R. Ar.* 6853: los vertidos de aguas residuales de una fábrica azucarera provocaban molestias al vecino a causa de los malos olores que desprendían; de 18 de marzo de 1992, *R. Ar.* 2202: las inmisiones de humos, olores y ruidos procedentes de unos establos y corrales perturbaban al vecino; de 3 de septiembre de 1992, *R. Ar.* 6880: se declaró la responsabilidad civil del propietario de una industria de obrador de confitería instalada en un local por los ruidos y demás molestias que ocasionaba a los habitantes de un piso vecino; de 10 de noviembre de 1992, *R. Ar.* 9100: la inquilina de un piso demandó a la Sociedad Protectora de Animales por inmisiones de humos, olores y ruidos ocasionados por la recogida de perros que dicha sociedad realizaba en algunos locales del mismo edificio.

(9) Así lo afirmó la SAP de Granada de 8 de febrero de 1990, *RGD*, 1990, n. 564, pp. 8447 y ss., en relación con las inmisiones de ruido.

expectativas jurídicas (10); es decir, en la medida en que los preceptos integrados en el citado Capítulo no otorgan a los particulares, de forma directa, un poder de acción frente al Estado, no se puede hablar de derechos subjetivos, sino más bien de expectativas de derecho (11).

En realidad, conviene distinguir dos cuestiones: de un lado, la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica; de otro, la posibilidad de que den lugar a derechos subjetivos. El artículo 9,1 y la Disposición derogatoria tercera de la Constitución llevan a entender que todo el texto constitucional tiene valor aplicativo inmediato; de modo que no cabe distinguir entre normas de eficacia directa y principios meramente programáticos, cuya aplicación al caso concreto exige un previo desarrollo legislativo (12). Los principios rectores son, por tanto, directamente aplicables; pero no constituyen derechos subjetivos, según se ha indicado.

De lo dicho resultaría que el artículo 43 CE no reconoce un verdadero derecho subjetivo específicamente determinado a cada persona, sino que contempla la salud como un bien social, cuya protección compete a los poderes públicos y no a los particulares. Ahora bien, aunque así fuera, conviene tener en cuenta, como agudamente observaba ROCA JUAN, el artículo 24.1 CE, que consagra el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; y nada se puede objetar a la estimación del derecho a la salud como interés legítimo, protegible individualmente respecto de cada sujeto (13). La STS (Cont.-admvo.) de 25 de abril

(10) LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 158 y ss.

(11) ÁLVAREZ CONDE, E., *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 1990, p. 226.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en *La Constitución española de 1978* (dir. por PREDIERI, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, E.), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1984, pp. 118 y ss. "Tanto el Tribunal Constitucional —subraya este autor—, al enjuiciar las leyes (como en el ejercicio de sus competencias), como los jueces y tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación (...), deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo (...) no todos los artículos de la Constitución tiene un mismo alcance y significación normativas, pero todos rotundamente enuncian efectivas normas jurídicas (...), sea cual sea su posible precisión o indeterminación". En el mismo sentido, SERRANO, J. L., "Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica", *REP (Nueva época)*, n. 56, 1987, p. 117, afirma que es un error considerar que lo programático es incompatible con la condición jurídica. La operatividad judicial de los principios no puede ser puesta en duda: tienen eficacia interpretativa, interconexión con los demás derechos de contenido económico del Capítulo II, suponen una resistencia obstinada a cualquier norma anterior o posterior a la Constitución que se oponga a los mismos, etc.

(13) ROCA JUAN, J., "Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho Civil y Medio Ambiente)", *ADC*, 1986, p. 780. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La responsabilidad civil

de 1989 (14) es clara en este sentido: declaró que el principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE y el de control pleno de la actuación administrativa que establece el artículo 106, examinados como valores superiores de la justicia y de la libertad, según proclama el artículo 1 CE, imponen a los tribunales una flexibilización de los antiguos criterios rigoristas en materia de requisitos habilitantes para el acceso a los tribunales. Porque al decir que esos valores inspiran nuestro ordenamiento se está proclamando también el principio de interdicción de cualquier interpretación contra cives. Esto supone, en opinión de la sentencia, *“que la distinción entre derechos e intereses legítimos que aparece en el citado artículo 24 no hay que verla como la expresión de dos conceptos diferentes o contrapuestos, de mayor robustez o densidad el primero, debilitado o de menor solidez el segundo. Antes al contrario, esa distinción hay que verla como expresión del propósito de ampliar la esfera de protección del ciudadano, a fin de que reciban también tutela judicial aquellas situaciones jurídicas que se hallan en los contornos, imprecisos por naturaleza, de las facultades subjetivas”*.

Pero es que, además, una interpretación amplia del artículo 15 CE lleva a incluir la salud en el derecho a la integridad física y moral que dicho precepto consagra, aquí sí, como derecho fundamental de toda persona. Esta interpretación se apoya en la conexión evidente entre esta norma y la del artículo 10 CE, que obliga a entender el derecho a la integridad personal, según defiende nuestra doctrina, no como la presencia integral de los órganos físicos y atributos psíquicos, sino de un modo más amplio, como la integridad y sanidad físicas y psíquicas (15). De acuerdo

por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento”, *RES*, 1988, p. 27, se muestra de acuerdo con la opinión expuesta. “El interés legítimo en la conservación del ambiente y en la protección de la propia salud no parece que encuentre obstáculo para la protección preventiva de los tribunales ordinarios, ya que los preceptos de la Constitución que los reconocen sirven —como bien dice ROCA JUAN— como una concreta «garantía constitucional», básica, para la interpretación extensiva e integradora de los preceptos del Código, máxime cuando la directa alegación entre los tribunales está expresamente reconocida por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Según este autor, además, el derecho a la salud, como en general todos los derechos de la personalidad, gozan de una específica tutela civil a través del artículo 1.902 C.c. El daño a la salud —afirma CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil”, en *RDA*, n. 6, 1991, pp. 96 y ss. (también en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1993, p. 199)—, provocado por un ambiente contaminado a consecuencia de inmisiones nocivas, es un daño resarcible *per se*. Asimismo, sostiene la tesis del interés legítimo LEÓN ARCE, A. de, “El agua como objeto de la protección medioambiental y del derecho del consumo”, *La Ley*, n. 2806, 1991, p. 3.

(14) *R. Ar.* 3233.

(15) BORRAJO DACRUZ, E., “Comentario al artículo 43 CE”, en *Comentarios a las leyes políticas* (dir. por ALZAGA VILLAAMIL, O.), t. IV, Edersa, Madrid, 1984, p. 156; MONTÉS PENADÉS, V. L., en *Derecho civil. Parte general* (coord. por LÓPEZ Y LÓPEZ, A./MONTÉS PE-

con esta tesis, los artículos 43 y 15 CE se refieren, en realidad, a un mismo derecho; sólo que en el primero se contempla como bien colectivo o general y en el segundo, como derecho fundamental de cada individuo (16).

El artículo 32 de la Constitución italiana establece expresamente que “*la República tutela la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad*”. La salud es, por tanto, además de un interés de la colectividad, un derecho fundamental de cada individuo (17), que recibe protección adecuada, sin necesidad de acudir a la noción de “interés legítimo”.

La sentencia de la Casación italiana de 9 de marzo de 1979 (18) ofrece un buen ejemplo de esta doctrina, ya que distinguió, en el ámbito de

NADÉS, V. L.), Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 78; NAVARRO MUNUERA, A., “Comentario al artículo 3”, en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R./SALAS HERNÁNDEZ, J.), Civitas, Madrid, 1992, pp. 79-80.

(16) Así parece entenderlo EGEA FERNÁNDEZ, “Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (A propósito de la Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994)”, *Derecho privado y Constitución*, n. 9, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 333, nota 17, que sigue la interpretación que entiende que el derecho fundamental a la integridad física se comprende en el derecho, más general, a la salud. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, t. 1, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990, p. 59, nota 25, en esta línea, distingue el derecho a la integridad personal recogido en el artículo 15 CE, que estima comprensivo “de la *salud* física y psíquica”, y el derecho a la salud contemplado en el artículo 43 CE, con base en que el primero “entiende la *salud* como bien individual, mientras que el segundo contempla la salud como bien social” (el subrayado es mío). Como vemos, el autor habla en todo momento de la salud y sitúa la diferencia entre los citados preceptos en la perspectiva, individual o social, con que se contempla.

En cualquier caso, hay que decir que las demandas por daños a la salud en tema de inmisiones son menos numerosas que aquellas en las que se alegan daños materiales a la finca, los cultivos o la ganadería. Entre otras, pueden citarse la STS de 5 de abril de 1960, *J. C.*, 1960, t. LXXXVIII, n. 254, pp. 147 y ss., en la que se demandó a una sociedad minera, cuya explotación de una mina y unos hornos de fundición de plomo, situados a poca distancia de una finca, causaron daños patrimoniales y personales al propietario de ésta por el humo y sustancias tóxicas; la STS de 12 de diciembre de 1980, *R. Ar.* 4747, en la que las inmisiones de humos, gases y emanaciones tóxicas de una central térmica afectaban a la salud de los vecinos; la STS de 16 de enero de 1989, *R. Ar.* 101, que resolvió un supuesto de inmisiones de humos con partículas contaminantes que ocasionaron afecciones respiratorias a los vecinos de la zona; la STS de 16 de julio de 1991, *R. Ar.* 5393, en la que se declaró la responsabilidad civil del propietario de una vaquería por daños a la salud de sus vecinos, cuyos hogares se tornaron inhabitables por las inmisiones derivadas de la instalación y hubieron de ser abandonados.

(17) ALPA, G., “Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione”, *Giur. it.*, 1976, I, 2, p. 442; SCALISI, V., “Immissioni di rumore e tutela della salute”, *Riv. dir. civ.*, 1982/1, p. 156.

La Corte de Casación italiana, en la S. 6 de octubre de 1979, *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 859, nota PATTI, afirmó que el derecho a la salud es un derecho subjetivo consagrado en el artículo 32 de la Constitución de este país, absoluto e inviolable. Esta doctrina se repite en *Cass.*, 6 de abril de 1983, *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 537, nota MASTROPAOLO, entre otras.

(18) *Foro it.*, 1979, I, p. 939, nota GALLO; *Giust. civ.*, 1979, II, p. 764, nota POSTIGLIONE. Este fallo resolvió un recurso derivado del siguiente supuesto de hecho: durante el procedi-

los bienes colectivos (entendiendo por tales los valores propios de las sociedades organizadas a los que se refieren intereses que van más allá del individuo), unos indivisibles, en el sentido que, respecto de ellos, no es posible configurar una forma diferenciada de goce por parte de los particulares, y otros divisibles, entre los que la Corte citó la salud y el medio ambiente. *“La noción de interés difuso –afirmó la sentencia– sólo puede referirse con propiedad al primer tipo de bienes, en relación con los cuales, si se puede hablar de goce, éste corresponde a la colectividad considerada unitariamente como sujeto; aplicada al segundo tipo, evidencia, antes que un interés general, una pluralidad de intereses individuales de igual contenido, relativos al goce de una determinada utilidad; en estos casos, la noción de interés difuso no excluye la posición de interés legítimo o de derecho subjetivo de los individuos, sino que se produce la coexistencia, en planos diversos, de dos diversas actividades de gestión del mismo bien: la primera, confiada a los poderes públicos, lleva a cabo la mediación entre exigencias distintas con base en la valoración comprensiva de los intereses de la sociedad organizada; la segunda, propia de los particulares, se ocupa de la tutela del poder de goce y disfrute del individuo, como área a él reservada dentro de límites más o menos amplios”*. De ahí se deriva, según la Corte, que el poder de disfrute individual se configura como un derecho subjetivo en lo que respecta a la salud, constitucionalmente garantizada como derecho fundamental del individuo por el artículo 32 de la Constitución italiana, y que el Estado no puede degradar a interés legítimo.

miento de ubicación de una central nuclear, respecto del cual se habían propuesto tres zonas, un grupo de propietarios y usufructuarios de bienes inmuebles situados en una de las zonas designadas (Trino) había solicitado, ante el juez civil, la realización de una comprobación técnica preventiva sobre las condiciones climáticas y de hábitat, las características geológicas, hidrográficas y económicas (en relación con los cultivos agrícolas existentes) de la citada zona; los demandantes temían que los órganos a los que se había confiado la decisión sobre la localización de la central nuclear infravaloraran datos fundamentales (la estructura geológica del terreno; la existencia, a profundidad mínima, de faldas de agua necesarias para la población y los animales; un sistema de irrigación mediante una gran red de canales, cultivos agrícolas, preexistencia de otras instalaciones nucleares) y que la implantación de la central causara daños graves. Los órganos encargados de la localización se opusieron a la demanda con base en dos consideraciones: a) Los actores no eran titulares de un derecho subjetivo, sino que habían actuado colectiva e indistintamente, refiriéndose, todos juntos, a toda la zona de Trino, de modo que habían hecho valer un interés difuso, no tutelable en vía jurisdiccional; b) La solicitada comprobación técnica, en la medida en que se integraba en el procedimiento de localización de la central, suponía la injerencia del juez ordinario en un área de actividad que la ley reserva a la administración pública.

2. Los daños al medio ambiente.

Íntimamente relacionado con el derecho a la salud, está el derecho al medio ambiente, reconocido por el artículo 45 CE (19). En Italia, una corriente jurisprudencial, a la que se ha unido cierto sector doctrinal, sostiene, incluso, que el derecho a la salud debe entenderse en sentido amplio, comprensivo, no sólo de la integridad físico-psíquica en sí considerada, sino también del derecho a un medio ambiente sano (20). Hay

(19) ALONSO PÉREZ, M., "Las relaciones de vecindad", *ADC*, 1983, p. 360, nota 10; BORRAJO DACRUZ, "Comentario al artículo 43 CE", cit., p. 157; PÉREZ LUÑO, A. E., "Comentario al artículo 45 CE", en *Comentarios a las leyes políticas*, cit., t. IV, p. 264; CABANILLAS SÁNCHEZ, "La responsabilidad civil por daños a personas o cosas...", cit., p. 28; NAVARRO MUNUERA, "Comentario al artículo 3", cit., p. 80; EGEA FERNÁNDEZ, "Condiciones medioambientales...", cit., p. 333; PIÑAR DÍAZ, M./PÉREZ MARTOS, J., *Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 1996, p. 24; MIGUEL PERALES, C. de, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 92.

(20) *Cass.*, 9 de marzo de 1979, *Foro it.*, 1979, I, p. 939, nota GALLO, apuntó la relación entre medio ambiente y derecho a la salud, pero fue *Cass.*, 6 de octubre de 1979, *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 859, nota PATTI, la que por primera vez defendió abiertamente la concepción amplia del derecho a la salud.

La jurisprudencia de mérito acogió con agrado esta interpretación. Entre muchas otras resoluciones, pueden verse: *Pret. Brindisi*, *Ord.* de 17 de marzo de 1986, *Arch. civ.*, 1987, p. 177; *Pret. Verona*, 12 de noviembre de 1987, *Giur. mer.*, 1990, I, p. 85; *App. Milán*, 27 de abril de 1984, *Giur. it.*, 1986, I, 2, 32, nota DE MATTEIS; *App. Venecia*, 31 de mayo de 1985, *Foro it.*, 1986, I, p. 2871; *App. Milán*, 6 de noviembre de 1987, *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 205, nota COGGI; *App. Milán*, 29 de noviembre de 1991, *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 429, nota VERRANDO; *App. Milán*, 17 de julio de 1992, *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 798, nota DE GIORGI; *Trib. Nápoles*, 22 de febrero de 1983, *Dir. e giur.*, 1983, p. 354, nota SGOBBO; *Trib. Belluno*, 3 de noviembre de 1991, *Giur. it.*, 1983, I, 2, p. 398; *Trib. Nápoles*, 15 de febrero de 1988, *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 902, nota PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; *Trib. Biella*, 22 de abril de 1989, *Foro it.*, 1990, I, p. 3303; *Trib. Milán*, 18 de mayo de 1992, *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 170; *Pret. Thiene*, 13 de octubre de 1984, *Giur. mer.*, 1985, I, p. 1041, nota FUZIO. "En la nueva perspectiva -apuntó esta última sentencia-, la salud no es ya valorada como estado negativo basado en la ausencia de enfermedades o lesiones, sino como situación de bienestar biológico y psíquico que ha de ser preservada en todos los ambientes, de vida y de trabajo, en los que el individuo se desenvuelve (...) La tutela de la salud se basa en una consideración de la misma, no sólo en el plano patológico (sea como cura, sea como prevención), sino también en el fisiológico, como tutela de una condición de bienestar".

Doctrinalmente, esta opinión cuenta con numerosos defensores. PATTI, "Diritto all'ambiente e tutela della persona", *Giur. it.*, 1980, I, 1, pp. 862-864, entre ellos, estima que esta relación entre salud y medio ambiente permite el reconocimiento del derecho a un ambiente sano, que a su juicio es un derecho de la personalidad, igual que la salud, como prerrogativa de todo sujeto. Ahora bien, cree que esta íntima unión entre ambos derechos no puede considerarse necesaria, en el sentido de que la violación del medio ambiente sólo encuentra protección cuando suponga violación del derecho a la salud (hay actividades dañosas para el medio ambiente, como daños al paisaje, que no determinan una lesión del derecho a la salud, entendido como derecho a la propia integridad física y psíquica). SALVI, C., "La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?", *Giur. it.*, 1980, I, 1, pp. 870-871, por su parte, considera que la posición asumida por la Corte de Casación en la sentencia señalada de 6 de

autores, sin embargo, que consideran que la tendencia jurisprudencial a extender la lesión del derecho a la salud a cualquier alteración del bienestar existencial, lleva a situaciones de incertidumbre y a una ilimitada y arbitraria proliferación de nuevas figuras de daño (21).

octubre de 1979 permite la consecución de tres resultados de gran relieve: a) La tutela del ambiente viene dotada de un fundamento normativo seguro: el artículo 32 de la Constitución italiana; b) La protección del ambiente queda totalmente desvinculada de la subsistencia de una situación de propiedad o de cualquier derecho de goce fundiario en el actor; c) La extensión del carácter de interés protegido por la Constitución en vía prioritaria respecto de cualquier otro interés, público o privado, a los bienes medioambientales. VISINTINI, G., "Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche", *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 264, apunta otro argumento en favor de la interpretación amplia del derecho a la salud: la relación entre la tutela de la salud y la del lugar donde se habita. De este modo, entiende que se puede extender fácilmente el contenido del derecho a la salud más allá de la integridad física, comprendiendo también la calidad de vida y el bienestar psíquico, intereses que, en su opinión, pueden encuadrarse en la protección de la llamada propiedad personal. No puede ser otra la conclusión, a lo que entiende LUCIANI, M., "Il diritto costituzionale alla salute", *Dir. e Soc.*, 1980, n. 4, Cedam, Padua, p. 792, si se interpretan las normas —como debe hacerse— de acuerdo con la realidad social en que deben ser aplicadas. En efecto, a decir de este autor, "es fácilmente deducible de los hechos la insuficiencia de la vieja afirmación salud = integridad física, porque los parámetros de valoración social de la salud, del bienestar, son hoy más amplios y numerosos que los de la simple eficiencia física. La salud, hoy, sólo puede identificarse con una situación tendencialmente *general* de bienestar del individuo, derivada del goce de un complejo de oportunidades, entre las que la de poder disfrutar de un medio ambiente sano es prevalente" (el subrayado es del autor). También SCALISI, "Immissioni di rumore...", cit., p. 159, parece compartir la concepción amplia, puesto que afirma que la salud "comprende no sólo la integridad física, sino también el bienestar psíquico del individuo y en general todo lo que contribuye a definir la cualidad de vida, entendida como plena e integral realización de la persona humana en la totalidad y globalidad de sus valores".

Más restrictiva es la concepción de ALPA, "Danno «biologico» ...", cit., p. 442, que identifica el derecho a la salud con la integridad física.

(21) MESSINETTI, "Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni", *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 173; GIORGI, M. V. de, "Immissioni di rumore e tutela della salute (Nota a Trib. Milán, 10 de diciembre de 1992 y App. Milán, 17 de julio de 1992)", *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, pp. 799-800. "El derecho a la salud —dice esta última autora— se ha convertido en la vía maestra para resarcir todas las turbaciones, molestias, disgustos, a los que se destinaba el artículo 2059 C.c. (...) Por esta vía, no se entiende por qué no deban ser resarcidos —aunque quizá lo serán pronto— todos los que se denominan «hechos emocionales negativos», todas las turbaciones del propio bienestar psicofísico (también graves, gravísimos) como pueden ser, por ejemplo, la ansiedad y el desequilibrio causados por el abandono o la traición por parte de la persona amada. Se replantea, en definitiva, el debate sobre la resarcibilidad del daño moral, antecedente a la redacción del artículo 2059 C.c.".

MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Jovene, 1983, p. 374, y SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Jovene, 1985, p. 208, a fin de evitar este desbordamiento de los límites del daño, sostienen la necesidad de demostrar una lesión física o psíquica para proceder al resarcimiento del daño biológico. En la misma línea, Trib. Verona, 13 octubre 1989 (*Giur. it.*, 1990, I, p. 373, nota BASILE), sostuvo que, a los fines del resarcimiento del daño biológico, no es suficiente la demostración de un peligro para la salud derivado de un ambiente insalubre, sino que es necesaria la prueba específica de la existencia de un daño a la salud.

A mi juicio, no se debe confundir el derecho a la salud con el derecho a un medio ambiente adecuado; hay, sin duda, una estrecha conexión entre ellos, puesto que las condiciones medioambientales influyen notablemente en la salud de las personas (22), aunque en ocasiones sea difícil establecer la relación directa entre una concreta agresión al medio ambiente y el daño que la misma ocasiona a la salud de determinadas personas (ya sea porque los efectos perjudiciales aparecen al cabo del tiempo, ya sea porque la lesión a la salud es fruto de la acción conjunta de las inmisiones medioambientales o porque es un efecto indirecto, como sucede en el caso de daños al paisaje); pero no se trata de conceptos iguales. Acaso esta adjetivación del derecho al medio ambiente como un derecho a un medio ambiente sano y equilibrado se deba, como sugiere algún autor, a que la irrupción de lo ambiental en el mundo jurídico ha cogido por sorpresa a los ordenamientos, lo que ha provocado el fácil recurso a la noción más elaborada de salud (23).

Cabría decir, siguiendo a DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, que el medio ambiente es, en principio, un bien social, cuya protección se lleva a cabo en su mayor parte por el Derecho administrativo, mediante normas destinadas a limitar las emisiones de sustancias nocivas y los verti-

(22) En este sentido, LOPERENA ROTA, D. I., "La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, 1991, p. 1467, señala que nadie duda que el medio ambiente y la salud humana están profundamente interrelacionados, pero que también es claro que "son dos cosas muy diferentes conceptualmente y que desde la óptica constitucional el solapamiento de ambos conceptos no resulta hermenéuticamente aceptable *a priori*". No obstante, considera que el derecho a la salud, en su vertiente de prevención, tiene una parte que afecta al medio ambiente; de igual manera que una de las finalidades principales de la protección del medio ambiente es la tutela de la salud humana.

La legislación nacional y comunitaria reflejan también la relación entre estos derechos. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que viene a desarrollar el artículo 43 CE, habla expresamente, en su artículo 19, de "sanidad ambiental" y establece, en la letra m) de su apartado 2, que las autoridades sanitarias propondrán o participarán con otros departamentos en la elaboración y ejecución de la legislación sobre "cualquier otro aspecto del medio ambiente relacionado con la salud". Y en el ámbito comunitario, el artículo 130.R.1 del Acta Única dispone que "[l]a acción de la Comunidad, por lo que respecta al medio ambiente, tendrá por objeto: conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; contribuir a la protección de la salud de las personas; y garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales".

La conexión ha sido destacada, asimismo, por el Auto del TS (Cont.-admvo.) de 11 de mayo de 1989, R. Ar. 3867, que afirma que velar por el medio ambiente supone velar también por la salud "porque la contaminación acústica no sólo es que impide el descanso a los que habitan en las viviendas cercanas sino que perjudica la salud de todos los que se ven sometidos a la incidencia de un número excesivo de decibelios".

(23) JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 144. V., asimismo, las pp. 142 y 143, donde este autor se refiere extensamente a la relación entre la salud y el medio ambiente.

dos contaminantes. Pero que también cabe una tutela jurídico-privada, puesto que es posible individualizar, para cada persona, "su propio medio ambiente", que comprenderá el conjunto de condiciones medioambientales en que cada sujeto vive y que puede ser defendido de forma individual; así, cuando un sujeto acude a los tribunales para protegerse frente a las inmisiones que lesionan su derecho a la salud o de propiedad, tutela, además de estos derechos, su "propio medio ambiente" (24).

(24) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 204. Para este autor, la defensa jurídico-privada del medio ambiente puede plantearse considerando cada finca aisladamente o formando parte de un conjunto más amplio (una zona o un polígono). Cada propietario tutelaré, pues, su propio medio ambiente, salvo cuando el deterioro se proyecte sobre la zona entera, y proceda de una causa externa al bien considerado, estando organizada en una comunidad de intereses; en este caso, las medidas que se adopten deberán engarzarse en las relaciones internas de tal comunidad, siempre que el medio ambiente forme parte de las características de la zona. En la misma línea, ROCA JUAN, "Sobre el deber general...", cit., pp. 766 y ss.; y CABANILLAS SÁNCHEZ, "La responsabilidad civil por daños a personas o cosas...", cit., p. 27 y "La responsabilidad por daños ambientales...", cit., p. 196, donde afirma este autor que "[l]a lesión patrimonial que sufre el propietario de una finca o la enfermedad respiratoria que contrae una persona, son repercusiones de la contaminación del ambiente, entendido como bien colectivo. El daño ambiental se refiere tanto al que sufre el medio natural en cuanto tal, de titularidad colectiva, como al que padece el propietario de una finca o la persona que contrae una enfermedad respiratoria. Desde esta doble perspectiva se tiene que analizar el denominado daño ambiental".

Entre la doctrina administrativista, se suele hablar de medio ambiente "inmediato o próximo" y medio ambiente "mediato o remoto"; el primero designa, en palabras de PIÑAR DÍAZ/ PÉREZ MARTOS, *Reglamento de actividades molestas, ..., cit.*, p. 30, "la porción de la orbe medio ambiental que está en cada momento a su alcance (de cada ser vivo) para satisfacer sus necesidades ambientales", mientras que el segundo se refiere al "resto de la orbe medio ambiental influyente en la configuración del inmediato".

EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Barcelona, 1994, pp: 18-19, partiendo de que la protección principal del medio ambiente queda reservada al Derecho público, estima que "no debe descartarse, sin embargo, que el medio ambiente pueda ser protegido indirectamente mediante normas jurídico-privadas, aunque éstas desempeñan un papel de menor importancia, puesto que se limitan, normalmente, a establecer los medios de defensa que corresponden al propietario de una finca contra perturbaciones que provengan de otra finca vecina". MORO ALMARAZ, M. J., "Medio Ambiente y función social de la propiedad", *RCDI*, 1993, p. 966, por su parte, considera que esta protección del medio ambiente a través de la defensa de la propiedad o de otro derecho real, aunque se trate de una protección indirecta, resulta bastante efectiva. "Cuando las agresiones se circunscriben a mi finca o derecho que disfruto —afirma esta autora—, la reacción es la correspondiente a la lesión de intereses individuales (defensa del derecho de propiedad, interdictos posesorios, acción aquiliana, etc.). Las inmisiones se ven como agresiones a derechos patrimoniales concretos, y en defensa de ese concreto medio ambiente propietarios y titulares de derechos reales pueden ejercitar acciones en defensa de su propio medio ambiente, aunque el medio ambiente, para Díez Picazo, no pueda entenderse ligado con cada propiedad individual, quizá porque no afecta exclusivamente y de manera excluyente a un único propietario; luego la tutela del medio ambiente no tiene por qué enfrentarse al derecho de propiedad, sino que la magnifica, la conserva y la mejora o, en su defecto, la degrada, la minusvalora, la hace inhabitable; luego no hay contenido más claro de la función social de la propiedad y en su sentido, no sólo de límite, sino de garante del derecho de propiedad que la tutela del medio ambiente

También la doctrina italiana distingue dos planos de tutela del medio ambiente: de un lado, en cuanto bien unitario y social, existe la acción prevista en el artículo 18 de la Ley n. 349/1986, ejercitable por el Estado; de otro, en cuanto bien individual, la persona perjudicada puede ejercitar las acciones civiles que el ordenamiento le concede en defensa de su derecho a la salud o propiedad (art. 844 C.c. italiano, artículo 2043 C.c. italiano, etc.) (25). La sentencia de la Casación italiana de 9 de marzo de 1979, anteriormente citada, afirmó, continuando con el razonamiento que se ha expuesto, la posibilidad de proteger el medio ambiente a través de la tutela de ciertos derechos subjetivos, como la propiedad, que se ven perjudicados cuando aquél resulta dañado (26). La sentencia no reconoce abiertamente, por tanto, un derecho subjetivo al medio ambiente, como ha puesto de relieve algún autor, sino que su tutela es indirecta, accesoria de la de los bienes privados, en cuanto que aumenta o disminuye el valor económico de los mismos (27).

desde la perspectiva individual o particularizada de las inmisiones; perspectiva que, por otra parte, con una correcta regulación, permite dar respuesta a aquellos daños inferidos por un vecino a otro que por su trascendencia no puede probarse que dañen al llamado medio ambiente general y, por tanto, no quedarían salvados por ninguna norma de contaminación del ambiente en general, pero deterioran de forma importante el hábitat más reducido que se materializa o representa en el bien del que se es propietario o sobre el que se ostentan otros derechos de uso o desde la defensa de interés colectivo”.

(25) ALPA, G./BESSONE, M./CARBONE, V., “Le immissioni e la difesa dei valori ambientali”, en *Atipicità dell'illecito*, vol. III, Giuffrè, Milán, 3.ª ed., 1994, pp. 194-195.

(26) “[E]n lo que se refiere al medio ambiente —observó la Corte de casación italiana en la sentencia mencionada—, hay que considerar que el disfrute directo por parte del sujeto individual, en relación con los diversos elementos que lo forman (entre ellos, las características climáticas, la disponibilidad de los recursos, la estructura agrícola, el paisaje) no está —como en el caso de la salud— condicionado por el solo hecho de ser una persona física, sino que está unido al particular vínculo que, en el caso concreto, se establece entre el particular y el ambiente que le rodea. El carácter diferenciado del interés es tal que, en las hipótesis de actos de la Administración lesivos del mismo, se puede acudir al juez contencioso-administrativo. Pero el poder de disfrute puede también asumir la configuración de un derecho subjetivo cuando vaya unido a la disponibilidad exclusiva de un bien, cuya conservación, en su actual potencialidad de proporcionar utilidad al sujeto, sea inescindible de la conservación de las condiciones medioambientales. Eso se verifica ciertamente en las hipótesis de propiedad (o de titularidad de otros derechos que atribuyen la utilización) de bienes inmuebles, los cuales extraen del medio ambiente su valor particular (en cuanto a productividad, amenidad, etc.). En tal caso, el daño al ambiente determina la inmediata minoración del patrimonio del individuo (...) que encuentra inmediata tutela en el ordenamiento, con acciones ante el juez ordinario, con base en el principio de conservación de los derechos individuales”.

(27) POSTIGLIONE, A., “Localizzazione di centrali nucleari e tutela della salute e dell'ambiente”, *Giust. civ.*, 1979, II, p. 770. MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, Trivium, Madrid, 1991, t. I, p. 174, por su parte, manifiesta su acuerdo con la doctrina sentada por la sentencia, en el sentido de reconocer la legitimación individual para la defensa civil de los intereses difusos cuando estos intereses “suponen de hecho la suma de los intereses divisibles de los que ejercen la acción que son además propietarios o residentes del área en que se produjeron o amenazan producirse los daños”.

De igual forma, en la jurisprudencia española, la defensa del medio ambiente tradicionalmente viene ligada, más que al derecho a la salud, a la defensa del derecho de propiedad (28), aparte las sentencias que comienzan a configurarlo como un derecho autónomo, susceptible de protección en sí mismo (29).

3. La pretendida lesión de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio.

Es indiscutible, como demuestran las anteriores consideraciones, la relación de las inmisiones con los derechos a la salud y el medio ambiente, así como la posibilidad de invocar los preceptos constitucionales que consagran estos derechos (arts. 43 y 45, respectivamente) en las demandas por inmisiones. Más dudas plantea la conexión, sugerida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por algunos autores, de la pro-

(28) V., en este sentido, las SSTs (Civil) de: 23 de diciembre de 1952, R. Ar. 2673; 5 de abril de 1960, J. C. 1960, t. LXXXVIII, n. 254, pp. 147 y ss.; 14 de mayo de 1963, R. Ar. 2699; 17 de marzo de 1981, R. Ar. 1009; y 14 de julio de 1982, R. Ar. 4237, entre otras.

(29) La SAT de Oviedo de 3 de noviembre de 1978 –afirma MORENO TRUJILLO, E., “La protección del medio ambiente en la jurisprudencia civil”, AC, 1990/3, p. 531– introduce por primera vez el término “medio ambiente” como interés protegible. El Considerando cuarto de esta resolución afirma, en efecto, que “*procede entrar en el estudio de la cuestión fundamental de este recurso, que no es otra que la de determinar si los humos procedentes de la Central Termoelectrica de Soto de Ribera han producido, al degradar el Medio Ambiente, efectos dañinos en las propiedades de los apelantes, o si, por el contrario (...) esos humos no causan daño alguno...*”; aunque persiste el apego a la defensa de la propiedad, parece vislumbrarse –destaca la citada autora– la posibilidad de que el medio ambiente pueda ser protegido en su propia entidad. Pero las resoluciones posteriores no avanzan en esta línea, sino que siguen ancladas en la relación propiedad-medio ambiente; así ocurre hasta la STS de 16 de enero de 1989, R. Ar. 101, que deja claro que la existencia de un perjuicio patrimonial no es elemento esencial para apreciar la responsabilidad por los daños al medio ambiente; según esta sentencia, “*dándose por probado la existencia de una contaminación ambiental masiva e intensa que afectó gravemente a las fincas y viviendas de los actores y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno, sienta con ello una situación de peligro latente también para las vidas humanas por el riesgo notorio de producir graves dolencias a las personas y ello integra un perjuicio, al menos de orden moral, que debió haber sido considerado y valorado...*”. En esta resolución, ciertamente se separa el medio ambiente de la propiedad, pero en cualquier caso, se sigue ligando la protección de aquel bien social a derechos e intereses individuales, pues en este caso, la lesión del medio ambiente se considera como un potencial peligro para la salud humana, y por tanto, causante de un daño (al menos moral, dice la sentencia) resarcible. En sentencias posteriores, se defiende con más decisión la autonomía del derecho a un medio ambiente sano como objeto de protección contra las inmisiones excesivas. En este sentido, la SAP de Cáceres de 21 de noviembre de 1996, Ar. C., 1996, ref. 2258, según la cual procede la adopción de las medidas necesarias para evitar la producción de inmisiones, más allá de los límites tolerables, que hagan inhabitables los fondos de los vecinos o impidan “*el normal disfrute de sus derechos, entre los que se encuentra según la Constitución Española en su artículo 45, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona*”.

blemática que estudiamos con los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

Cabe citar, a este respecto, la STEDH de 9 de diciembre de 1994, en la que el objeto de la demanda, desde su origen, se vinculó con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, entendido en sentido amplio (esto es, comprensivo del derecho a la libre elección del lugar de residencia). Los hechos que dieron lugar a esta resolución fueron los siguientes: una estación depuradora de desechos de curtidos entró en funcionamiento en Lorca, en julio de 1988, sin el permiso municipal preceptivo según el artículo 6 RAMINP. Su actividad generó emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación, que causaron molestias y perturbaciones a la salud de numerosos habitantes de Lorca, entre ellos a la Sra. López Ostra y a su familia. El Ayuntamiento evacuó a los vecinos afectados y los hospedó gratuitamente en el centro de Lorca durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1988. El 9 de septiembre, ante las numerosas quejas de los afectados, el Ayuntamiento ordenó el cese de una de las actividades de la depuradora, aunque esta medida no fue suficiente, pues varios expertos constataron que persistían las molestias. En octubre, la Sra. López Ostra y su familia volvieron a su vivienda. El día 13 de dicho mes, la citada señora, dada la negativa de las autoridades públicas a ordenar el cierre de la depuradora, interpuso un recurso contencioso-administrativo en protección de sus derechos fundamentales ante la Audiencia Territorial de Murcia; alegaba la existencia de una injerencia ilegítima en su domicilio y en su pacífico disfrute, la violación de su derecho a elegir libremente residencia y un atentado contra su integridad física y moral, su libertad y su seguridad (arts. 15, 17.1, 18.2 y 19 CE); con base en ello, solicitaba el cierre temporal o definitivo de las actividades de la depuradora. La Audiencia rechazó el recurso, por S. de 31 de enero de 1989, pues entendió que las molestias de olores, humos y ruidos ocasionados por el funcionamiento de la depuradora no constituían un grave peligro para las familias que vivían en los alrededores, sino más bien un deterioro de su calidad de vida, no tan importante como para declarar la vulneración de los derechos fundamentales invocados; además, la situación no se podía imputar al Ayuntamiento, en opinión de la Audiencia, pues éste había tomado medidas al respecto; en cuanto a la ausencia de licencia, se dijo que no era una cuestión que pudiera examinarse en aquel procedimiento especial, ya que afectaba a la violación de la legalidad ordinaria.

Contra esta sentencia, e insistiendo en la argumentación expuesta, la demandante interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, que fue asimismo desestimado por S. de 27 de julio de 1989. Interpuso entonces un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando

la violación de los artículos 15, 18 y 19 CE, pero este Tribunal declaró la inadmisibilidad de la demanda, por falta manifiesta de fundamentación, mediante S. de 26 de febrero de 1990.

El 14 mayo de 1990, la Sra. López Ostra demandó al Estado español ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual, estimando la admisibilidad de la demanda, sometió el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La demandante alegaba la violación de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950; Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979): el primero de los preceptos citados había sido vulnerado, según la actora, porque hubo lesión de su derecho a la integridad física y del de su familia, así como tratos inhumanos y degradantes; el segundo, porque la instalación de la depuradora en lugar próximo a su domicilio constituía una vulneración de la inviolabilidad del mismo.

El TEDH estimó, a mi juicio correctamente, que no existía vulneración del artículo 3 del Convenio, que proscribe la tortura y las penas o tratos humanos degradantes. Hay que aclarar, no obstante, como hace algún autor, que la decisión en este sentido no significa que el Tribunal pensara que el derecho a la integridad física no hubiese sido lesionado; simplemente, no pudo pronunciarse sobre ello, porque el artículo 3 no hace referencia alguna a este derecho (30). Me parece que los certificados médicos aportados y las pruebas practicadas demostraban sobradamente la efectiva lesión de la integridad física de los miembros de la familia López Ostra, a pesar de lo afirmado por la Audiencia Territorial de Murcia. Ésta, sin negar la existencia de las inmisiones, sostuvo que no eran productoras de grave peligro para la salud de los vecinos, sino de un simple deterioro de su calidad de vida, concepto al que la Audiencia otorgaba un significado de menor entidad que el de la salud o integridad física o el respeto al domicilio; la calidad de vida vendría a representar algo así como un plus añadido a las condiciones necesarias para la subsistencia. Pues bien, sin perjuicio de aceptar esta distinción, en el caso concreto –insisto– se produjo algo más que un mero deterioro de la calidad de vida (31).

En cuanto al artículo 8 de la Convención (32), el TEDH entendió que sí había sido violado. En contra de lo afirmado por la Audiencia

(30) EGEA FERNÁNDEZ, "Condiciones medioambientales...", cit., p. 335.

(31) De igual opinión es EGEA FERNÁNDEZ, "Condiciones medioambientales...", cit., pp. 345-346.

(32) El apartado primero de este precepto establece que "[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"; el segundo, dispone que "[n]o podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho

Territorial de Lorca, declaró que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del derecho a la tranquilidad del domicilio, de manera que su vida privada y familiar queden perjudicadas, sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado. De otra parte, el TEDH estimó que tanto si se aborda la cuestión desde el ángulo de las obligaciones positivas de los Estados –adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del art. 8.1–, como si se aprecia con la perspectiva de las “injerencias de las autoridades públicas”, en los términos del párrafo 2, los principios son muy parecidos: en ambos casos ha de procurarse un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad, lo que no se hizo por las autoridades españolas (33).

Según algunos autores, este pronunciamiento es claramente encuadrable dentro de lo que se denomina “jurisprudencia ambiental” del TEDH, que consiste en que, aunque el Convenio no incluye el derecho a un medio ambiente adecuado en su ámbito de protección, sus órganos le han dado entrada tangencialmente, al igual que han hecho con otros derechos, a través de la técnica del efecto reflejo (*protection par ricochet*). Así, el derecho al medio ambiente en cuanto tal no estaría protegido por el Convenio, pero si un ataque al mismo impide o limita gravemente el disfrute efectivo de un derecho que sí está reconocido, entonces, en esa medida, los órganos del Convenio podrán tener en cuenta las agresiones medioambientales determinantes de su lesión. En definitiva –se concluye–, “fruto de un elogiado activismo judicial, no se reconocen nuevos derechos –cuya única vía sería la de la aprobación de nuevos Protocolos–,

sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

(33) El TEDH consideró que, aunque en principio las autoridades españolas no eran directamente responsables de las inmisiones de la planta depuradora, el Ayuntamiento no adoptó las medidas necesarias para proteger los derechos consagrados en el artículo 8.1 del Convenio, puesto que, aun cuando asumió los gastos del apartamento de la demandante y su familia, ello no fue suficiente para compensar los tres años de molestias que los afectados tuvieron que soportar; por tanto, no se mantuvo un justo equilibrio entre el bienestar económico de la ciudad de Lorca y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar, por lo que había que declarar la violación del artículo 8 del Convenio (EGEA FERNÁNDEZ, “Condiciones medioambientales...”, cit., pp. 333 y ss.).

No es ésta la primera sentencia en la que el Tribunal de Estrasburgo relaciona la protección del derecho a la intimidad con las inmisiones, pero sí la más relevante hasta el momento. MACÍAS CASTILLO, A., “La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio”, AC, n. 39, 25 a 31 de octubre de 1999, p. 1238, expone sucintamente la jurisprudencia del TEDH respecto a este particular.

sino que se amplía el alcance de los derechos garantizados por el Convenio” (34).

En España –se añade–, la situación es diversa. Aquí parece que el derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado está positivado, aunque carezca de rango de derecho fundamental susceptible de amparo (35). No hace falta, por tanto, ampliar el contenido de otros derechos para dar cabida a la protección del medio ambiente, como ocurre con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no lo contempla. De modo que es correcta la interpretación restrictiva del ámbito de derechos como el de la inviolabilidad del domicilio o la intimidad personal y familiar. Ahora bien, la cuestión que se plantea es si la distinta interpretación que hace el TEDH sobre estos derechos afecta al Derecho español. Para estos autores, una respuesta afirmativa al interrogante expuesto equivaldría “a erigir al TEDH en una supercasación, o incluso algo más, en un pseudo-legislador europeo que vendría a desplazar en Derecho interno tanto al poder legislativo como al Tribunal Constitucional, que son los competentes para la delimitación del alcance de los derechos fundamentales”. Además, esta medida podría provocar la definitiva “asfixia” del Tribunal Constitucional, dado el inmenso potencial de amparos que esta interpretación encierra (v. gr., molestias provocadas por industrias contaminantes, salas de fiestas, bares ruidosos...). La sentencia del TEDH que aquí se comenta no ha de significar, por consiguiente, la ampliación de determinados derechos fundamentales para proteger, a través de ellos, el medio ambiente, sino que su función ha de ser la de subrayar la necesidad de

(34) CARRILLO DONAIRE, J. A./GALÁN VIOQUE, R., “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?”, *REDA*, n. 86, abril-junio 1995, p. 277. Además del derecho a la intimidad, como apuntan estos autores, ha servido como vía para la defensa indirecta del medio ambiente, el derecho a un juicio justo del artículo 6 del Convenio (SSTEDH de 13 de julio de 1983, que resolvió el caso Zimmerman y Stemer c. Suiza, y de 25 de noviembre de 1993, resolutoria del caso Zander c. Suecia).

(35) En este sentido, la STS (Cont.-admvo.) de 25 de abril de 1989, *R. Ar.* 3233, afirma que el artículo 45 CE, como los demás preceptos del Capítulo Tercero del Título I de la norma fundamental, no constituye una mera norma programática que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas, sino que tiene valor normativo. En términos similares, la STS (Cont.-admvo.) de 18 de abril de 1990, *R. Ar.* 3650, afirma que el artículo 45 CE “no es una norma programática ni un pío deseo cuya eficacia deba quedar al albur de las convicciones ecologistas o no de los titulares de los poderes públicos”, sino que “ese «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar (“velarán” dice el número 2 de ese artículo) por su efectivo ejercicio...”. Pero no sólo es que el derecho al medio ambiente está protegido por la Constitución y puede solicitarse su tutela ante los tribunales, sino que, como declara el Auto del TS (Cont.-admvo.) de 11 de mayo de 1989, *R. Ar.* 3867, este derecho “cobra en nuestros días un valor preeminente como lo prueba la reciente Ley de 27 de marzo de 1989, de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, donde se establece la prevalencia de la planificación medioambiental sobre cualesquiera otra territorial o finca (sic)”.

revisar los mecanismos de garantía de este derecho que, a decir de estos autores, ya está suficientemente positivado en nuestro ordenamiento jurídico (36).

Según otra opinión, la respuesta al interrogante planteado depende del alcance que se quiera dar al artículo 10,2 CE. Y se destaca que el TC español no ha sido demasiado claro a este respecto, pues ha considerado los textos internacionales ratificados por España como instrumentos que de alguna manera configuran, sin carácter autónomo, el canon de constitucionalidad de los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título I CE, convirtiéndolos en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los mismos; pero también, sin negar su especial valor para configurar el sentido y alcance de aquéllos, los ha reconducido al más modesto papel de fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (37).

En cualquier caso, lo cierto es que nuestra jurisprudencia menor ha acogido la interpretación de los derechos a la intimidad e inviolabilidad del domicilio mantenida por el TEDH. Con base en ella, la SAP de Murcia (Civil) de 24 de mayo de 1997 (38) estimó que la existencia de ruidos y vibraciones intolerables procedentes de una fábrica de congelados, cercana a la vivienda de los actores, constituía una intromisión ilegal incluíble en el artículo 7 LO 1/1982, de 5 de mayo; y que los daños causados por estas inmisiones eran, por tanto, *“indemnizables al amparo de la protección de la intimidad familiar”*, además de por el cauce del artículo 1.902 C.c. En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 1997 (39) declaró que *“atendida la gran similitud de contenido entre el repetido artículo 8 del CEDH y el artículo 18.1 y 2 de la Constitución Española, hay que construir, desarrollar y trabar el núcleo intimidad-protección del domicilio frente a determinadas intromisiones sonoras, para finalmente, concluir que la degradación del medio ambiente a través del excesivo ruido supone la violación de los derechos fundamentales protegidos en dicho artículo 18”*. Y más recientemente, la SAP de Toledo de 11 de marzo de 1999 (40), afirmó que *“las inmisiones medio-ambientales en la esfera de la privacidad, que afectan al bienestar de la persona, pueden implicar la lesión, e incluso la privación, del derecho que*

(36) CARRILLO DONAIRE/GALÁN VIOQUE, “¿Hacia un derecho...”, cit., pp. 280 y ss.

(37) HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Intimidad personal y familiar, domicilio y medio ambiente”, en *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, dir. por LÓPEZ ORTEGA, J. J., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 271.

(38) Ar. C., 1997, ref. 1040.

(39) RGD, ns. 634-635, 1998, pp. 9478 y ss.

(40) AC, 14-20 de febrero de 2000, ref. 136.

toda persona tiene al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar, vulnerando, en definitiva, el derecho a la intimidad personal y familiar que protegen los arts. 8,1 del Convenio de Roma y 18,1 CE”.

También algunos autores españoles consideran que la protección de la intimidad puede funcionar como título legitimador constitucional frente a las inmisiones. En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, que se refiere a una inmisión concreta: el ruido. Afirma que cabe imaginar que hay una vertiente del derecho a la intimidad que se refiere a un respeto casi geográfico o físico, la pretensión de un apartamiento o aislamiento –“algo así como lograr un reducto ajeno a los otros”, se dice–; intimidad, por consiguiente, no sólo frente a fotógrafos o periodistas impertinentes, sino física, que le respeten a uno su refugio, su territorio, un espacio material donde recogerse. Pues bien –añade–, si se conviene en lo hasta ahora dicho, cobra pleno sentido, como paso siguiente, el afirmar que el domicilio es inviolable; ya que no hay nada mejor para garantizar la intimidad que proteger el domicilio. De ahí se deriva, conforme a esta línea argumentativa, que la interdicción de la entrada no querida o arbitraria de personas ajenas, que es la modalidad clásica de protección del domicilio, y que está prevista expresamente en la segunda frase del párrafo segundo del artículo 18 CE, es una aplicación específica de la regla general, establecida en la frase primera (el domicilio es inviolable), pero no la única; si sólo se hubiera querido conseguir el efecto de prohibir las entradas arbitrarias –se destaca–, habría bastado con la segunda frase. Por consiguiente, cabe defender que existe otra variante de la inviolabilidad del domicilio, que consistiría en la interdicción y el consiguiente control de los ruidos ilegítimos (41).

A mi modo de ver, resulta un tanto forzado entender que las inmisiones pueden lesionar los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, tal y como estos derechos han sido interpretados por la doctrina y por el Tribunal Constitucional español y han sido configurados en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La intimidad, en palabras de ALBALADEJO GARCÍA, es el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de

(41) MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., “La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)”, *RAP*, n. 115, 1988, pp. 214-216. Expresan su acuerdo con la opinión de este autor MARTÍN MATEO, *Tratado...*, cit., t. I, p. 624; y LLAMAS POMBO, E./MACÍAS CASTILLO, A., “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, *AC*, n. 44, 30 de noviembre a 5 de diciembre de 1998, p. 1073. MACÍAS CASTILLO reitera su parecer en “La asimilación...”, cit., p. 1235.

entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado (42). En términos parecidos, el TC español ha afirmado que los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la CE “*aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el artículo 10 de la CE, e implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana*” (43). Para este Tribunal, los citados derechos fundamentales salvaguardan “*un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas*” (44).

Cabe distinguir, en el contenido del derecho a la intimidad, un aspecto negativo, que sería la exclusión del conocimiento ajeno en cuanto hace referencia a la propia persona, y un aspecto positivo, de control por su titular de los datos e información relativos al individuo (45). A ambos se refiere el artículo 7 de la citada LO 1/1982, que establece que se considerarán “intromisiones ilegítimas” una serie de hipótesis, entre las que no se incluyen las inmisiones. Ciertamente, no es una enumeración *numerus clausus* (46), por lo que otras hipótesis, no contempladas expresamente por la norma, pueden calificarse como intromisiones ilegítimas; pero, en

(42) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Compendio de Derecho civil*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 96. Las definiciones propuestas por otros autores son similares. Con ánimo meramente ejemplificativo, cabe citar a DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8.ª ed. revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1992, p. 355, para quienes la intimidad constituye una esfera secreta o reservada de la persona, que debe ser protegida contra las intromisiones o indagaciones ajenas; a RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Identificación de la persona”, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, vol. 2, p. 74, a quien sigue MONTÉS PENADÉS, V. L., en *Derecho civil. Parte general* (coord. por LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M./MONTÉS PENADÉS, V. L.), Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 87, que afirma que el derecho a la intimidad personal y familiar es el reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia y de la que puede prohibir el acceso a otros.

(43) SSTC de: 2 de diciembre de 1988, *RTC* 1988/231; 17 de octubre de 1991, *RTC* 1991/197; 28 de febrero de 1994, *RTC* 1994/57; 9 de mayo de 1994, *RTC* 1994/143; 16 de diciembre de 1996, *RTC* 1996/207.

(44) STC de 30 de octubre de 1987, *RTC* 1987/170. En otras sentencias se reitera la misma idea. Así, en la STC de 17 de abril de 1985, *RTC* 1985/257, se puede leer que el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la CE “*se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado*”. Y en la STC de 18 de diciembre de 1997, *RTC* 1997/234, se afirmó que “*cuando se obliga a un sujeto a someterse a una prueba con el fin de averiguar una determinada información se está afectando su derecho a la intimidad, ya que a través de la práctica de esa prueba sí puede obtener una información que ese sujeto puede no querer desvelar*”.

(45) STC de 20 de julio de 1993, *RTC* 1993/254; RIVERO HERNÁNDEZ, “Derechos al honor, ...”, cit., p. 74.

(46) DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. I, p. 360; RIVERO HERNÁNDEZ, “Derechos al honor, ...”, cit., p. 79.

todo caso, ha de tratarse de injerencias de naturaleza igual o similar a la de las previstas por el legislador; es decir, intromisiones en la vida privada de las personas, en la revelación o divulgación de datos de la vida de una persona o de su familia que deben quedar excluidos del conocimiento ajeno, que no es el caso de la figura que aquí se estudia.

Las inmisiones tampoco pueden considerarse un atentado a la inviolabilidad del domicilio, entendida como la interdicción de entrada en él y su registro sin consentimiento de su titular, salvo supuestos excepcionales (47). La protección constitucional del domicilio, garantizada por el artículo 18.2 CE, es de carácter instrumental, ya que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, y por lo tanto, tiene una conexión evidente con el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1 CE (48). No cabe entender, a mi juicio, que la penetración de olores, humos, ruidos, etc., en el domicilio de un sujeto sea asimilable a la entrada y registro del mismo por terceros.

Esto sentado, nada impide, desde luego, que el TC decida reinterpretar el artículo 18 CE y amplíe el contenido de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio hasta comprender en ellos el derecho a no sufrir inmisiones excesivas (49). Aunque hay que preguntarse si vale la pena esta reinterpretación o si, por el contrario, el ordenamiento jurídico-civil español cuenta con otros medios de tutela suficientes contra las inmisiones, como la acción negatoria concebida en sentido amplio, la vía interdictal y la responsabilidad civil extracontractual (además de los mecanismos protectores del derecho a la integridad física y psíquica, como se ha apuntado anteriormente).

(47) SERRANO ALBERCA, J. M., "Comentario al artículo 18", en *Comentarios a la Constitución* (dir. por GARRIDO FALLA, F.), Civitas, Madrid, 1980, p. 237; LUCAS OSORIO, "Comentario al artículo 18", en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (coord. por JIMÉNEZ-BLANCO, A.), Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 153.

(48) Así lo afirmó la STC de 17 de febrero de 1984, RTC 1984/22: "*la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona*". Asimismo, la STC de 26 de noviembre de 1984, RTC 1984/110, declaró lo siguiente: "*El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado*".

(49) Como afirma HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, "Intimidad personal y familiar...", cit., p. 270, "[e]l sentido originario del derecho que reconoce el artículo 18 de la Constitución es, ciertamente, otro muy distinto al que late en la sentencia López Ostra y para nuestro Tribunal Constitucional el contenido del mismo tiene poco que ver con el que le atribuye el Tribunal de Estrasburgo, pero nada impide hacer una interpretación como la realizada por este segundo Tribunal. Es el signo de los tiempos".

UNIONES ESTABLES DE PAREJA EN CATALUÑA

(Ley 10/1998, de 15 de julio) (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario

A Ildefonso Sánchez Mera, gran amigo y mejor compañero, que con toda seguridad continuará luchando en el cielo por el prestigio del notariado.

SUMARIO: I. UNIÓN ESTABLE HETEROSEXUAL. II. UNIÓN ESTABLE HOMOSEXUAL. III. CUESTIONES PROCESALES. IV. CUESTIONES FISCALES.

(*) Circular n.º 53, de 2 de junio de 1999, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

El 28 de abril de 1998 tuve el honor y el placer de pronunciar en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares una conferencia sobre el tema de las uniones de hecho, conferencia que titulamos “Matrimonios asexuados, parejas de hecho y el contrato de unión civil” y cuyo texto dimos a conocer a los no asistentes a través de la Circular 71/98 de la Comisión de Cultura y ha sido publicado en la Revista *LUNES CUATRO TREINTA*, en su número 243, correspondiente a la 1.ª quincena de octubre de 1998; en *La Notaría*, n.º 9 (sept. 1998) y en el *Boletín de información del Colegio Notarial de Granada*, n.º 215 (marzo de 1999).

En esta conferencia hicimos un repaso de las uniones homo y heterosexuales –estas últimas, fuera del matrimonio–, con los problemas constitucionales que su admisión plantea, sus antecedentes históricos, soluciones existentes en Derecho Comparado y Proposiciones de Ley habidas entre nosotros, para finalizar con el examen de la que más posibilidades parecía tener de convertirse en Ley, cual es la del Contrato de Unión Civil, de la que es autor el Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

Desconocíamos en aquel momento que en Cataluña hubiera habido ya dos Proposiciones de Ley (una del Grupo Parlamentario de Iniciativa por Cataluña –BOPC n.º 228, del 16 de mayo de 1994–; y otra del Grupo Socialista –BOPC n.º 260, del 27 de diciembre del mismo año–) y un Proyecto de Ley sobre relaciones de convivencia diferentes del matrimonio (BOPC n.º 242; del 30 de septiembre de 1997). La aprobación por el Parlamento catalán de la Ley 10/1998, su publicación en el “Diari Oficial de la Generalitat” n.º 2.687 el 23 de julio de 1998 y la entrada en vigor de la misma el 23 de octubre siguiente (Disposición final tercera), acabó por sumirnos en la miseria y ratificarnos, una vez más, en el conocido “sólo sé que no sé nada”. Nos disculpamos ante todos y cumplimos ahora con lo prometido: hacer un comentario sobre la primera Ley vigente en España sobre uniones estables de pareja.

Esta Ley consta de un preámbulo, dos capítulos, con un total de 35 artículos (el I regula la Unión estable heterosexual y el II la Unión estable homosexual), una Disposición adicional, otra transitoria y tres finales.

El preámbulo parte de la base de que el artículo 32 de la Constitución proclama el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y de que al margen del matrimonio la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de unión en convivencia de carácter estable, unas formadas por parejas heterosexuales que pudiendo contraer matrimonio se abstienen de hacerlo, y otras integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente tienen vedado el paso a aquella institución.

Por estas razones y porque se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, tanto de distinto como del mismo sexo, es

por lo que la Ley –seguimos leyendo en su preámbulo– agrupa y regula separadamente del matrimonio todas las demás formas de convivencia. Las uniones matrimoniales se incluyen en el Código de familia (Ley 9/1998, también de 15 de julio, publicado en el mismo “Diari Oficial de la Generalitat” n.º 2.687 del 23 siguiente y con entrada en vigor, asimismo, a los tres meses de su publicación –Disposición final cuarta–) y las uniones estables de pareja en la presente Ley. Distinción que, dicho sea de paso, no ha sido pacíficamente aceptada por parte de la sociedad catalana, según las noticias aparecidas en la prensa.

Justifica también el propio preámbulo el que la Ley se articule en los dos expuestos capítulos fundamentalmente en las circunstancias siguientes: de una parte, que la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia; mientras que la pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. Y de otra, en que la primera es capaz de engendrar descendencia biológica y la segunda no. A la largo de nuestro examen iremos comprobando cómo esta regulación obliga a la reiteración de preceptos de contenido idéntico, lo que podría haberse evitado con un capítulo relativo a “Disposiciones generales” o “Disposiciones comunes”.

Finaliza el preámbulo reconociendo cómo la Ley se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas (civiles y función pública), y cómo por este motivo ha sido preciso excluir cuestiones propias del Derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social.

Siguiendo la sistemática de la Ley estudiaremos separadamente las uniones estables heterosexuales primero y las homosexuales después.

I. Unión estable heterosexual

A) ¿A quién se aplica la Ley? Esta ley, como deben hacer todas, no nos da un concepto de lo que es una unión estable, pero sí nos dice en su artículo 1.1 a quién se aplica: a la unión (prescindimos del calificativo “estable” que utiliza la Ley para no incluir lo definido en la definición) de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en ella se establece.

Los requisitos exigidos son, por tanto:

- Heterosexualidad por definición (un hombre y una mujer).
- Mayoría de edad. Entendemos, dado el sentido literal de las palabras, que quedan excluidos los menores emancipados. GARRIDO MELERO (“Matrimonio, convivientes more uxorio y familia en el Código de fami-

lia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja”, *La Notaría*, n.º 7, julio-agosto 1998) mantiene el mismo criterio basándose en las enmiendas que fueron rechazadas y que pretendían incluir a los emancipados, y se sorprende que para contraer matrimonio se exija una edad inferior que para contraer una unión estable. Quizás sea, estimado compañero, para prevenir los ardores juveniles y la constitución por el mero transcurso del tiempo de la unión estable.

— Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sí.

Por esta razón no podrá nunca aplicarse esta Ley a las uniones estables entre familiares a los que la Ley impide el matrimonio (en línea recta por consanguinidad o adopción; colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado; y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos, ex art. 47 C.c.). GARRIDO MELERO opina que este último impedimento y el del grado tercero entre colaterales, al ser dispensables a los efectos de matrimonio (art. 48 C.c.), deberían ser excluidos a los efectos de la constitución de la unión estable. Opinión discutible, como todas, y que no compartimos: una cosa es que sean dispensables por el Ministro de Justicia o el Juez de Primera Instancia, respectivamente, y otra es que los borremos sin más de un plumazo. ¿En base a qué apoyo legal acudiríamos al Ministro o Juez para pedir la dispensa?

— Convivencia marital. Convivencia, en definitiva, *more uxorio* o lo que es lo mismo, como opina ESTRADA ALONSO, identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en un matrimonio. Coexistencia, pues, de la pareja en un espacio y tiempo determinado en forma pública y notoria.

— Convivencia durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo. La unión, también por definición, ha de ser estable y la Ley presume esta estabilidad cuando, como mínimo, se ha mantenido durante el periodo ininterrumpido de dos años. El plazo podía haber sido mayor o incluso menor; es un plazo, pues, a gusto del legislador y hay que reconocer que el establecido viene a coincidir con el propugnado por la generalidad de los autores y proposiciones de Ley.

Respecto de este plazo conviene tener en cuenta: a) Que no es necesario su transcurso, siempre y cuando la pareja tenga descendencia común, aunque sí exige la Ley —art. 1.2— que haya convivencia; lo que implica que no por el mero hecho de una unión ocasional, aunque se haya engendrado un hijo, se considere que estamos en presencia de una unión estable; b) que el tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, se tendrá en cuenta a efectos del cómputo de los dos años únicamente si los dos miembros de la pareja y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo (Disposición transitoria). La

conformidad de los dos integrantes de la pareja es más que lógica, por eso de la eficacia retroactiva y de que una cosa es un ligue mantenido y otras las consecuencias que se derivan de la nueva Ley que por no ser conocidas no pueden presumirse queridas. Lo extraño, a nuestro modo de ver, es la puesta en escena de los herederos del difunto, ya que por muy continuadores que la Ley presuma lo sean de su personalidad, y salvo un número indubitado de pruebas de la voluntad de éste, en modo alguno pueden colocarse en su lugar; c) que en el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo de los dos años (art. 1.3). Norma muy a tener en cuenta por todos aquellos que estando casados conviven maritalmente con otra persona, porque en cuanto se divorcien, se anule el matrimonio o enviuden, ¡zas!, siempre que hayan convivido durante dos años como mínimo nacerá la unión estable y se le aplicarán todos los efectos prevenidos en la Ley. Muy posiblemente sin que tengan conciencia de ello... ya saben, por eso de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1 C.c.); y d) que la acreditación de las uniones por el transcurso de los dos años –por, llamémoslo así, posesión de estado o usucapión– se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10 (art. 2). Artículo 10 que determina que para obtener los beneficios que, respecto de la función pública de la Administración de la Generalidad, reconoce el artículo 9, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años. De nuevo aparece el embudo con su parte más estrecha beneficiando a la Administración. Aunque nada se diga el acta de notoriedad a que se refiere la Ley tiene que ser la del artículo 209 del Reglamento Notarial.

— *Escritura pública en la que los miembros de la pareja manifiesten su voluntad de constituir una unión estable acogiéndose a lo prevenido en la nueva Ley.* Así como el matrimonio nace por el consentimiento de los otorgantes y cumplimiento coetáneo de los requisitos –civiles o religiosos– establecidos al efecto por la ley aplicable, las uniones estables pueden constituirse por el consentimiento de un hombre y una mujer ante notario, sin necesidad de la convivencia marital previa durante el periodo ininterrumpido de dos años. Desde este punto de vista cabrá diferenciar uniones estables por convivencia y uniones estables notariales; las primeras nacidas por el transcurso del tiempo de convivencia marital, las segundas por el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Esta solución, que es la que se desprende de la letra del precepto (disyuntiva “o”) es duramente criticada por LLEBARÍA SAMPER (“Glosa críti-

ca a esta (nuestra) nueva Ley de Uniones estables de pareja”, en *La Notaría*, n.º 10, octubre 1998), quien preconiza una interpretación correctora que nos lleve a la conclusión de que, salvo existencia de descendencia, el plazo mínimo de dos años de convivencia se exige a toda pareja, con independencia de su formalización. En términos de oscuridad similar está redactado el artículo 3.1 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón (“1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública”).

— Y tener vecindad civil en Cataluña al menos uno de los dos miembros. Recomendamos que en todo el territorio nacional en las escuelas se impartan unas enseñanzas mínimas sobre qué es eso de la vecindad civil y cómo se adquiere, y se instruya a niños y adolescentes en ellas, y a los más crecidos, con campañas en los medios de comunicación, sobre las consecuencias de convivencia marital con personas de vecindad civil catalana. De lo contrario, más de uno y sin darse cuenta se podrá encontrar con la sorpresa de que se le exijan, una vez extinguida la unión, las compensaciones económicas, pensiones y demás consecuencias que pronto examinaremos. El “peligro”, y lo intercomillamos a propósito, se habría evitado exigiendo, como hacen las leyes nórdicas que regulan la materia, que la pareja que conviva, resida, además, en Cataluña. Esta extraterritorialidad de la Ley, ¿es constitucional? GARRIDO MELERO se plantea la misma cuestión y considera, dado que el Estado se ha reservado de modo exclusivo la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de ley en el espacio, que la adopción unilateral de esta competencia entra en claro conflicto en el caso de que cualquiera de los ordenamientos civiles del propio Estado quieran regular las uniones de hecho y utilicen como punto de conexión también el de la vecindad civil de uno de los miembros de la unión legal. La adopción de la residencia de los convivientes en Cataluña —termina diciendo—, en lugar del de la vecindad civil catalana, tendría más sentido, especialmente en aquellas uniones de hecho que se constituyan por el transcurso del tiempo. Para LLEBARÍA SAMPER este artículo 1.1 *in fine*, y el correlativo 20.2 para las uniones homosexuales, vulneran directamente el artículo 149.1.8.º de la Constitución, por cuanto legisla sobre el contenido que en exclusiva pertenece a los artículos 9.1, 2 y 8; 14; y 16.1.1.ª del C.c.

Ponemos punto y final a este apartado refiriéndonos al requisito de la inscripción de estas uniones. De momento, dado que la competencia en materia de Registro Civil está reservada al Estado (art. 149.1.8.º de la Constitución), lo único que puede hacer, y hace, la nueva Ley es establecer, en su Disposición final segunda, una norma de futuro: “Si la legis-

lación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban”. Nos parece que estamos, pues, ante una inscripción constitutiva, si bien de momento sin aplicación posible.

B) Efectos.

1) Durante la convivencia. Parte la Ley del principio de autonomía de la voluntad. En este sentido el artículo 3.1 establece que los miembros de la pareja estable “pueden” regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes. Pueden, también, regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia. Pero en este caso su libertad ya no es absoluta por cuanto las pactadas han de cubrir como mínimo los derechos que regula la Ley, y que repasaremos en su momento; derechos que el propio artículo 3.1 considera “irrenunciables hasta el momento en que sean exigibles”.

Esta regulación de la convivencia puede hacerse “en forma verbal, por escrito privado o en documento público” (art. 3.1). A efectos probatorios la forma escrita es sin lugar a dudas la más aconsejable y entre la privada o pública ni que decir tiene que nos inclinamos por la última, no por razones arancelarias –serían en todo caso documentos sin cuantía– sino porque consideramos que nuestra función asesora debe jugar un importantísimo papel en defensa de los derechos de ambas partes y especialmente de la más débil (ex arts. 1 y 147 Reglamento Notarial). La regulación en forma verbal supondrá una verdadera “probatio diabólica”.

En defecto de pacto la Ley regula los siguientes extremos:

a) Gastos comunes. Según establece el artículo 3.2 “los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios”.

Este texto, tanto en su versión castellana como catalana, es una mala copia del artículo 5.1 del Código de familia (Ley 9/1998), por cuanto la introducción del artículo “la”, subrayado en la reproducción precedente del precepto, es una errata que ignoramos si ha sido subsanada o no. Si eliminamos dicho artículo “la” –como hace el Código de familia– la norma es inteligible (“... y a los gastos comunes con el trabajo doméstico,

con su colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente...”).

El artículo 4 define qué gastos se consideran comunes, a saber: los necesarios para el mantenimiento de la pareja y el de los hijos y las hijas comunes o no que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente: a) los originados en concepto de alimentos en su sentido más amplio; b) los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja; y c) los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

No define esta ley qué considera “alimentos en su sentido más amplio”. El artículo 4 del Código de familia al referirse a los gastos familiares incluye, asimismo, los “alimentos en su sentido más amplio”, si bien añade “de acuerdo con la definición que hace del mismo (del concepto de alimentos) el presente Código”. Esta definición la encontramos en el artículo 259 que “entiende por alimentos todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica del alimentista; así como los gastos para la formación si éste es menor, y para la continuación de la formación, una vez llegado a la mayoría de edad, si no la ha finalizado antes por causa que no le sea imputable. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios”. ¿Será de aplicación la misma definición tratándose de pareja estable? Un concepto amplio de familia abona esta solución.

También nos especifica el artículo 4, en su apartado 2, los gastos que no merecen la consideración de comunes: los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, las (debe decir, los) que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

Ante terceras personas –dice el art. 5–, ambos miembros de la pareja responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes que establece el artículo anterior, siempre que se trate de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso responde quien haya contraído la obligación. Es el mismo criterio de responsabilidad solidaria del artículo 8 del Código de familia.

b) Dominio, disfrute y administración de los bienes. En defecto de pacto, cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes (art. 3.2, inciso final). Siendo el régimen económico matrimonial legal en Cataluña el de separación de bienes (*vide* arts. 10 y ss. Código de familia), es más que lógico que tratándose de uniones estables se mantenga el mismo criterio.

No obstante este principio general, la Ley en su artículo 11 contiene una limitación muy importante que afecta a la disposición de la vivienda

común. En una norma similar a la contenida en el artículo 9 del Código de familia, se establece que: “1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial.= El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita en el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.= 3. No procederá la anulación permitida en el apartado 2 cuando el adquirente (“adquiriente” aparece en el “Diario Oficial de la Generalitat”) actúe de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, el que ha dispuesto del mismo responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable”.

GARRIDO MELERO mantiene que en la redacción de este precepto no se han tenido en cuenta las enmiendas que se presentaron referentes al artículo 9 del Código de familia y que, a su juicio, deben integrar la normativa de las uniones estables. Por ello, considera que se necesitará también el consentimiento para disponer de cuotas indivisas; que no se podrá otorgar un consentimiento de carácter general; que estarán legitimados para ejercitar la acción de anulabilidad, además del conviviente, sus hijos menores siempre que convivan en la vivienda; y que no es posible el pacto en contrario.

El argumento de que no se han tenido en cuenta las enmiendas aprobadas no nos parece definitivo para defender la integración propuesta por nuestro compañero. Quizás –seguro que sin quizás– esté más enterado que nosotros. Nosotros entendemos –*mens legis* a la vista– que es posible que el legislador sí haya considerado las enmiendas y decidido no aplicar el mismo criterio a las uniones estables. Todo depende de si la unión estable se equipara de modo pleno a la familia basada en el matrimonio o no; y si la respuesta fuere no, deberán existir diferencias.

No entramos, por exceder de las intenciones de estos comentarios, en el examen en profundidad de todas las cuestiones que planteará esta norma, al igual que el artículo 9 del Código de familia y de las que continúa planteando el artículo 1.320 del C.c.

Terminamos el tema destacando que todos los notarios, en especial los que ejerzan en Cataluña, no deberán olvidar nunca esta nueva disposición y en toda venta, hipoteca o acto dispositivo deberán consignar que “la vivienda no es familiar ni común a una unión estable de pareja”. Y habida cuenta de que encontramos en sede de uniones estables homose-

xuales la misma regla (art. 28), nos veremos todos en el brete de tener que preguntar, sea cual sea la edad o sexo del disponente, si la vivienda constituye hogar familiar o es vivienda común de una unión estable de pareja hetero u homosexual. Amigo JAVIER MICÓ GINER no será nada agradable, como tampoco lo está siendo que tengas tras tu mesa a un otorgante y cuando te presente el DNI, a efectos de identificación, resulte que es de sexo contrario al que tus asombrados ojos notariales están contemplando. Todo sea... por el servicio notarial.

c) Adopción. Los miembros de la pareja heterosexual estable pueden adoptar en forma conjunta (art. 6).

Esta posibilidad ya aparece recogida en el artículo 115.2 del Código de familia aunque con distinta terminología y cuya diferencia no nos explicamos... racionalmente. El Codi dice que “sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o la pareja de hombre y mujer que convivan maritalmente con carácter estable”. ¿Es que los integrantes del Parlamento catalán desconocían que al tiempo que aprobaban el Codi aprobaban una Ley de uniones estables de pareja o querían referirse a parejas que no constituyen unión estable?

Aunque el artículo 6 nada diga, es evidente que los requisitos para adoptar y poder ser adoptado, etc., son los que establecen los artículos 115 y siguientes del Código de familia.

d) Tutela. “En el caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa” (art. 7).

De nuevo nos encontramos con que este orden de delación está establecido en el artículo 179 del Codi y con la terminología de “relación estable de pareja” en vez de “unión estable de pareja”.

El Codi, en el citado artículo 179, exige para el ejercicio de la tutela que el cónyuge o la persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja, conviva con el incapaz. Circunstancia que no estima necesario reiterar expresamente en el artículo 7 (aunque sí habla de “conviviente”), por cuanto, por definición, la convivencia es requisito *sine qua non* para que pueda hablarse de unión estable.

e) Alimentos. Los miembros de la pareja estable tienen, ex artículo 8, la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado.

A lo antes dicho y a los artículos 259 y ss. del Código de familia nos remitimos.

f) *Función pública.* Según el artículo 9 y en relación con la función pública de la Administración de la Generalitat, los convivientes gozan de los beneficios siguientes:

- a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.
- b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra.
- c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras convive. Esta reducción es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando.

Ya pusimos de relieve con anterioridad que, según el artículo 10, para hacer valer los derechos del artículo precedente, si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública dos años antes de ejercerlos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años.

2) *Extinguida la unión.*

Antes de entrar en el examen de estos efectos, debemos detenernos en el examen de las causas de extinción. Causas que enumera el artículo 12.1 y son las siguientes:

- a) *Por común acuerdo.*
- b) *Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.*
- c) *Por defunción de uno de los miembros.*
- d) *Por separación de hecho de más de un año.*
- e) *Por matrimonio de uno de los miembros.*

El mutuo acuerdo no debe plantear problemas. Estamos ante un “divorcio” consensuado sin necesidad de ningún requisito de tiempo, a diferencia de lo que sucede en materia de separación y divorcio matrimonial

(*vide* arts. 81 y 86 C.c.). Sí será necesario, por cuanto así lo determina con carácter general el apartado 2 del propio artículo 12, que los dos miembros de la “ex-uni3n” dejen sin efecto la escritura p3blica de constituci3n, si 3sta se hubiere otorgado. No nos parece muy correcto que este apartado 2 hable de “documento p3blico” de constituci3n, cuando el art3culo 1 exige “escritura p3blica”, por cuanto ambos conceptos, de todos es sabido, no son iguales (ex art. 1.216 y concordantes del C.c.).

La voluntad unilateral es una vuelta al “repudio”, como destaca GARRIDO MELERO. En este supuesto la ley exige que dicha decisi3n unilateral sea notificada fehacientemente al otro. Tambi3n, con el compa1ero reci3n citado, entendemos que esta notificaci3n supondr3 o deber3 ser considerada como un “dejar sin efecto” la escritura p3blica de constituci3n.

Otra causa que no admite paliativos es la muerte de uno de los miembros. *Mors omnia solvit* y punto. Equiparable a la muerte debe ser la declaraci3n de fallecimiento, como opina GARRIDO MELERO, al igual que lo es en el matrimonio (art. 85 C.c.). Lo que ocurre es que para declarar el fallecimiento hay que esperar, seg3n los casos, diez, cinco o dos a1os (art. 193 C.c.), y si en el matrimonio la espera abre las puertas a otro nuevo (art. 46,2.º C.c.), en el supuesto de la uni3n estable la separaci3n de hecho de m3s de un a1o mata al perro y se acaba la rabia. Parece que en este caso de muerte no ser3 necesario que el sobreviviente deje sin efecto la escritura p3blica de constituci3n. El art3culo 12.2 deber3 haber precisado m3s.

La separaci3n de hecho de m3s de un a1o tambi3n es causa de extinci3n de la uni3n estable. En la pr3ctica consideramos que esta causa ser3 de aplicaci3n excepcional, por cuanto es mucho m3s f3cil, c3modo y expeditivo acudir a la voluntad unilateral.

Y el 3ltimo supuesto, tambi3n de repudio, es el matrimonio de uno de los miembros. Nos parece extra1o que en este caso la Ley no exija la notificaci3n fehaciente al otro; puede que sea por eso de la publicidad del matrimonio. Lo que s3 ser3 necesario es que se deje sin efecto el documento p3blico de constituci3n. Desde otro punto de vista la inclusi3n de esta causa no nos parece acertada, por cuanto o los miembros de la pareja, est3n de acuerdo y este caso queda subsumido en la letra a) (com3n acuerdo) o no lo est3n y nos sumergimos en la letra b) (voluntad unilateral).

Examinadas las causas, veamos los efectos. Al respecto diferenciaremos: a) Efectos en vida de los dos convivientes y b) efectos en caso de defunci3n de uno de los miembros de la pareja.

a) *Efectos en vida de los dos convivientes.*

a') *Revocación de poderes.* En una norma correlativa a la contenida en el artículo 102.2.º del C.c. para la admisión de demanda de nulidad, separación o divorcio en la esfera matrimonial, el artículo 12.3 de la nueva Ley establece que la extinción de la unión “implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro”. En el supuesto de la letra c) del apartado 1) (defunción de uno de los miembros) el efecto revocatorio que se predica es superfluo por aplicación del artículo 1.732.3.º del C.c.

a'') *Compensación económica.* En forma similar a lo establecido en el artículo 41.1 del Código de familia, el artículo 13 establece que el conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

Este derecho es compatible con la pensión periódica regulada en el artículo 14, si bien deben reclamarse ambos conjuntamente a efectos de su adecuada ponderación (art. 16.1). El plazo para la reclamación, también de ambos derechos, es el de un año a contar desde el cese de la convivencia (art. 16.2). La prueba de este cese será evidentemente complacida en el caso de separación de hecho [letra d) del artículo 12].

El pago de la compensación debe hacerse efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde que se haya reconocido. Se satisfará en metálico, salvo que haya acuerdo entre las partes o si la autoridad judicial, por causa justificada, autorizare el pago con bienes del conviviente obligado (art. 16.3). Hemos utilizado la expresión “autoridad judicial”, que es la recogida en el artículo 41.2 del Código de familia, por cuanto la que emplea la Ley de uniones estables de pareja —“juez o jueza” en la versión castellana, y “jutge o jutgessa” en la catalana— no nos parece de recibo, dicho sea con todos los respetos.

a''') *Pensión periódica.* En forma harto distinta de la pensión compensatoria que regulan los artículos 84 a 86 del Código de familia, el artículo 14 de la Ley reconoce a cualquiera de los miembros de la pareja el derecho a reclamar al otro, al cesar la convivencia, una pensión alimenticia periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes:

- Si la convivencia hubiere disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, o
- si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida.

Este derecho, que ya hemos visto debe reclamarse conjuntamente con la compensación económica y en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia, se extingue, en todo caso, en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión; por las causas generales de extinción del derecho de alimentos (art. 271 del Código de familia: muerte del alimentista o del obligado, reducción de rentas o patrimonio del obligado, mejora de las condiciones de vida del alimentista, etc.); desde el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente; y en el supuesto de tener a su cargo hijos (gramaticalmente comprende a ambos sexos), cuando la atención a los mismos cesa por cualquier causa o éstos (¿por qué aquí el legislador catalán no habla de “éstos o éstas”?) lleguen a la mayoría de edad o son emancipados, salvo los supuestos de incapacidad (art. 16.4).

La pensión alimentaria periódica será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca (art. 16.5).

No recoge la Ley, a diferencia del Codi, la posibilidad de que el juez establezca medidas para garantizar el pago de la pensión y que pueda fijar criterios objetivos y automáticos de actualización dineraria. Tampoco contempla la forma ni el medio de pago (según el art. 85 del Codi, la pensión debe pagarse en dinero, por mensualidades “avançades” –que se traduce, ¡oh, Dios!, como avanzadas, en vez de adelantadas–; admitiéndose, además, la posibilidad de sustituir la pensión por la entrega de bienes en dominio o usufructo, por acuerdo entre las partes o, en defecto de éste, por resolución judicial).

a””) *Guarda y régimen de visitas de los hijos*. El artículo 15 que regula la materia habla de “visita” en singular y de “los hijos y de las hijas”. Cuanto mejor es la redacción del Código de familia en su artículo 76 en sus dos versiones (“fills i visites”; “hijos y visitas”).

Según dicho artículo 15 –que también vuelve a utilizar la expresión “juez o jueza”– los miembros de la pareja, en caso de que tengan hijos comunes, pueden pactar cuál de los dos tendrá su guarda y custodia, así como el régimen de visitas del miembro de la pareja que no tenga la guarda. A falta de acuerdo, la autoridad judicial decidirá en beneficio de los hijos, oyéndoles previamente si tienen suficiente conocimiento o doce años o más.

Una más sobre traducción literal. Tanto este artículo como el 82 del Codi utilizan la exposición “tenir prou coneixement”, que se traduce por “tener suficiente conocimiento”. ¿No hubiera sido más técnico emplear la terminología consagrada de “tener suficiente juicio” –vide, por ejemplo el art. 156 del C.c.–?

a””) *Prohibición temporal de formalizar otra unión estable*. El ar-

título 17, que lleva como título el de “Efectos de la ruptura unilateral”, establece en su apartado 1 que “En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona mediante escritura pública (¿y sin ella?) hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior”. Cualquier acto que contravenga esta prohibición será nulo (apartado 2 del propio art. 17).

Dos consideraciones o cuestiones nos plantea este precepto. La primera es la relativa a qué supuestos de extinción es aplicable. Según la rúbrica del artículo a los de “ruptura unilateral”; según el texto a los de “ruptura” simplemente. Obsérvese cómo en el supuesto de uniones estables homosexuales el artículo 29, tanto en su rúbrica como en el texto, alude únicamente a los efectos de la ruptura. ¿Quiérese decir que se están contemplando supuestos distintos? Es difícil definirse. Ruptura, según el Diccionario de la Lengua es “ 1. Acción y efecto de romper. 2. Rompimiento de relaciones entre personas” y romper, en su acepción pronominal figurada es: “22. Romper con uno –manifestarle la queja o disgusto que de él se tiene, separándose de su trato o amistad”. En el sentido gramatical puede hablarse de ruptura tanto si la separación se produce de mutuo acuerdo, como si es por voluntad unilateral. Si así lo entiéramos se aplicaría lo prevenido en el artículo 17.1 a los supuestos de extinción de la unión por común acuerdo, por voluntad unilateral de uno de los miembros, por separación de hecho de más de un año y por matrimonio. Sólo quedaría excluido el caso de la defunción, pues en él no cabe descubrir voluntariedad. Si consideramos que prevalece la rúbrica del precepto, la prohibición de formalizar otra unión estable en escritura durante seis meses se aplicaría únicamente a la causa b) del artículo 12, o sea, extinción por voluntad unilateral de uno de los miembros, notificada fehacientemente al otro. Les dejamos en libertad para elegir una u otra interpretación.

La segunda consideración nos hace retroceder a lo que expusimos al tratar el artículo 1.1. A la duda de si cuando la unión se constituye en escritura pública es necesaria o no la convivencia ininterrumpida de dos años. Es posible que de este artículo 17 se desprenda otro argumento fundamental para concluir que no es necesario, por cuanto sólo se requiere, a lo máximo, una convivencia de seis meses.

b) *Efectos en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja.*

b') *Ajuar de la vivienda común.* El superviviente tendrá –según establece el art. 18.1– la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos,

si procede, en su haber hereditario. Es un derecho similar al que reconoce el artículo 35 del Codi al cónyuge sobreviviente no separado judicialmente o de hecho (el llamado derecho de predetracción). Anecdóticamente constataremos cómo en el texto catalán, tanto de la Ley que examinamos como del Codi, se habla “dels estris” y que en el texto castellano se traduce por “utensilios” en la ley de uniones estables de pareja y por “enseres” en el Código de familia. También anecdóticamente, y autoconstituido en Defensor de la Lengua, digamos que el término “superviviente”, utilizado hasta tres veces en este artículo 18, traducción de “sobrevivent” una vez y de “supervivent” dos, no nos resulta adecuado. Con ello no mantenemos que sea inexacto, por cuanto es equivalente a sobreviviente y a supérstite, pero sí que en castellano su opción normal es la referida al que sobrevive a una catástrofe, y en lenguaje también normal o vulgar, catástrofe no se aplica, aunque particularmente lo sea, al fallecimiento de una persona por causas naturales. Nos habría complacido más –sobre gustos no hay nada escrito– que se respetasen las terminologías tradicionales en Derecho de sobreviviente o supérstite (arts. 492, 837, 838, 954 y 1.321 C.c., como botones de muestra; y, sin buscar fuera de, arts. 35 y 36 del Codi).

De esta atribución del ajuar se excluye –según el propio art. 8.1– los bienes propiedad del conviviente premuerto que consistan en joyas (“joies” en catalán en los dos textos; en castellano “joyas” para nuestra Ley, “alhajas” para el Codi) u objetos artísticos, u otras que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto, en especial los muebles de procedencia familiar.

b”) *Derecho a residir en la vivienda común y a ser alimentado.* Durante el año siguiente a la muerte de uno de los convivientes –dice el art. 18.2–, el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda común, con la facultad de tomar posesión de la misma, y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio. Es el equivalente al año de viudedad establecido en el artículo 36 del Codi a favor del cónyuge sobreviviente no separado judicialmente o de hecho. De nuevo la traducción es distinta. Tanto en un texto legal como en el otro la palabra catalana es “habitar”; en la Ley de uniones estables equivale a “residir” y en el Código de familia a “habitar”.

Completa el propio artículo 18.2 la regulación del modo siguiente:

— Independencia de este derecho de los otros que puedan corresponder al superviviente (sobreviviente en el Codi; “supervivent” en las dos versiones catalanas) en virtud de la defunción del premuerto. En el Código de familia una vez se utiliza el singular (“este derecho”), quizás por considerar que los dos que atribuye (“habitar” y “ser alimentado”)

quedan englobados en la rúbrica general “El año de viudedad”; en todos los demás emplea el plural (“los derechos”, “los pierde”). Por el contrario la Ley de uniones estables solamente utiliza el singular (“este derecho”),

— como excepción no se reconocen los expuestos derechos (habitar y ser alimentado) en el caso de que el premuerto haya atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia con una duración temporal superior a un año. Lógico, pues al que ya tiene estos derechos no hay por qué atribuirse los y menos con inferior extensión (tanto en cuanto a facultades como a tiempo), y

— este derecho (otra vez singular) se pierde si durante el año el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona (¿es indiferente de qué sexo?) o descuida gravemente sus deberes hacia los hijos o las hijas comunes con el premuerto.

b””) *Derechos arrendaticios*. Si el difunto era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos (art. 18.3).

Derecho que ya reconoce el artículo 16 de la LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) a favor de “la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”. Si la unión estable se ha constituido en escritura pública y en este supuesto no es precisa la convivencia durante dos años ininterrumpidos, al remitirse el artículo 18.3 de nuestra Ley a lo prevenido en la LAU, resultará que si no han transcurrido los dos años el conviviente del arrendatario no tendrá derecho a subrogarse a pesar de que sea miembro de unión estable, salvo que hubieran tenido descendencia común.

b””) *Sucesión intestada*. Ningún derecho se reconoce al supérstite en la herencia del premuerto. Toda vez que sí se reconocen derechos en la sucesión intestada cuando se trate de uniones homosexuales (*vide* art. 34), en principio dudamos de si se trataba de un error que sería subsanado *a posteriori*. Pero no es así. En el caso de unión estable heterosexual no hay reconocido ningún derecho en la sucesión intestada de los convivientes. A la durísima crítica de LLEBARÍA SAMPER nos remitimos y con él constatamos el contrasentido que supone que el legislador catalán proclame en el preámbulo de la Ley que “en estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables «coincidente» con el creciente nivel de la aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad”, hasta el punto de “que se detecta entre la población catalana

una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia” y no reconozca para ellas derechos abintestato. No se entiende –continúa diciendo LLEBARÍA SAMPER– cómo la misma aceptación social mayoritaria puede permitir que, ante el fallecimiento de uno de los convivientes sin testamento, herede antes su hermano, sobrino o la Generalitat, que el compañero/a con el que convivió los últimos, por ejemplo, quince años.

II. Unión estable homosexual

A) *¿A quiénes se aplica la Ley?* Según el artículo 19 “las disposiciones de este capítulo (el II de la Ley) se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista”.

De este artículo, juntamente con los dos siguientes (arts. 20 y 21), se desprenden como requisitos los siguientes:

- Homosexualidad por definición (dos hombres/dos mujeres).
- Mayoría de edad. Deben entenderse también excluidos los emancipados como en el supuesto de uniones heterosexuales.
- No estar unidos por vínculo matrimonial, ni formar pareja estable con otra persona. Estas dos circunstancias no se exigen, como ya hemos visto, tratándose de uniones heterosexuales, admitiéndose, incluso expresamente, que uno o ambos miembros estén ligados por vínculo matrimonial (véase art. 1.3). Este tratamiento diferenciado no lo encontramos en el artículo 4 de la citada Ley aragonesa 6/1999 de parejas estables no casadas.
- Inexistencia de parentesco. Sin límite en línea recta por consanguinidad o adopción y hasta el segundo grado tratándose de colaterales, sean también por consanguinidad o adopción.
- Vecindad civil en Cataluña de al menos uno de los miembros de la pareja.
- Y convivencia marital. Aquí la Ley no exige una convivencia estable con una duración ininterrumpida de dos años como mínimo. La unión estable (?) se acredita mediante escritura pública otorgada conjuntamente y produce todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia (art. 21.1 y 2); o lo que es lo mismo, la unión estable (?) nace con la escritura y la convivencia marital, en su sentido más propio o estricto, no juega, a pesar de lo que prescribe el transcrito artículo 19 (“que conviven maritalmente”).

B) Efectos.

1) *Durante la convivencia.* Reitera la Ley en su artículo 22 lo prevenido en el ya examinado artículo 3, partiendo asimismo del principio de autonomía de la voluntad y estableciendo reglas para el caso de inexistencia de pacto. Damos, pues, por reproducido lo consignado respecto de:

a) *Gastos comunes.* Artículo 22.2, idéntico al 3.2 y con su mismo error (el citado artículo femenino “la”); artículo 23, igual al artículo 4, definidor de qué se entienden por gastos comunes, y artículo 24 que reproduce el artículo 5 en materia de responsabilidad solidaria por razón de las obligaciones contraídas en sede de gastos comunes.

b) *Dominio, disfrute y administración de los bienes.* Cada miembro de la pareja conserva estos derechos respecto de sus bienes en defecto de pacto (art. 22.2 *in fine*, idéntico al inciso final del art. 2.2).

Se reitera, asimismo, la regulación contenida en el artículo 11 en orden a la disposición de la vivienda común, en el artículo 28.

c) *Adopción.* Se les niega el derecho a adoptar en forma conjunta, por cuanto no hay un artículo similar al 6.

d) *Tutela.* El artículo 25 es idéntico al artículo 7, reconociéndose al conviviente en el caso de incapacidad de uno de los miembros de la pareja, el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa. Lo que sucede es que se olvida que el artículo 179 del Código de familia sólo reconoce esta preferencia a favor del conviviente de sexo distinto. ¿Qué criterio debe prevalecer dado que ambas leyes son de la misma fecha?

e) *Alimentos.* También se establece esta obligación con carácter preferente (art. 26, igual al art. 8).

f) *Función pública.* Otro precepto de contenido idéntico al correlativo de uniones heterosexuales (art. 27; igual al art. 9).

Dado que este tipo de uniones sólo nacen por escritura pública (art. 21), no existe un artículo que se corresponda con el ya estudiado artículo 10, respecto a la forma de hacer valer los beneficios respecto de la función pública (acta de notoriedad acreditativa de la convivencia y del transcurso de dos años).

2) Extinguida la unión.

Las causas de extinción contenidas en el artículo 30 son reproducción exacta de las enumeradas en el artículo 12 (común acuerdo, voluntad unilateral, defunción, separación de hecho y matrimonio). También se exige a ambos miembros, aunque sea separadamente, el dejar sin efecto “la escritura pública en que se constituyó” (art. 30.2). Acertadamente se utili-

za el término de “escritura pública”, a diferencia del artículo 12 que lo cambia sin razón por el de “documento público”, con lo cual este artículo 30 es congruente con el artículo 21.1; y suprime, también acertadamente, el inciso “en su caso” del artículo 12, por cuanto ya sabemos que las uniones homosexuales sólo se constituyen en escritura pública (art. 21.1) y no es posible la “usucapión” (convivencia ininterrumpida de dos años como mínimo).

Los efectos concretos de la extinción de la unión son:

a) En vida de los convivientes.

a') *Revocación de poderes.* Producida la extinción se produce la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro (art. 30.3, idéntico al 12.3).

a'') *Compensación económica.* En el artículo 31.1 se confiere este derecho a aquel de los convivientes que hubiere trabajado para el hogar común o para el otro conviviente sin retribución o con retribución insuficiente. Este apartado es reproducción literal del ya examinado artículo 13.

También el artículo 32 reproduce lo prescrito en el artículo 16 (compensación compatible con la pensión alimenticia, reclamación conjunta, plazo de un año para la reclamación, extinción de la compensación a los tres años y compensación en metálico salvo acuerdo o si el juez o jueza –¡qué mal nos sigue sonando!– autorice el pago con bienes, etc., etc.). Lógicamente se suprime la referencia a los hijos por cuanto de momento esto no parece factible... salvo en películas, aunque ya comienzan a oírse opiniones en contrario.

a''') *Pensión periódica.* Se reconoce este derecho en el artículo 31.2 en términos similares al artículo 14, con la única variante de que se elimina toda referencia, como *causa petendi*, a la de tener a su cargo hijos o hijas comunes.

a''''') *Guarda y régimen de visitas de los hijos.* No se recoge por cuanto no puede haberlos.

a''''') *Prohibición temporal de formalizar otra unión estable.* El artículo 29 es semejante al artículo 17. A destacar como diferencias: 1.^a que la rúbrica no es “efectos de la ruptura unilateral” sino solamente “efectos de la ruptura”. A lo que dijimos al comentar el artículo 17 nos remitimos; 2.^a que no hay alusión a la escritura pública referida a la nueva formalización, por cuanto las uniones homosexuales sólo pueden formarse de esta manera ex artículo 19; y 3.^a que al establecer el *dies a quo* se habla de “escritura pública” y no de “documento público” como hace, con imprecisión, el artículo 17.

Una pregunta aplicable a los dos supuestos (arts. 17 y 29): ¿a qué otras uniones estables se refieren?, ¿a heterosexuales, a homosexuales o a ambas?

b) Efectos en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja.

b') *Ajuar de la vivienda común.* En el artículo 33.a), se reconoce al superviviente (“;tornem-hi!”) el derecho de detracción del artículo 18.1. La única variante es que se excluyen no sólo las “joyas u objetos artísticos”, sino que se añaden los “históricos” (“objetos artísticos o históricos”).

b'') *Derecho a residir en la vivienda común y a ser alimentado.* Se atribuye al supérstite en el artículo 33.b), el derecho a residir que hemos comentado al estudiar el artículo 18.2. No se le confiere la facultad de tomar por sí posesión de la vivienda y como causa de extinción no se contempla obviamente la de descuidar gravemente sus deberes hacia los hijos comunes habidos con el premuerto.

El derecho a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio, tampoco se reconoce a favor del sobreviviente.

b''') *Derechos arrendaticios.* Puede subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos (art. 33.c).

También nos remitimos a lo dicho al examinar el artículo 18.3.

b''''') *Sucesión intestada.* A diferencia de lo que ocurre en las uniones estables heterosexuales, en las homosexuales se reconocen a favor del supérstite los derechos que enumera el artículo 34.

En Derecho catalán, en la sucesión intestada el cónyuge sobreviviente es llamado en segundo lugar, después de los hijos y descendientes pero antes que los ascendientes (art. 333 del Código de Sucesiones, Ley 40/1991, de 30 de diciembre). Se le reconoce, además, en concurrencia con hijos y descendientes, el usufructo de toda la herencia; usufructo que no puede extenderse a las legítimas ni a las donaciones por causa de muerte o a los legados hechos en codicilo a favor de otras personas (art. 331 del Código de Sucesiones). Derechos que no se adquieren cuando estuviere separado por sentencia firme o de hecho con ruptura de la unidad familiar, por consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio. Y derecho de usufructo universal que se pierde, por contraer nuevo matrimonio o pasar a vivir maritalmente de hecho con otra persona (arts. 334 y 331 del Código de Sucesiones, en relación con los arts. 81, 82 y 86 del C.c., referidos a las causas de separación y divorcio aplicables en todo el territorio nacional y que el legislador catalán ha respetado por entender que, aunque

el art. 149.1.8.º de la Constitución no reserva estas materias al Estado, las cuales están incluidas en el art. 9 del Estatuto, su regulación en el Código de Familia era “inadecuada coyunturalmente” –Vide el apartado III de su Preámbulo–).

Comienza el artículo 34 de nuestra Ley por establecer que “en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja de la cual consta la convivencia, el supérstite tiene, en la sucesión intestada, los derechos siguientes...”. Dado que la única unión estable homosexual que reconoce la Ley es la constituida en escritura pública (art. 19), la ambigua expresión “de la cual consta la convivencia” consideramos que sólo puede entenderse referida no a la prueba de la existencia, por cuanto mejor y más fácil prueba que la escritura pública de formalización de la unión no puede haber, sino a la efectiva convivencia al tiempo del fallecimiento. Trasladando los criterios del Código de Sucesiones referidos al matrimonio: que no se haya producido la extinción de la unión por las causas del artículo 30, que los miembros de la pareja no hayan acordado cesar en la convivencia aunque sea informalmente, y que la vida por separado pueda probarse, pueda constatarse.

Los derechos que se reconocen son:

a) En concurrencia con descendientes o ascendientes, una “cuarta cuasiviudal”, como la denomina GARRIDO MELERO. “El conviviente supérstite –dice el art. 34.1.a)– que no tenga medios económicos suficientes para su adecuado sustento puede ejercer una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia. También puede reclamar la parte proporcional de los frutos y las rentas de la herencia percibidas desde el día de la muerte del conviviente o de su valor en dinero”. (Compárese, aunque sólo sea por curiosidad, lo prevenido en este artículo con el art. 379 del Código de Sucesiones).

En este supuesto –“a contrario”, no en los que veremos seguidamente– serán de aplicación los siguientes criterios (apartado 2 del propio art. 34):

- Que para fijar la cuantía del crédito se deducirán los bienes y derechos que el premuerto ha atribuido al conviviente en su herencia (particularmente nos parece más correcto “hubiera”), aunque éste renuncie, en unión con los propios del superviviente y con las rentas o salarios que éste percibe, que serán capitalizados, a este efecto, al interés legal del dinero (véase art. 382, párrafo 2.º, del Código de Sucesiones),
- que la cuantía del crédito se limita a los bienes o dinero necesarios para proporcionarle al superviviente medios económicos suficientes

para su adecuado sustento, aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior. Esta es la redacción literal de la letra b) del apartado 2 del artículo 33 y que nos parece enrevesada hasta más no poder. Teniendo en cuenta que en la letra a) del apartado uno la cuantía de este derecho no es fija, no es una cuarta parte, sino “hasta la cuarta parte” y que según la letra b) del apartado 2 que acabamos de reproducir “la cuantía del crédito se limita a”, el último inciso (“aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior”) parece que lo que quiere decir –y así lo hace con mayor precisión el art. 382, párrafo 2.º, del Código de Sucesiones– es que la cuantía de la cuarta se disminuirá en la medida necesaria para que el supérstite sólo obtenga los medios económicos suficientes para su adecuado sustento, y

- que el crédito a favor del conviviente superviviente se pierde por renuncia posterior al fallecimiento del causante; por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del superviviente antes de reclamarla (parece claro que será causa de pérdida cualquier convivencia, no sólo de las reguladas en la nueva Ley, por cuanto se une con la disyuntiva “o” la alternativa de “nueva pareja”; sigue la duda de si hetero u homosexual); por su fallecimiento sin haberla reclamado, y por la prescripción al cabo de un año a contar desde la muerte del causante (véase art. 384 del Código de Sucesiones, donde la prescripción de la cuarta vidual se produce por el transcurso de cinco años).

b) Si no hay descendientes ni ascendientes del premuerto, en concurrencia con colaterales de éste, dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos o hijas de éstos, si han premuerto, el derecho es a la mitad de la herencia.

c) Y a falta de las personas indicadas en el apartado anterior, el supérstite tiene derecho a la totalidad de la herencia.

A estos dos últimos supuestos [letras b) y c)] no son de aplicación, ya lo hemos dicho, las reglas o criterios del apartado 2 que acabamos de examinar.

b””) *Sucesión testada*. “El conviviente supérstite –dice el art. 35– tiene en la sucesión testada del conviviente premuerto el mismo derecho establecido por el artículo 34, en el apartado 1,a (la cuarta), con aplicación de los criterios del apartado 2”.

A diferencia de lo que sucede en las uniones estables heterosexuales, en las homosexuales se reconoce al conviviente supérstite un derecho similar a la cuarta vidual, antigua cuarta marital proveniente del Derecho Romano, en los términos ya examinados al comentar el artículo 34.

III. Cuestiones procesales

“En tanto el Estado no legisle –establece la Disposición adicional– sobre las materias reguladas por la presente Ley y sobre la competencia judicial correspondiente, corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento mediante los procedimientos establecidos”.

El Grupo Socialista del Congreso ha presentado ya un proyecto de Ley sobre aspectos procesales de nuestra Ley (la Ley 1.º/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, de uniones estables de pareja), que se ha admitido a trámite y publicado en el B.O.Cortes-Congreso del 15 de febrero de este año (Serie B, n.º 276-1).

En este proyecto se propone que los procesos que se susciten en relación con la extinción de una unión estable, hetero u homosexual, en vida de los convivientes, se sustancien por los trámites incidentales previstos en la disposición adicional quinta de la Ley 7/1981, de 7 de junio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, salvo las letras b), e), i) y k) (art. 1). Tenemos la impresión de que la Ley que se quiere citar es la Ley 30/1981, de 7 de julio.

También se determina:

- Que las peticiones de mutuo acuerdo se tramitarán por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria (art. 3). Procedimiento al que, en cualquier momento, las partes pueden acogerse (art. 2).
- Que será juez competente en los procesos contenciosos el de primera instancia del domicilio común; si residieren en partidos judiciales distintos lo será, a elección del demandante, el del último domicilio común o el de residencia del demandado; si no tuviesen domicilio ni residencia fijos, la demanda podrá ser presentada en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, también a elección del demandante; y en los procesos de mutuo acuerdo, será competente el del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de ellos (art. 4).

IV. Cuestiones fiscales

En la Disposición final primera, la Generalitat, en el marco de sus competencias, se reserva el derecho a regular por Ley el trato fiscal específico que proceda a cada una de las dos formas de unión a que hace referencia la Ley en el IRPF y en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en lo referente a las adquisiciones por título sucesorio.

La Generalitat ha cerrado el círculo de posibles formas de convivencia regulando, al margen del matrimonio y de las uniones estables de pareja, las situaciones convivenciales de ayuda mutua promulgando la Ley 19/1998, de 28 de diciembre (“Diario Oficial de la Generalitat” n.º 2801, de 8 de enero de 1999, y BOE n.º 35, del 10 de febrero siguiente), en cuyo artículo 1 se dispone que las disposiciones de esta Ley “son aplicables a las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas”. Pueden ser titulares de estas relaciones las personas mayores de edad, sin parentesco entre ellas en la línea recta, pudiendo ser parientes en la línea colateral sin límite de grado, o simplemente amigos o compañeros (art. 2.1). El número de convivientes sin parentesco queda limitado a cuatro (art. 2.2) y quedan excluidas las personas con vínculos matrimoniales subsistentes o que formen una unión estable de pareja (art. 2.3).

Dejando a un lado esta nueva Ley, de la que puede que algún día nos ocupemos, respecto de la de uniones estables de pareja nos parece que ha debido satisfacer a pocos. Es un querer y no poder, o mejor, un querer y no querer al tiempo. Si se ha partido de que la sociedad catalana muestra un creciente nivel de aceptación de este tipo de uniones ¿por qué su regulación no se ha llevado a sus lógicas y máximas, consecuencias? Quizás se ha pretendido un imposible y de seguro que parejas estables de hecho continuarán viviendo felices y contentas fuera del marco de esta o de cualquier otra Ley semejante.

¡Ah! Se me olvidaba. Una recomendación a quien corresponda, sincera, cargada de buenas intenciones y hecha con el debido respeto: cuando se viertan al castellano textos de leyes similares, elíjase al mismo equipo de traductores y, a ser posible, con los máximos conocimientos jurídicos.

APUNTES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL URBANIZADOR EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA VALENCIANA

DELFÍN MARTÍNEZ PÉREZ

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **I.1.** Función notarial y Derecho Urbanístico Valenciano. **I.2.** Los resultados prácticos del nuevo modelo. **II.** EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN VALENCIANA. **II.1.** La LRAU: Una ley orientada a la producción de suelo urbanizado. La función del agente urbanizador. **II.2.** La incidencia de las modificaciones del marco normativo a partir del cual se desenvuelve la LRAU. **II.2.A.** *El sobresalto de la STC 61/1997.* **II.2.B.** *La articulación de la Ley 7/1997, de 14 de abril.* **II.2.C.** *La incidencia del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.* **II.2.D.** *El impacto de la Ley 6/1998, sobre la legislación valenciana y, especialmente sobre la figura del urbanizador.* **III.** CONCEPTO DE AGENTE URBANIZADOR. **IV.** TIPOS DE AGENTE URBANIZADOR. **IV.A.** El urbanizador persona pública. **IV.B.** El urbanizador persona privada. **V.** LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE URBANIZADOR. **VI.** LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE EL URBANIZADOR Y LA ADMINISTRACIÓN. **VI.A.** El urbanizador y el contratista o concesionario de obra pública: la contratación con terceros de prestaciones accesorias. **VI.B.** El urbanizador como concesionario de la gestión de un servicio público. **VI.C.** Los requisitos y las prohibiciones para ser agente urba-

nizador. **VII.** RÉGIMEN JURÍDICO: LAS FUENTES LEGALES. **VIII.** POSICIÓN JURÍDICA DEL AGENTE URBANIZADOR. SUS DERECHOS, FACULTADES O PRERROGATIVAS. **VIII.1.** Tres facultades preliminares. **A.** *La renuncia a la adjudicación.* **B.** *La aprobación por silencio administrativo.* **C.** *La subrogación de la alternativa original.* **VIII.2.** Las llamadas prerrogativas del urbanizador. **A.** *Ocupación de terrenos.* **B.** *Oposición a la parcelación y edificación.* **C.** *Derecho a la retribución.* **D.** *Asimilación a la Junta de Compensación.* **E.** *El proyecto de urbanización.* **F.** *El proyecto de reparcelación forzosa.* **G.** *La expropiación con pago en terrenos.* **H.** *La expropiación con pago en metálico.* **I.** *La recaudación de las cuotas de urbanización.* **VIII.3.** La retribución del urbanizador. **A.** *Modalidades de la retribución.* **B.** *El beneficio de promoción del urbanizador.* **C.** *La retribución en metálico.* **D.** *La retribución en terrenos.* **E.** *La reparcelación y los proindivisos.* **VIII.4.** La cesión de la adjudicación. **VIII.5.** La conclusión normal del programa: la recepción de las obras de urbanización. **IX.** EL RÉGIMEN DE GARANTÍAS DEL URBANIZADOR.

I. Introducción

La figura del agente urbanizador, especialmente en el denominado régimen de gestión indirecta, es el **verdadero centro de gravedad** del proceso de transformación urbanística del suelo, diseñado por la Ley de la Generalidad Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística (1).

En la Comunidad Valenciana, desde la publicación de la LRAU en 1994, ha crecido exponencialmente la inversión privada en obra pública urbanística, siendo un fenómeno generalizado en todo tipo de municipios. La figura del agente urbanizador ha tenido una fuerte acogida social, produciendo importantes cambios en la forma de gestionar el urbanismo, suscitando una fuerte competencia en los concursos para seleccionar a dicho agente, y diferenciando cada vez más el papel de “urbanizador” de la condición de propietario de los terrenos afectados.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana, se están otorgando multitud de instrumentos públicos notariales en los que convergen elementos de claro interés general, con otros de índole estrictamente privada, alcanzándose unos resultados prácticos que confirman el acierto del legislador.

(1) Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalidad Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística. En adelante LRAU.

Este pequeño análisis de su estatuto jurídico encuentra su justificación tanto por la confianza que, en Derecho Urbanístico, el legislador de la Comunidad Valenciana viene depositando en la función notarial, como por los resultados prácticos que la aplicación del nuevo modelo están poniendo de manifiesto.

1.1. Función notarial y Derecho Urbanístico Valenciano

Como dice MANUEL ÁNGEL RUEDA PÉREZ (2), la función notarial **proporciona seguridad jurídica con la información y asesoramiento** a los interesados, para lograr la adecuación de la voluntad negocial a la legalidad urbanística; pero también la proporciona con el ejercicio de un **control de legalidad, jurídico-privado** (capacidad, legitimación, consentimiento...) y **jurídico-público** (exigencias de la legislación urbanística), de los negocios jurídicos.

La intervención del notario se desarrolla en los dos niveles citados, asesoramiento y control de legalidad, básicamente en las mutaciones jurídico-reales sobre bienes inmuebles sujetas a licencia, tales como la declaración de obra nueva y las segregaciones o divisiones de fincas.

Sin embargo, la LRAU ha reclamado un mayor protagonismo de la función notarial que el TRLS92 (3), especialmente en la articulación de los aspectos público y privado que presentan algunas de sus instituciones o procedimientos más novedosos, buscando la seguridad preventiva que la intervención notarial puede proporcionar en el tráfico jurídico entre los particulares, y entre éstos y la Administración.

En el ámbito de las llamadas **actuaciones aisladas** (4), la LRAU exige expresamente la **formalización en escritura pública de las reparcelaciones**

(2) Cfr. su trabajo en "Urbanismo y Función Pública". Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Civitas. Madrid 1998. Cfr. su ponencia "Aspectos notariales y registrales de la ejecución del planeamiento". *Curso sobre Ordenación Autonómica del Territorio*. Fundación Universidad-Empresa ADEIT. Valencia 1999.

(3) Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

(4) Aunque habría que introducir algunas matizaciones, cabe establecer una equivalencia básica entre estas actuaciones aisladas y las denominadas "actuaciones asistemáticas" en la Ley 8/90, de 25 de julio (Capítulo VIII del Título I), y en el RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio (Capítulo III del Título IV). Podríamos decir que una actuación aislada "tiene por objeto una sola parcela y supone su edificación, así como, en su caso, la previa o simultánea urbanización precisa para convertirla en solar, conectándola con las redes de infraestructuras y servicios existentes e inmediatas" (Art. 6 LRAU). Sin embargo, esta terminología no es nueva puesto que, al menos, aparece utilizada ya en el Texto Refundido (RD 1346/76, de 9 de abril, arts. 117.1 y 3, y 134.2), y en el Reglamento de Gestión Urbanística (RD 3288/1978, de 25 de agosto, arts. 36.1 y 3, 78.3 y 194.a).

voluntarias y de las transferencias de aprovechamiento (5), sin necesidad de previa inscripción de estas últimas en el Registro de Transferencias –al prescindir de la propia existencia del mismo– para su acceso al Registro de la Propiedad (6).

En el ámbito de las **actuaciones integradas (7)**, la LRAU regula la **colaboración de la función notarial en la tramitación de procedimientos administrativos** tales como el de elaboración y aprobación de programas para el desarrollo de actuaciones integradas, pieza clave en la creación de suelo urbano, es decir, en la actividad urbanística típica, que la propia LRAU configura como **función pública (8)**.

Y así regula un procedimiento simplificado, **mediante un acta notarial**, del trámite de información pública de un **programa** (auténtico instrumento de planeamiento) (9), y/o de un **proyecto de urbanización (10)**, y/o de un **proyecto de reparcelación (11)**.

La LRAU exige el **“otorgamiento de documento público”** para constituir una **agrupación de interés urbanístico (12)**, expresión que indudablemente se refiere a una escritura pública notarial, aunque algún autor estima que la palabra **“otorgamiento”** es un concepto genérico, común para los documentos privados (13).

(5) El artículo 76, apartados 2 y 5 de la LRAU, dispone que “... 2. La transferencia de aprovechamiento debe ser aprobada por el Ayuntamiento, según propuesta suscrita por los interesados y formalizada en escritura pública... 5. Las reparcelaciones voluntarias... se tramitarán y aprobarán por la Administración actuante conforme a lo dispuesto en los números anteriores...”. Con ello el legislador valenciano parece considerar suficiente con la intervención de la función notarial, para poner fin a la inseguridad jurídica en el tráfico privado de aprovechamientos, puesta de manifiesto por algunos autores como Antonio Manuel MORALES MORENO (*El aprovechamiento urbanístico transferible*. Montecorvo, 1995).

(6) La Disposición final primera de la LRAU, establece una regulación específica de las materias que son objeto, entre otros, de los artículos 185 al 193 TRLS92, (Transferencias de aprovechamientos); 194 al 196 TRLS92 (Intervención de la Administración en las Transferencias de Aprovechamiento); 197 y 198 TRLS92 (Registro de Transferencias de Aprovechamientos), cuyo contenido deja de ser de aplicación en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

(7) Una actuación integrada tiene como objetivo típico la obra pública de urbanización de una unidad de ejecución, es decir, el suelo urbanizable, conforme a una única programación (artículos 6.3, 9, 29.1 y 33 de la LRAU, entre otros).

(8) Artículos 1.1, 7 y 9 en relación con los artículos 44, 45 y 48 LRAU, por ejemplo.

(9) Artículo 48 LRAU.

(10) Artículo 53 LRAU.

(11) Artículo 69.1.A LRAU.

(12) Las agrupaciones de interés urbanístico asocian a propietarios de terrenos que representan más de la mitad de la superficie afectada y cuentan con poder dispositivo sobre los mismos, con el objeto de competir por la adjudicación de un programa, o colaborar con un urbanizador hasta el punto de poder determinar la adjudicación preferente al mismo. Artículos 49 y 50 LRAU.

(13) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo V. Civitas 1999. Página 102. Resulta un tanto incomprensible, desde un punto de vista

Por otra parte la LRAU establece el otorgamiento de “escritura pública” para formalizar la **cesión de la condición del urbanizador** a favor de tercero (14); y regula la posibilidad de realizar requerimientos recíprocos que, en el trámite de exposición al público de un proyecto de reparcelación forzosa, pueden determinar la **sustitución de cuotas de condominio, de algún propietario o del propio urbanizador, por indemnizaciones en metálico**, o incluso la compensación a la Administración de excedentes de aprovechamiento en metálico (15).

Los ejemplos apuntados, que no son los únicos, ponen suficientemente de manifiesto la importancia que el legislador de la Comunidad Autónoma Valenciana atribuye a la función notarial (16), desplazando en ocasiones hacia la misma gran parte de la actividad mecánica de la tramitación administrativa. Con ello trata de conseguir dos grandes ventajas: por una parte la descongestión de la Administración que se desprecupa de esas actividades; y por otra parte garantizar la rapidez y eficacia que la intervención notarial puede imprimir a los procedimientos (17), sin merma de la seguridad jurídica.

I.2. Los resultados prácticos del nuevo modelo

La aplicación práctica del modelo establecido por la Comunidad Autónoma Valenciana, presenta unos resultados suficientemente esclare-

científico, el esfuerzo de este magnífico tratadista de derecho hipotecario y registrador de la propiedad, por interpretar cualquier pronunciamiento del legislador sobre el título formal inscribible, ya se trate de una disposición estatal o autonómica, en el sentido de considerar que se está refiriendo a todo tipo de documento público, entre los que el instrumento público notarial no parece ser el idóneo, aunque siempre es una alternativa. En este sentido interpreta, por ejemplo, las disposiciones del legislador catalán, valenciano y navarro, incluso cuando establecen literalmente la necesidad de otorgar escritura pública. Al hablar de la reparcelación voluntaria, cuando la generalidad de los autores no ponen reparo alguno a la necesidad de formalizarla en escritura pública, GARCÍA GARCÍA llega a defender que es un título “complejo y mixto”, compuesto de la escritura pública y la certificación administrativa que la aprueba.

(14) Artículo 29.11 LRAU.

(15) Así el artículo 70 LRAU establece que “... El requerimiento deberá cursarse en escritura pública y ofrecer, simultánea y alternativamente, el pago o el cobro de la indemnización en metálico, dando un plazo de diez días al requerido para elegir si prefiere pagar o cobrar a un mismo precio unitario. Si un propietario no atiende un requerimiento debidamente formulado se entenderá que prefiere cobrar y la reparcelación se aprobará en consecuencia...”.

(16) Ya en el preámbulo de la LRAU se dice que “... El Urbanismo... no está exento de implicaciones en el sistema notarial...”.

(17) Así lo considera también Manuel Ángel RUEDA PÉREZ en su ponencia “Aspectos notariales y registrales de la ejecución del planeamiento”. *Curso sobre Ordenación Autonómica del Territorio*. Fundación Universidad-Empresa ADEIT. Valencia 1999.

cedores de su solvencia instrumental que GERARDO ROGER (18), tomando como base al balance realizado por la Subsecretaría de Urbanismo de la Generalitat Valenciana, a los 40 meses de la entrada en vigor de la Ley (noviembre de 1994/abril de 1998), resume así:

A.- En dicho periodo se estaban tramitando 736 programas de actuación, de los que 496 ya se habían aprobado, siendo el 72 por ciento de los mismos de iniciativa privada, y el 28 por ciento restante de iniciativa pública (19).

B.- La media de duración en la tramitación administrativa de los programas ha alcanzado los 7 meses (220 días) (20), siendo el cobro en aprovechamiento el sistema de retribución preferentemente elegido por el agente urbanizador, oscilando el mismo en la horquilla comprendida entre el tercio y los dos tercios del aprovechamiento total.

C.- La superficie afectada por la urbanización asciende a 7.000 hectáreas, correspondiendo el 26 por ciento a unidades de actuación en suelo urbano, y el 74 por ciento restante a sectores de suelo urbanizable, desarrollando las previsiones de los vigentes planes generales.

D.- La capacidad potencial de viviendas en dichos suelos asciende a 163.000 viviendas, y las obras de urbanización suponen un compromiso cierto de inversión de unos 110.000 millones de pesetas, aproximadamente (21).

(18) Gerardo ROGER FERNÁNDEZ, arquitecto, urbanista, Técnico en Ordenación del Territorio y profesor de Urbanística de la Universidad Politécnica de Valencia, fue Director General de Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Generalitat Valenciana desde 1990 hasta 1995, es decir, en el momento de elaborarse y publicarse la LRAU. Ponencia "El agente urbanizador en la nueva legislación autonómica". *Curso sobre Ordenación Autonómica del Territorio*. Fundación Universidad-Empresa. ADEIT. Valencia 1999.

(19) Aunque no contamos con estudios tan detallados de los años anteriores a la publicación de la LRAU, pueden servirnos de referencia los datos que maneja Francisco BLANC CLAVERO, abogado y Jefe del Servicio de Coordinación Territorial de la Generalitat Valenciana, en "Los efectos de la LRAU sobre la actividad urbanizadora: causas y consecuencias de una transformación" *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, XXIX 112. 1997: "... Sabemos que durante el quinquenio 90-94, previo a la LRAU, en la Comunidad Valenciana se gestionaban, por término medio, unas 40 actuaciones "poligonales" cada año (entre 35 y 45)... Sabemos también que en la mitad de los casos, aproximadamente, se procedía por "cooperación", es decir, a impulso de la iniciativa pública, y en la otra mitad por "compensación", bajo promoción de iniciativa privada. Las actuaciones por "expropiación", aunque las había, eran poco frecuentes..."

(20) Hay que tener en cuenta que el trámite evaluado, en muchos casos, sirve también para aprobar el plan parcial y el proyecto de reparcelación simultáneamente.

(21) No se trata, como dice Francisco BLANC CLAVERO en el trabajo citado, de meras propuestas pues, de acuerdo con la LRAU, sus promotores "han tenido que contraer compromisos formales de ejecutar sus proyectos a corto plazo, y asegurarlos mediante la presentación de avales bancarios y otro tipo de garantías".

Este modelo que se inicia por la Comunidad Autónoma Valenciana y, partiendo de la afirmación del planeamiento, compagina la función pública del urbanismo con la actividad empresarial que la urbanización conlleva (22), pendiente de ser completado en materia de gestión mediante el oportuno desarrollo reglamentario (23), está siendo recogido en otras legislaciones autonómicas.

Así, la Ley 2/98, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, la Ley 5/99, de 25 de marzo, de Urbanismo de Aragón, la Ley 5/99, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León y la Ley 9/99, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias recogen y desarrollan, en mayor o menor medida, algunos de los aspectos instrumentales básicos de la LRAU.

II. El contexto de la legislación valenciana

Un análisis del estatuto jurídico del urbanizador, necesariamente debe realizarse integrándolo en el **proceso de aprobación y ejecución de un programa de actuación integrada**, en el que aquél es el actor principal, es decir, desde el momento en que aparecen los promotores –candidatos a urbanizador–, hasta la conclusión de la ejecución del programa y extinción de la adjudicación.

En primer lugar trataremos de situar brevemente a la figura del agente urbanizador en su ámbito temporal y espacial, es decir, en el contexto de la **Legislación Urbanística de la Comunidad Valenciana**.

(22) Dice Gerardo ROGER FERNÁNDEZ que "... la respuesta a los problemas urbanísticos españoles no está tanto en la "liberalización del suelo" como en la "liberalización del proceso de producción del mismo...". Ponencia "Necesidad de un nuevo modelo de hacer ciudad" contenido en el libro *El urbanismo, hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva Ley estatal* coordinado por Luciano PAREJO ALFONSO y publicado por el Instituto Pascual Madoz, en 1997.

(23) El Decreto 77/1996, de 16 de abril, aprobó el Reglamento de los órganos urbanísticos de la Generalidad; la Orden del 29 de marzo de 1996 de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, aprobó la Instrucción sobre la homologación de planes a la LRAU; el Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, aprobó el Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana; y la Orden del 26 de abril de 1999 de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, aprobó el Reglamento de Zonas de Ordenación Urbanística de la Comunidad Valenciana. Sin embargo se sigue esperando la aprobación de un Reglamento de Gestión que desarrolle la Ley, resolviendo los problemas que a lo largo de estos años se han puesto de manifiesto.

II.1. La LRAU: Una ley orientada a la producción de suelo urbanizado. La función del agente urbanizador

La LRAU exige que contemplemos el proceso urbanizador desde su particular enfoque, prescindiendo de los esquemas formados con la legislación estatal (24), y se concentra en la **producción o reforma de infraestructuras públicas de urbanización**, faceta de la actividad urbanística donde considera que brilla más su carácter público.

La LRAU pone claramente de manifiesto que no es lo mismo edificar que urbanizar (25). Por ello, en el perfil que hace de la **actuación aislada**, fija como objetivo esencial la “**edificación**” de una parcela (26), cuya gestión puede ser “pública o privada”, estando los particulares habilitados para ello, salvo prohibición o contravención de la ordenación urbanística (27).

Por el contrario considera a la **actuación integrada** como una “**obra pública de urbanización**” (28) cuya ejecución “es siempre pública” (29).

Aun a riesgo de ser simplistas y para comprender mejor algunas afirmaciones que se harán posteriormente, podemos dibujar a grandes trazos el esquema básico de la LRAU si nos fijamos en las siguientes características peculiares:

1ª. El plan contiene la calificación o clasificación urbanística del suelo, atribuye volúmenes y usos edificables, pero **no programa el**

(24) El Preámbulo de la LRAU en su apartado III dice: “El propósito de la presente Ley, excede de la mera adaptación de la ley estatal a las peculiaridades territoriales autonómicas... Respetando esas coordenadas que el legislador estatal ha reclamado para su propia competencia, se pretende aquí formular una alternativa al sistema vigente, en su dimensión propiamente urbanística...”.

(25) Urbanizar es construir calles y espacios públicos, redes de abastecimiento, saneamiento, alumbrado y demás servicios públicos; mientras que edificar es construir en los solares resultantes de la acción de urbanizar. Urbanizar es crear y ejecutar las infraestructuras de uso y dominio público que determinarán los límites de los diferentes solares de propiedad privada. Ver Gerardo ROGER FERNÁNDEZ “Necesidad de un nuevo modelo de hacer ciudad” en *El urbanismo hoy...*, coordinado por Luciano PAREJO ALFONSO y publicado por el Instituto Pascual Madoz, en 1997.

(26) Artículo 6. 5 y 6 de la LRAU.

(27) Artículo 7.1 de la LRAU.

(28) Artículo 6.3 de la LRAU.

(29) Artículo 7 de la LRAU. Esta determinación, observa BLANC CLAVERO, supone una importante diferencia respecto a la legislación estatal, donde sí había actuaciones de carácter privado –por sistema de compensación–, en las que los propietarios del suelo por ese solo hecho se convertían en responsables, frente a la administración competente, de la ejecución de tal actuación. Ver “Los programas y la programación en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística”, en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*. Generalitat Valenciana, Conselleria de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, Valencia, 1995.

suelo (30). La clasificación del suelo no determina que su propietario quede obligado a ejecutar la urbanización, ni le atribuye gratuitamente un mayor valor.

2ª. El plan **atribuye la clasificación** de suelo como urbano o urbanizable, según someta su desarrollo urbanístico al **régimen de ejecución** de actuaciones aisladas o integradas (31).

3ª. La ejecución de las **actuaciones integradas** es siempre pública, pero puede hacerse **directamente** por la Administración, o **indirectamente** delegando la condición de agente urbanizador a favor de una iniciativa empresarial, que no precisa ser propietaria de los terrenos, seleccionada en pública concurrencia (32).

4ª. **No existen los sistemas clásicos de actuación** –compensación, cooperación y expropiación– como regímenes predeterminados y aplicables por igual a todas las fincas de la unidad de ejecución, sino que cabe la posibilidad de combinarlos en el seno del programa. Por ello la actuación se califica de “integrada” en vez de “sistemática” (33).

5ª. La incorporación del suelo al proceso urbanizador viene determinada por un tipo específico de plan: el **programa**, cuya aprobación requiere, además de la selección de un concreto **agente urbanizador**, que éste garantice y asuma la responsabilidad de ejecutar la actuación (34).

6ª. **La reparcelación forzosa**, además de buscar los mismos fines que la legislación estatal, sirve para **articular la retribución al urbanizador**, pero no existe un procedimiento de elaboración del proyecto de reparcelación (35) que es sometido directamente a información pública (36).

Por tanto, **la clasificación del suelo, los sistemas de actuación y su gestión directa o indirecta, se articulan de forma flexible en el seno del programa, sobre la base de la figura del urbanizador, agente público responsable y garante de la ejecución de la actuación urbanística.**

(30) Artículo 29.1 de la LRAU. El suelo calificado como urbanizable por el plan, aunque contenga una ordenación pormenorizada, tiene la condición de no programado, y así se pronuncia el artículo 10 de la LRAU.

(31) Artículo 9 de la LRAU.

(32) Artículo 7 de la LRAU.

(33) Artículo 6.2 y 3 de la LRAU.

(34) Artículos 7.2 *in fine*, y 29, apartados 6, 7 y 8, de la LRAU.

(35) La Disposición final primera de la LRAU determina que, el contenido de los artículos 162 al 165 y los apartados 1b, 1f, 1g, 2 y 3 del artículo 166 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRLR92), no son de aplicación en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

(36) Artículo 69.1.A de la LRAU.

II.2. La incidencia de las modificaciones del marco normativo a partir del cual se desenvuelve la LRAU

En los últimos años se han publicado varias disposiciones legales y sentencias, cuya incidencia sobre la figura del agente urbanizador, debemos al menos apuntar.

II.2.A. *El sobresalto de la STC 61/1997*

El 20 de marzo de 1997, el Tribunal Constitucional dictó una importante y largamente esperada sentencia, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de numerosos preceptos de la llamada Ley del Suelo de 1992 (37), muchos de ellos calificados como de “carácter básico” o de “aplicación plena” por la Disposición final única de la misma.

La publicación de esta sentencia supuso un enorme sobresalto (38), al plantearse su incidencia sobre el ordenamiento urbanístico valenciano, pues eran declarados nulos e inconstitucionales determinados preceptos del TRLS92 a los que la LRAU se remite expresamente (39).

La interpretación mayoritaria entendió que, aunque la sentencia anulaba preceptos del Texto Refundido, **el legislador valenciano había incorporado a su derecho interno el contenido sustantivo de los mismos** y, al no haber declaración sustantiva de inconstitucionalidad (sino por razón de competencia), ésta no afectaba a la Ley Valenciana (LRAU) ni a las normas que de ella se derivan (40).

(37) Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

(38) En el ámbito propio de la Comunidad Autónoma Valenciana, la publicación de la STC 61/1997 determinó la interrupción de los desarrollos normativos de la LRAU, especialmente los trabajos, bastante avanzados, de confección del Reglamento de Planeamiento.

(39) Ver ejemplos de remisión en los artículos 57, 58, 60, 63, 67, 69, 75, 83 y 89 de la LRAU.

(40) En este sentido la circular de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio dictada el 29 de abril de 1997. También quien fue Director General de Urbanismo y Ordenación Territorial en el momento de publicarse la LRAU, Don Gerardo ROGER FERNÁNDEZ (“Necesidad de un nuevo modelo de hacer ciudad”). Luciano PAREJO ALFONSO y Francisco BLANC CLAVERO, también se pronuncian en igual sentido al afirmar que “los términos literales en que el legislador autonómico efectúa la remisión al TRLS no dejan duda respecto a la voluntad del legislador autonómico de “congelarlos” como derecho propio e interno de la comunidad autónoma”, *Derecho Urbanístico Valenciano*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

II.2.B. La articulación de la Ley 7/1997, de 14 de abril

La Ley 7/1997, de 14 de abril, sobre medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales (41), suprime la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado, con lo que parece iniciar un cierto acercamiento a los criterios del legislador autonómico. Pero su artículo 2 plantea conflictos más directos con la LRAU.

De una parte, en el suelo urbanizable y en el suelo urbano incluido en una unidad de ejecución, el aprovechamiento subjetivo se amplía hasta el 90 % del aprovechamiento tipo, frente al 85 % establecido en la LRAU (42).

Por otra parte, en el suelo urbano no incluido en una unidad de ejecución, el aprovechamiento subjetivo y el tipo se equiparan, con lo que las transferencias de aprovechamiento prácticamente dejan de tener sentido en dicho suelo.

La Ley 14/1997, de 26 de diciembre de la Generalitat Valenciana, en su artículo 19 (43), incorpora al texto del artículo 60.2 de la LRAU los criterios de la disposición estatal; sin embargo, la cuestión no resulta pacífica y, tras la publicación de la Ley 6/98, con fecha 18 de mayo de 1998 se dictó, por la Subsecretaría de Urbanismo y Ordenación Territorial, una nueva circular aclaratoria sobre el régimen jurídico aplicable en la Comunidad Autónoma Valenciana ante la nueva Ley estatal (44).

II.2.C. La incidencia del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, norma, espe-

(41) Su origen está en el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, tramitado por el Congreso de los Diputados como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

(42) Ver los artículos 30.1.E y 63.3 de la LRAU. La Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio dicta el 29 de abril de 1997 una circular para aclarar a sus Servicios Territoriales su interpretación de la incidencia de la STC 61/1997 sobre la legislación urbanística valenciana, entendiéndolo que el porcentaje de cesión de aprovechamiento aplicable es el de la Ley 7/97.

(43) El artículo 19 de la Ley 14/1997, de 26 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, dispone: "A los efectos previstos en el artículo 60.2 de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística, el aprovechamiento subjetivo —o aprovechamiento susceptible de apropiación—, coincidirá, en el suelo urbano, con el aprovechamiento tipo de referencia. En suelo urbanizable será el 90 % del aprovechamiento tipo, salvo en áreas de reforma interior para las que el planeamiento establezca un porcentaje mayor".

(44) Los artículos 14.2.c y 18.4 de la Ley estatal 6/98, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones establecen, para los propietarios del suelo urbano y urbanizable, respectivamente, la obligación de cesión gratuita a la Administración actuante del suelo correspondiente al 10 por ciento del aprovechamiento, con carácter máximo.

rada y reclamada durante mucho tiempo, trata de dar una respuesta positiva y exhaustiva a las cuestiones planteadas en el cambiante mundo del Derecho urbanístico.

Publicado inmediatamente después de la STC 61/1997, de 20 de marzo, y mientras se encontraba en trámite parlamentario la LS98 (45), el mandato del legislador (julio de 1990) de publicarse en seis meses, se cumplió siete años después (julio de 1997), en plena época de desorientación legislativa, y bien podía haber esperado a la nueva Ley (46).

Su aplicación a la legislación de las Comunidades Autónomas requiere un serio esfuerzo interpretativo, dado que parte básicamente de la estructura jurídica articulada por el TRLS92, con escasísimas posibilidades de dar un cauce registral claro a las especialidades autonómicas.

Siendo la ordenación de los registros públicos una competencia exclusiva del legislador estatal (artículo 149.1.8 CE), nos encontramos con que éste no regula el acceso al Registro de la Propiedad de las especialidades autonómicas, ni el legislador autonómico tiene competencia para regularlo, existiendo algunas lagunas difíciles de resolver (47).

II.2.D. El impacto de la Ley 6/1998 sobre la legislación valenciana y, especialmente sobre la figura del urbanizador

El proyecto, que luego se convirtió en Ley, no era fruto de las exigencias del orden constitucional, por lo que hubo que adaptar su texto a la STC 61/1997 con cierta urgencia.

El texto del proyecto fue contemplado como una seria amenaza a la figura del urbanizador y a la propia LRAU (48), en la medida en que de

(45) Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

(46) En igual sentido crítico de pronuncia Manuel Ángel RUEDA PÉREZ. Cfr. su ponencia "Aspectos notariales y registrales de la ejecución del planeamiento". *Curso sobre Ordenación Autonómica del Territorio*. Fundación Universidad-Empresa ADEIT. Valencia 1999.

(47) En éste sentido resulta muy interesante el estudio realizado por Manuel Ángel RUEDA PÉREZ, Notario de Valencia, sobre las dificultades que plantea la inscripción de la adjudicación de las fincas de resultado a favor del urbanizador, cuando los propietarios han optado por retribuirle mediante la cesión de terrenos. Este supuesto no viene previsto en el Real Decreto 1093/97, a pesar de que el TR92 ya recogía esta posibilidad en el artículo 155.2 (afectado por la STC 61/97). Ponencia "Aspectos Notariales y Registrales de la ejecución del planeamiento". *Curso sobre Ordenación Autonómica del Territorio*. Fundación Universidad-Empresa. ADEIT. Valencia 1999.

(48) La LRAU está cimentada básicamente sobre esta figura y sobre los programas de actuaciones integradas. Esta interpretación del proyecto, adivinando un propósito contrario a la regulación de la figura de la empresa urbanizadora no propietaria del suelo, se puede encontrar en los trabajos de ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, "Necesidad de un nuevo modelo de hacer ciudad" y de PAREJO ALFONSO, Luciano, "El urbanismo en la encrucijada: ...", incluidos en la obra *El urbanismo, hoy...*, publicada por el Instituto Pascual Madoz en 1997.

sus disposiciones parecía desprenderse que las facultades de promover, gestionar y realizar la transformación del suelo urbanizable radicaban en los propietarios de los terrenos y sólo en ellos. Por ello sufrió algunas alteraciones, imputables a las enmiendas propuestas por la Generalitat Valenciana, con objeto de conseguir una mayor compatibilidad con la LRAU.

Dos principios destacaban, según BAÑO LEÓN (49), en el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados. En primer lugar la configuración del suelo urbanizable como categoría residual y reglada, evitando la discrecionalidad de la Administración, al definir como no urbanizable al suelo que debe ser protegido por sus específicos valores, según los artículos 9 y 10 del proyecto (50).

La segunda gran novedad era el reconocimiento de un derecho subjetivo de los propietarios a promover la transformación del suelo urbanizable, plasmado en la redacción de los artículos 4.3 y 12.2 del proyecto.

Estos dos aspectos más innovadores de la Ley fueron en gran parte cercenados en la tramitación parlamentaria.

Son varios los argumentos que se han expuesto y que permiten llegar a la conclusión de que la nueva Ley no ha afectado negativamente a la figura del urbanizador, y así:

- Entre la redacción del artículo 4 del proyecto y del de la Ley, se produjeron notables cambios, destacando la inclusión del último inciso del apartado 3, que alude a la “... *participación de la iniciativa privada, aunque ésta no ostente la propiedad del suelo*” (51).

(49) Ver el trabajo de Don José María BAÑO LEÓN, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, “La nueva Ley del Suelo y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997”. Documentación Administrativa nº 252-253 (septiembre 98 - abril 99). *Instituto Nacional de Administración Pública*.

(50) Así resulta del tenor de los artículos 9 y 10 del proyecto que viene recogido en la obra *El urbanismo, hoy...* ya citada. Sin embargo, el texto legal definitivamente aprobado, en su artículo 9.2, permite clasificar como suelo no urbanizable aquellos terrenos que el Planeamiento General “...considere inadecuados para un desarrollo urbano”, con lo que parece que se concede una potestad enteramente discrecional a la Administración para decidir qué clase de terrenos quedan fuera del proceso urbanístico.

(51) El artículo 4 del proyecto decía: “Acción urbanística e iniciativa privada. 1. Los propietarios deberán contribuir, en los términos establecidos en las Leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá la dirección última del proceso sin perjuicio de respetar la iniciativa de aquellos. 2. La gestión pública suscitará, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada y la sustituirá cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios” (referencia tomada de la obra *El urbanismo, hoy...* ya citada). Pero el Anteproyecto que se manejaba antes de la STC 61/97 tenía una redacción más contundente en su apartado 2, pues establecía que: “... 2. Serán de aplicación preferente los sistemas de actuación con participación privada, salvo que por razones de interés general o de urgencia hubieran de aplicarse sistemas de gestión pública”.

- En el mismo artículo 4 se califica la gestión urbanística como “pública”, lo que viene a coincidir con el artículo 1 de la LRAU donde se señala que la actividad urbanística es una “función pública”.
- Aunque establezca, entre los derechos de los propietarios del suelo, el de completar la urbanización –urbano– o promover su transformación –urbanizable–, ello no implica necesariamente que quien no sea propietario no pueda urbanizar pues, en caso contrario, estaríamos privando de tal facultad a la propia Administración.
- Siendo la gestión urbanística competencia de las Comunidades Autónomas, resulta coherente que el Estado no regule la participación de los no propietarios en la actividad urbanística.
- El artículo 12 establece que los derechos y deberes de los propietarios, se ejercerán de acuerdo con la normativa que, sobre planeamiento, gestión y ejecución establezca la legislación urbanística en cada caso aplicable, lo que implica una remisión expresa a la legislación autonómica, reiterada en los artículos 13 y 15.

Por su parte la Administración (52) se ha manifestado claramente partidaria de esta interpretación favorable a la compatibilidad entre la Ley 6/1998 y la LRAU.

Y en igual sentido se pronuncian algunos autores como Don FRANCISCO PERALES MADUEÑO (53), que intervino en la comisión técnica que elaboró el proyecto de la nueva Ley estatal.

III. Concepto de agente urbanizador

Utilizando el Preámbulo de la LRAU, podemos trazar un primer perfil del urbanizador como ***“la persona –pública o privada– que asume voluntariamente, en un momento dado, la responsabilidad pública de promover la ejecución de una actuación urbanizadora, en desarrollo de la calificación urbanística del suelo prevista por el plan”***.

(52) Ver la Circular de la Subsecretaría de Urbanismo y Ordenación Territorial de la Generalidad Valenciana, de 18 de mayo de 1998; esta posición ya se había puesto de manifiesto por este mismo organismo en las Jornadas sobre la nueva Ley del Suelo, celebradas en Valencia, en abril del mismo año.

(53) “La Reforma del Régimen Urbanístico del Suelo y de las Valoraciones”. Revista *Ciudad y Territorio*, número 113/114.

IV. Tipos de agente urbanizador

La LRAU considera que la actividad urbanística es una **función pública**, pero la Administración tiene una capacidad gestora limitada para desarrollar plenamente dicha función.

El **TRLS92** parte de la consideración de que el propietario del suelo es, necesariamente, un perfecto gestor de dicha función pública. Por ello las facultades urbanísticas que integran el derecho de propiedad se adquieren por el cumplimiento de funciones públicas (urbanizar, equidistribuir), y su incumplimiento en los plazos establecidos determina consecuencias desfavorables para la propiedad.

La **LRAU** opta por otra solución, estableciendo que la gestión de esa función la lleve a cabo la Administración directamente, o por medio de la figura del agente urbanizador.

El concepto anteriormente apuntado, nos permite distinguir inicialmente entre el urbanizador **persona-pública** y el urbanizador **persona-privada**, cuyos estatutos jurídicos son lógicamente diferentes.

IV.A. El urbanizador persona pública

En el régimen de gestión directa es la propia Administración pública la que actúa como urbanizador (54), lo que determina la existencia de ciertas peculiaridades derivadas del **estatuto jurídico propio** de la misma.

Aunque lo más frecuente es que se trate del Ayuntamiento, también puede ser una **entidad local supramunicipal** e incluso de la propia **Generalidad** (55).

La Administración también puede **actuar a través de una sociedad mercantil**, que opere en régimen de Derecho privado, configurando un estatuto jurídico especial, cuyo estudio excede de este trabajo.

Sólo apuntaremos que la LRAU (56) permite que sociedades **de capital íntegramente público**, o de economía mixta, es decir, **con participación de capital privado**, puedan beneficiarse, en desarrollo de los programas, del ejercicio de potestades públicas más allá de

(54) Según el artículo 7.2 de la LRAU, en tales supuestos "la totalidad de las obras e inversiones son financiadas con fondos públicos y gestionados por los órganos o empresas de la Administración".

(55) Artículos 7.3, 29.6, 42 y 99 de la LRAU.

(56) Artículo 99 LRAU.

lo que podría serlo un urbanizador en el régimen de gestión indirecta (57).

Para ello exige que tengan un **fin** específico (58) y les impone unas determinadas normas de actuación en los **actos de enajenación** (59).

IV.B. El urbanizador persona privada

En el régimen de gestión indirecta el urbanizador puede ser cualquier persona, física o jurídica, sea o no propietaria del terreno, (artículos 44, 45 y 46 de la LRAU).

Estaremos, por regla general, en presencia de una actividad empresarial que no carecerá de ánimo de lucro (60), por lo que parece aconsejable que, si se trata de una persona jurídica, se acuda a las formas mercantiles (61), siendo frecuente la utilización de figuras como uniones temporales de empresas.

Establece la LRAU una figura asociativa, la **agrupación de interés urbanístico** (62), integrada por propietarios de terrenos, y que puede actuar como agente urbanizador, si bien le dedica una regulación excesivamente escueta.

Destacaremos que tienen un estatuto interno propio y peculiar (63), pero también hay que apuntar que las agrupaciones de interés urbanístico pueden adquirir, si lo solicitan, **personalidad jurídica pública**. En tal caso, se registrarán por el derecho privado, excepto en lo relativo a su orga-

(57) También admite la posibilidad de que un particular inste la programación, previa autorización y con sujeción a las condiciones que procedan, de áreas reservadas por la Administración, en el marco de los patrimonios públicos de suelo, para legitimar la expropiación en ellas de bienes inmuebles, o someterlos a tanteo o retracto administrativo.

(58) Debe tratarse de actuaciones con el fin exclusivo de crear dotaciones públicas, promover suelo urbanizado para atender demandas sociales o construir viviendas de protección oficial (art. 99.3.A).

(59) La enajenación de los inmuebles adquiridos como beneficiarias del ejercicio de potestades públicas debe efectuarse en condiciones de pública concurrencia, y de forma que se dificulte el enriquecimiento injustificado de tercero (art. 99.3.C). La participación de capital privado requiere, además, su adjudicación en pública concurrencia u ofreciéndolo restringidamente a los propietarios afectados en condiciones de igualdad, y que la sociedad se constituya para una actuación concreta (art. 99.3.B).

(60) Artículo 67.1.d de la LRAU.

(61) Sociedad anónima, limitada, colectiva. comanditaria, unión temporal de empresas, etc.

(62) Artículo 49 LRAU.

(63) Especialmente la afección real de los terrenos de los propietarios asociados y el derecho a incorporarse a la AIU en cualquier momento, pues no se establece plazo.

nización, formación de voluntad de sus órganos y relaciones con la Administración actuante.

Como ponen de manifiesto **ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA**, este sometimiento a dos regímenes jurídicos, el privado y el administrativo, plantean problemas tales como los recursos contra sus acuerdos o la jurisdicción competente en cada caso, siendo deseable que su regulación se complete un poco más con el desarrollo reglamentario de la LRAU (64).

Hasta aquí hemos puesto de manifiesto la existencia de estatutos jurídicos especiales o con características especiales, por razón de la propia personalidad jurídico-pública del agente urbanizador.

A partir de ahora nos referiremos, fundamentalmente, a la figura del agente urbanizador persona-privada, que es el más característico del régimen de gestión indirecta.

V. La adquisición de la condición de urbanizador

Debemos distinguir entre la posición jurídica del candidato o aspirante a urbanizador, y el estatuto propio del agente urbanizador. Por ello hay que preguntarse **¿cuándo se adquiere la condición de urbanizador?**

Según el **artículo 47.8** de la LRAU, *“El derecho a ejecutar un plan o programa se adquiere, por los particulares, en virtud de acto expreso que debe ser publicado”* (65).

Por tanto, una vez que la Administración actuante resuelve la aprobación y adjudicación de un programa (66), se emplazará al adjudicatario para que suscriba los compromisos definitivos y preste la garantía de promoción (67).

Una vez formalizados los compromisos y prestadas las garantías de promoción, debe publicarse el acuerdo aprobatorio en el Boletín Ofi-

(64) ROMERO SAURA, Fernando y LORENTE TALLADA, José Luis en *El régimen urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 1996.

(65) El precepto contiene una regla de silencio positivo si existe una sola proposición de programación y adjudicación, y transcurre el plazo sin resolución expresa, siempre que sea el Ayuntamiento el competente para la aprobación definitiva.

(66) Mediante acuerdo siempre motivado, según el artículo 47.4 de la LRAU y, por tanto, en principio y como toda actuación administrativa, reglada o discrecional, susceptible de control jurisdiccional. Ver la conferencia de DELGADO BARRIO, Javier : “El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico”, transcrita en el libro *Urbanismo: Función Pública y protección de derechos individuales*. Civitas. Madrid, 1998.

(67) Artículo 47.6 de la LRAU. “La garantía de promoción es condición necesaria para que pueda procederse a la publicación del acto aprobatorio del Programa en el Boletín Oficial y, por tanto, para propiciar la entrada en vigor del Programa”. PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO en *Derecho urbanístico valenciano*, p. 333.

cial de la provincia (68), previa presentación del programa al Registro especial dependiente de la Consellería competente en materia de urbanismo (69).

A partir de este momento, nos referiremos, fundamentalmente, a la **posición jurídica del agente urbanizador adjudicatario del régimen de gestión indirecta**, por tanto, dejamos aquellas cuestiones que se plantean y se predicen del **candidato o aspirante a urbanizador**, pues son más propiamente objeto del estudio de la fase procedimental de aprobación del programa.

VI. La naturaleza de la relación jurídica existente entre el urbanizador y la Administración

La LRAU no califica la relación jurídica existente entre el urbanizador y la Administración, y la complejidad de la figura no permite adscribirla a ninguna de las relaciones contractuales administrativas típicas contenidas en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Aun partiendo del **carácter atípico de la relación jurídica entre la Administración y el urbanizador**, al constatar las diferencias y similitudes con el contratista de obra pública, y con el concesionario de un servicio público, podemos perfilar algunos aspectos de su posición jurídica.

VI.A. El urbanizador y el contratista o concesionario de obra pública: la contratación con terceros de prestaciones accesorias

Como pone de manifiesto **GÓMEZ-FERRER MORANT (70)** y desarrollan **PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO (71)**, las diferencias residen en la prestación y en la contraprestación.

(68) Artículo 59.4 de la LRAU.

(69) El artículo 49 de la LRAU ordena la presentación del Programa al Registro especial; tal presentación, si la aprobación del programa es de competencia municipal, determina los efectos previstos en el artículo 56 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, (control de legalidad de los acuerdos por la Administración de la Comunidad Autónoma). Hay supuestos en los que la aprobación definitiva del Programa corresponde a la Generalidad: ver lo dispuesto en los artículos 47.7, 52.2 y 54.1 de la LRAU.

(70) "El Agente Urbanizador en la LRAU", en *Comentarios a la LRAU*. Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes. Página 209. Valencia, 1995.

(71) *Derecho urbanístico valenciano*. Tirant lo Blanch, página 298. Valencia, 1997.

El urbanizador no percibe una **contraprestación** económica de la Administración en dinero (72), ni en los derechos de explotación de la obra durante un cierto tiempo (73). Percibe su retribución de los propietarios en solares edificables, o bien en metálico (74).

Una actuación integrada, además de una obra civil, supone una **prestación** mucho más compleja (gestionar las cesiones, realizar la equidistribución, regularizar las fincas, etc.). El urbanizador genera un nuevo espacio urbano, y ello justifica que su retribución incluya un **beneficio de promoción**, que va más allá del beneficio industrial del contratista (75).

El urbanizador (76), en el proceso de ejecución del programa, puede contratar con un tercero la realización material de determinada obra o servicio, sin transmitirle sus responsabilidades ante la Administración actuante (77), bastando con que de cuenta de ello a esta última (78).

Además, la LRAU (79) da a entender que el urbanizador no está obligado a ejecutar materialmente la obra de urbanización, ya que **puede ofertar en pública competencia la contrata de obra**, incluso aprovechando la información pública del proyecto de urbanización.

El agente urbanizador, por tanto, puede contratar la ejecución de la obra civil con terceros, articulando un **contrato regulado por el Derecho privado** (80); sin que se altere la responsabilidad del urbanizador (81), ni la transmita, en todo o en parte, al tercero con el que contrata.

(72) A diferencia del contrato de ejecución de obra. Artículo 120 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

(73) A diferencia del contrato de concesión de obra pública. Artículo 130 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

(74) Artículo 29.9 de la LRAU.

(75) Artículos 32.D.3 y 67.1.D de la LRAU.

(76) Artículo 29.11 de la LRAU.

(77) PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO entienden que “en la gestión indirecta, el agente urbanizador es libre de contratar, por medios civiles y con quien lo prefiera, la obra civil u otras prestaciones accesorias”, regla legal positiva “clara y bien coherente con el artículo 171 de la Ley 13/95”. Página 293 de *Derecho urbanístico valenciano*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

(78) Comunicación que puede tener por finalidad el facilitar la labor de policía del servicio, según PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO en *Derecho urbanístico valenciano*. Página 306.

(79) Artículo 67.4 de la LRAU.

(80) Libre de los condicionantes que impone el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, especialmente en su artículo 116.

(81) Artículo 66.6 de la LRAU.

VI.B. El urbanizador como concesionario de la gestión de un servicio público

Parece claro que entre la Administración actuante y el agente urbanizador existe una **relación concesional** (82), pero hay **ciertos matices que distinguen** a esta figura del concesionario típico regulado por el Título II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

En la concesión, el servicio existe con anterioridad a la relación contractual (83), y tiene carácter temporal (84) en relación con la actividad de servicio.

En la actuación integrada, el programa no puede existir sin urbanizador que asuma el compromiso de ejecutarlo, y se aprueba en el mismo acto en el que se adjudica. La adjudicación, aunque tiene un plazo determinado para su ejecución, agota o extingue el servicio, al quedar concluida la actuación integrada.

Por tanto, se trata de **una relación concesional de servicio público atípica**, pues su origen no es un contrato administrativo típico, y **especial** por razón de su objeto y de su régimen jurídico.

VI.C. Requisitos y prohibiciones para ser agente urbanizador

Cabe plantearse si para acceder a la condición de agente urbanizador, es exigible que se acrediten los requisitos impuestos por los artículos 15, 16 y 19, y no se incurra en las prohibiciones contenidas en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Ante ello se perfilan dos posiciones básicas, y así:

BLANC CLAVERO y PAREJO ALFONSO, entienden que, en la gestión indirecta, el agente urbanizador es libre de contratar, por medios civiles y con quien lo prefiera, la obra civil u otras prestaciones accesorias (85).

GÓMEZ-FERRER MORANT considera que el urbanizador *“no tiene por qué ser el ejecutor de la obra pública, por lo que no parece que tenga que demostrar su capacidad para llevarla a cabo por sí mismo”*; pero añade que, si debe realizar *“contratos con terceros para llevar a cabo las obras*

(82) Así GÓMEZ-FERRER MORANT lo define como concesionario de la función urbanística, mientras que PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO lo califican como concesionario de servicio público.

(83) Artículo 155.2 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

(84) Artículo 157 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

(85) PAREJO ALFONSO, Luciano y BLANC CLAVERO, Francisco en *Derecho urbanístico valenciano*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Página 293.

de urbanización, sería lógico prever los requisitos que deberán exigirse al adjudicatario de las obras en garantía del interés público” (86).

ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA coinciden con esta posición entendiendo que la contratación de la obra, en pública concurrencia, por parte del urbanizador, debe ajustarse a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio; ello se ve más claramente si va a producir los efectos previstos en el artículo 67.4 de la LRAU que, para el supuesto de existir discrepancias con motivo de una retasación de cargas, puede determinar la exclusión de un dictamen pericial (87). La garantía del propietario justifica, a juicio de dichos autores, esta limitación a las prerrogativas del urbanizador, sobre todo si tenemos en cuenta el carácter estimativo de la retribución de éste (88).

Parece que debemos coincidir con GÓMEZ-FERRER MORANT, ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA, en considerar la **materia insuficientemente regulada**, y que debería ser objeto de desarrollo reglamentario, al amparo de lo dispuesto en el artículo 29.13 de la LRAU.

Sin embargo, parece que debemos **interpretar restrictivamente cualquier limitación al derecho de participación reconocido en los artículos 44, 45 y 46 de la LRAU**. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en su artículo 7, en consonancia con el artículo 29.13 de la LRAU, determina la aplicación preferente de las disposiciones de esta última. Esta afirmación se hace más rotunda si la adjudicación se otorga atendiendo al hecho de estar el **programa suscrito, concertado o refrendado con los propietarios afectados**.

Por tanto, habrá que analizar cada caso concreto, pero, como dice BLANC CLAVERO y PAREJO ALFONSO, **no me parece que pueda considerarse como irregularidad invalidante de la adjudicación**, el hecho de no acreditar formalmente que se reúnen los requisitos y no se incurre en las prohibiciones. **Otra cosa es que la Administración actuante esté legitimada para denegar la adjudicación o resolverla**, si se incurre en una prohibición que evidencie el probable incumplimiento del programa (89).

(86) GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael en “El Agente Urbanizador en la LRAU”. Estudio incluido en *Comentarios a la LRAU*, publicada por la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalitat Valenciana. Valencia, 1995. Página 213.

(87) Así el artículo 67.4 de la LRAU dispone que “Se podrá prescindir del dictamen cuando el urbanizador justifique los costes propuestos en precios de mercado, contrastados con proposiciones suscitadas al ofertar en pública competencia la contrata de obra, lo que podrá hacer durante la información pública del Proyecto de Urbanización en la forma dispuesta por los artículos 46.3 y 48”.

(88) ROMERO SAURA, Fernando y LORENTE TALLADA, José Luis en *El Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Servicio de publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 1996. Página 419.

(89) Artículo 29.10 y 47.2 y 4 de la LRAU.

VII. Régimen jurídico: las fuentes legales

El apartado 13 del artículo 29 de la LRAU dispone que *“Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa se regirán por las normas rectoras de la contratación administrativa en lo que éstas no contradigan lo dispuesto por esta Ley ni sean incompatibles con los principios de la misma en los términos que reglamentariamente sean desarrollados...”*

En consecuencia, y en concordancia con lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (90), el sistema de fuentes aplicable a las relaciones jurídicas derivadas de la adjudicación de un programa, me parece que debe ser el siguiente:

En primer lugar se aplicarán con carácter preferente las disposiciones contenidas en la LRAU y en sus normas de desarrollo. Por lo tanto, en todo lo relativo a la preparación y formalización del programa, así como a las relaciones entre urbanizador y propietarios, se aplicará la LRAU, sus normas de desarrollo, y el propio programa (91). Ello sin perjuicio de los principios contenidos en la legislación estatal dictada en el marco competencial establecido por la Constitución y perfilado por la STC 61/1997 (92).

En segundo lugar se aplicarán las disposiciones reguladoras de la contratación administrativa, contenidas en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, y sus disposiciones de desarrollo, en lo que no fueren contradictorias con lo dispuesto en la LRAU ni incompatibles con los principios de la misma o de sus reglamentos. Nos estamos refiriendo al ámbito de las relaciones entre Administración y urbanizador.

En tercer lugar se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

VIII. Posición jurídica del agente urbanizador. Sus derechos, facultades o prerrogativas

La posición jurídica del agente urbanizador no resulta fácil de sistematizar, dado que se integra en la dinámica del programa, y sus relaciones jurídicas presentan frecuentemente un carácter trilateral.

(90) En relación con lo dispuesto en los artículos 5.2.b y 154.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

(91) El programa tiene fuerza normativa reglamentaria, y eficacia constitutiva de derechos y obligaciones, como dicen PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO en *Derecho urbanístico valenciano*. Página 303.

(92) Hoy contenidos básicamente en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y también en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Su posición jurídica **viene condicionada e integrada por el contenido y por el propio procedimiento de aprobación del programa**. Por ejemplo, si el programa se ha aprobado en régimen de adjudicación preferente el plazo de ejecución de la obra pública de urbanización será inferior (93).

Las relaciones jurídicas derivadas del programa presentan frecuentemente, como ha dicho algún autor, un carácter trilateral.

Así, lo que puede parecer una prerrogativa del urbanizador frente a los propietarios –la reparcelación forzosa– es en realidad una potestad pública que la Administración ejerce, a solicitud del urbanizador (94).

Por su parte, el ejercicio inadecuado de esas potestades públicas por la Administración, puede impedir el normal desarrollo de la actuación, en cuyo caso el adjudicatario tiene derecho a exigir una compensación (95).

Y es que, además, si el adjudicatario incumple sus obligaciones de gestión, y no redacta ni presenta el proyecto de reparcelación, responde de los daños causados a los propietarios o a otras personas, por no actuar con la diligencia de un buen empresario (96).

VIII.1. Tres facultades preliminares

En primer lugar apuntaremos tres previsiones muy concretas de la LRAU, cuando existe ya acuerdo aprobando el programa pero antes de su publicación, a saber:

A.- El adjudicatario puede renunciar a la adjudicación, si ésta supone compromisos distintos de los que él ofreció. A mi juicio, esta renuncia debe ser **expresa, motivada, fehacientemente documentada y notificada** a la Administración actuante, para evitar las posibles consecuencias derivadas de una renuncia sin causas justificadas (97).

B.- Cuando hay una sola proposición, con las condiciones legalmente exigibles, y transcurren cuarenta días sin que el Ayuntamiento dicte resolución expresa, se entiende aprobado y adjudicado el programa en sede municipal por silencio positivo; el proponente puede requerir al Ayunta-

(93) Así el artículo 50 de la LRAU establece como requisito imprescindible para aplicar el régimen de adjudicación preferente que, quien lo solicite, haya presentado una alternativa técnica de programa propia y original, y que se comprometa a ejecutarla en un plazo inferior a tres años.

(94) Artículo 66.2.A de la LRAU.

(95) Artículo 29.10 de la LRAU.

(96) Artículos 29.10 y 66.6 de la LRAU.

(97) Artículo 47.6 de la LRAU.

miento para que proceda directamente a la publicación de la adjudicación o a su traslado a la Consellería competente, según proceda (98).

C.- Quien formuló la alternativa técnica original, que sirvió de base para la aprobación del programa, puede **subrogarse en la posición jurídica del adjudicatario elegido**, solicitándolo al Ayuntamiento en los diez días siguientes a ser notificado del acuerdo de adjudicación (99).

No cabe esta posibilidad cuando se haya seleccionado al adjudicatario en función de sus posibilidades de colaboración con los propietarios afectados, ofrecidas y garantizadas en su propuesta.

VIII.2. Las llamadas prerrogativas del urbanizador

El urbanizador y los propietarios pueden articular sus relaciones en los términos que **libremente convengan** (100), siempre que respeten la ordenación urbanística (101).

A falta de acuerdo y cuando resulte necesario para desarrollar la actuación, **el urbanizador puede –y debe– solicitar la intervención de la Administración** para que adopte resoluciones obligatorias para todos, ejerciendo lo que la LRAU califica de “prerrogativas” del urbanizador, a saber:

A.- Solicitar la ocupación directa de los terrenos sujetos a reparcelación, y necesarios para desarrollar las infraestructuras de urbanización (102), en los términos previstos en la legislación estatal (103).

Si el propietario resulta ser acreedor neto en la cuenta de liquidación, **el urbanizador debe indemnizarle antes de ocupar** su finca originaria. (104) Sin embargo esto debe matizarse en el supuesto de que existan ter-

(98) Artículo 47.8 de la LRAU.

(99) Artículo 47.5 de la LRAU.

(100) Artículo 66.1 de la LRAU.

(101) Suponiendo que ambos sean personas privadas, pueden alcanzar libremente acuerdos jurídico-privados que, aunque no vinculan a la Administración, pueden haber sido determinantes, por ejemplo, para la adjudicación del programa (régimen de adjudicación preferente). Así se comprende que la LRAU sujete la tramitación y aprobación de una reparcelación voluntaria –concertada entre los afectados– a la misma simplicidad que establece para las transferencias de aprovechamiento (artículo 76.2 y 5 de la LRAU).

(102) Artículo 66.2.D de la LRAU.

(103) ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA entendían en su obra de 1996 citada que la LRAU se remite a lo dispuesto en el artículo 203 del TRLS92. Lógicamente al haberse derogado expresamente dicho precepto por la Ley 6/98, habrá hoy que estar a lo dispuesto por dicha Ley y por el Real Decreto 1093/1997.

(104) Artículo 70.G de la LRAU.

ceros con derechos inscritos sobre las fincas (arrendatarios, usufructuarios, acreedores...), en cuyo caso habrá que plantearse la posible consignación en defecto de acuerdo unánime.

B.- Oponerse a la parcelación y edificación en el ámbito de la actuación, hasta el pleno cumplimiento de las previsiones del programa. Hasta entonces el Ayuntamiento no puede otorgar licencias de parcelación o edificación, y debe dar audiencia al urbanizador. El titular de la parcela debe haber contribuido proporcionalmente a las cargas y garantizado la urbanización de misma simultáneamente, al menos, a su edificación (105).

C.- Exigir que los propietarios le retribuyan pagándole cuotas de urbanización o cediendo en su favor terrenos edificables de los que han de ser urbanizados en desarrollo de la actuación (106). La retribución del urbanizador merece estudiarse por separado con un poco más de detenimiento.

D.- Como perceptor de dicha retribución, tiene la consideración legal de Junta de Compensación a los efectos tributarios y registrales determinados por la ley estatal (107).

Cuando se publicó la LRAU el legislador autonómico carecía de competencias legislativas en materia fiscal, sin embargo, estableció esta previsión, cuyo estudio resulta interesante en el marco legislativo vigente.

E.- Puede y debe redactar y someter a la aprobación de la Administración el **proyecto de urbanización**, exigible para toda obra pública de urbanización (108).

El proyecto puede aprobarse **al mismo tiempo que el programa o posteriormente** (109). Debe aprobarse **junto al programa** si se solicita la adjudicación preferente a favor de una proposición que cuente con el apoyo de una agrupación de interés urbanístico (110).

Si se ha aprobado al mismo tiempo que el programa debemos tener presente:

1º.- Que la retasación de cargas (111) sólo procede con motivo de la aprobación del proyecto de urbanización o de sus reformados.

(105) Artículo 66.2.B en coherencia con el artículo 73, ambos de la LRAU, que dispone que "Los solares podrán ser edificados, por los particulares, cuando se hayan satisfecho las cargas y cánones de urbanización que graven su propiedad..."

(106) Artículo 66.2.C de la LRAU.

(107) Artículo 66.2.C *in fine* de la LRAU.

(108) Artículos 34 y 66.2.A de la LRAU.

(109) Artículo 45.1 de la LRAU. El artículo 32.B de la LRAU sólo exige que al programa se acompañe un anteproyecto, con los contenidos del artículo 29.4.

(110) Artículo 50.2.B de la LRAU.

(111) Artículo 67.3 de la LRAU.

2º.- Que la oferta en pública competencia de la contrata de obras, durante la información pública del proyecto de urbanización, permitirá al urbanizador prescindir del dictamen pericial (112) previo a la resolución administrativa, que dirima las discrepancias de los afectados con los costes presupuestados.

3º.- Que el propietario tiene derecho a oponerse a la retribución en terrenos cuando, disconforme con la proporción de terrenos que le corresponda ceder, solicite en documento público su pago en metálico, notificándolo al urbanizador y al Ayuntamiento dentro de los diez días siguientes a la aprobación del proyecto de urbanización (113).

E.- Puede y debe redactar y someter a la aprobación de la Administración, ante la falta de acuerdo con los afectados, el proyecto de reparcelación forzosa (114).

El proyecto puede aprobarse **al mismo tiempo que el programa o posteriormente (115)**. Debe aprobarse **junto al programa si** va suscrito por todos los propietarios de los terrenos afectados para solicitar la adjudicación preferente (116).

Podrá aprobarse antes que el de urbanización, cuando los propietarios estén conformes con la proporción de parcelas que corresponda percibir al urbanizador o cuando el programa prevea la retribución en metálico (117).

La LRAU no regula un procedimiento de elaboración del proyecto de reparcelación (118), que deja de ser un medio para definir los derechos de los propietarios, pues estos ya se deducen del aprovechamiento tipo que se haya fijado por el plan para el área reparcelable.

Es el instrumento para resolver los conflictos entre propietarios y urbanizador, adjudicando –forzosamente al no haber acuerdo– las parcelas edificables, y fijando la retribución del urbanizador.

G.- Promover proyectos de expropiación, como alternativa excepcional a la reparcelación forzosa, con pago del justiprecio en terre-

(112) Artículo 67.4 de la LRAU.

(113) Artículo 71.3 de la LRAU.

(114) Artículo 66.2.A de la LRAU.

(115) El artículo 68.4 *in fine* de la LRAU dispone que “la eficacia de la reparcelación forzosa requiere la programación de los terrenos afectados.

(116) Artículo 50.2.A de la LRAU.

(117) Artículo 71.4 de la LRAU.

(118) Ni tampoco indica expresamente la LRAU el plazo para su aprobación en sede municipal.

nos equivalentes (119), en los términos previstos por la legislación estatal (120).

Debe respetar todos los derechos y facultades de los que podría asistirse el propietario en la reparcelación forzosa. En estos supuestos hay que justificar la equivalencia entre el valor de los terrenos aportados y el valor de mercado de los terrenos adjudicados.

H.- Optar por la expropiación forzosa con pago del justiprecio en metálico, en actuaciones realizadas en áreas de excepcional aprovechamiento, adquiriendo compromisos también excepcionales (121).

I.- Solicitar de la Administración la recaudación ejecutiva de las cuotas de urbanización (122), aprobadas y tramitadas junto al proyecto de reparcelación (123), mediante apremio sobre la finca afectada, siendo los gastos generados por la recaudación ejecutiva de las cuotas de urbanización soportados por sus correspondientes propietarios (124).

La demora en el pago de tales cuotas devengará el interés legal del dinero a favor del urbanizador, que podrá convenir su aplazamiento con los obligados al pago (125).

VIII.3. La retribución del urbanizador

El coste de las inversiones, instalaciones, obras y compensaciones necesarias para ejecutar el programa, **será financiado por el urbanizador**, quien podrá repercutirlo en la propiedad de los solares resultantes (126).

Los propietarios afectados por una actuación integrada pueden adoptar una de estas dos actitudes:

- 1.^a Entender que el desarrollo urbanístico de sus terrenos les perjudica o no les conviene, pudiendo solicitar en documento público y **antes del acuerdo aprobatorio, la expropiación** y pago de los mismos (127).

(119) Artículo 69.3 de la LRAU.

(120) Artículo 217 del TRLS92, derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, que en su artículo 37 extiende el mecanismo a todo tipo de expropiaciones. Procedimiento de expropiación por tasación conjunta del artículo 38 de la Ley 6/1998.

(121) Artículo 66.8 de la LRAU.

(122) Artículo 72.1.D de la LRAU.

(123) Artículo 72.1.A de la LRAU.

(124) Artículo 67.2 de la LRAU.

(125) Artículo 72.1.D y E de la LRAU.

(126) Artículo 29.7 *ab initio*, y 30.1 *in fine* de la LRAU.

(127) Artículo 29.9.C de la LRAU.

- 2.^a Cooperar con la actuación, contribuyendo proporcionalmente a las cargas de la urbanización.

Si el propietario decide ejercitar su derecho a no incorporarse al proceso de urbanización, debemos hacer algunas matizaciones que, acertadamente, ponen de manifiesto ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA (128), a saber:

- La falta de cooperación del propietario **no se configura como incumplimiento de un deber urbanístico**, distanciándose así del esquema del TRLS92 (129), sino como una opción legítima del propietario.
- La opción del propietario ha de ejercitarse antes del acuerdo aprobatorio, pero **la Administración no tiene legitimidad para incoar el expediente expropiatorio en beneficio de un “candidato a urbanizador”**.

O se enmarca en la figura del convenio, como un acuerdo entre propietario y aspirante a urbanizador, o parece discutible que el justiprecio expropiatorio se refiera a un momento anterior a la aprobación del programa (130).

A. Modalidades de la retribución

Existen dos modos básicos de **retribuir** al agente urbanizador: en metálico o en suelo (131), pudiendo adoptarse soluciones mixtas, y así, el propietario de un terreno:

- puede limitarse a aportar su terreno y recibir a cambio un solar urbanizado, o
- puede aportar, además, financiación para ejecutar la urbanización, en cuyo caso tendrá derecho, lógicamente, a más porción de solar urbanizado que si se limita a aportar el terreno.

El programa determina, con efectos constitutivos, los **costes** de la obra urbanizadora, la **proporción** de solares resultantes que constituya la retribución del urbanizador (132), así como la **modalidad de retribución** que se adopte.

(128) *El régimen urbanístico de la comunidad valenciana*. Páginas 407 y 408. Servicio de publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 1996.

(129) Esquema del que partía la LRAU.

(130) Deberá analizarse a la luz de la Ley 6/1998, la referencia al valor que corresponda conforme a la legislación estatal a la condición de suelo urbanizable no programado.

(131) Artículos 29.9.B y 68.2 de la LRAU.

(132) Artículo 32.D, puntos 2º y 3º de la LRAU.

Salvo que el programa disponga otra cosa, el urbanizador será retribuido con parcelas edificables (133).

B. El beneficio de promoción del urbanizador

Las cargas de la urbanización coinciden con la retribución del urbanizador (134) y están constituidas, principalmente, por dos componentes, a saber:

- 1º. Los costes de urbanización, que están integrados por los derivados de la realización de la obra, de la redacción de proyectos y de las indemnizaciones, enunciados en los artículos 155.1 y 166.1.d del TRLS92 (135).
- 2º. El beneficio empresarial del urbanizador por la promoción y sus gastos de gestión (136).

El urbanizador no es un simple constructor, sino que actúa como un **auténtico promotor inmobiliario**, lo que le legitima para percibir un beneficio empresarial distinto del llamado “beneficio industrial”.

Para que sea legítimo tal beneficio resulta imprescindible que la actividad del urbanizador tenga **características empresariales**, que parecen estar presentes si **la retribución se realiza en terrenos**, pues está arriesgando su propio capital en la promoción.

Cuando **la retribución del urbanizador es monetaria**, el riesgo parece desplazarse sobre el propietario y resulta más difícil hablar de un riesgo empresarial que justifique el beneficio, a menos que el urbanizador se comprometa a realizar la obra a un precio cerrado, y aun cuando exista insolvencia o morosidad en el pago de las cargas de la urbanización por parte de los propietarios.

Tal vez por eso **la LRAU** exige expresamente, cuando la retribución está prevista en metálico, que se especifique en la documentación del programa si le corresponde al urbanizador percibir algún recargo sobre los costes, en concepto de beneficio o gastos de gestión (137).

Sin embargo, el programa debe especificar en todo caso el coste de la urbanización (138) y el beneficio del urbanizador pues, aunque la modalidad de retribución prevista sea en terrenos, el artículo 71.3 de la LRAU hace posible que el propietario imponga el pago en metálico.

(133) Artículo 71.1 de la LRAU.

(134) Artículo 67.1 de la LRAU.

(135) Artículo 67.1.A de la LRAU que incorpora por remisión los preceptos del TRLS92.

(136) Artículo 67.1.D de la LRAU.

(137) Artículo 32.D.3 de la LRAU.

(138) Artículo 32.D.2 de la LRAU.

C. La retribución en metálico

La modalidad de retribución en metálico puede venir **impuesta por el programa** o estar **acordada** entre el urbanizador y los propietarios.

Si viene impuesta por el programa, **los propietarios no tienen la opción** de imponer al urbanizador el cambio en la modalidad de retribución. Las parcelas adjudicadas a los propietarios, quedarán afectas al pago de las cuotas de urbanización y por el importe estipulado en su cuenta de liquidación provisional (139). Esta afección se hará constar en el Registro de la Propiedad como carga real.

Pero la retribución en metálico **también puede venir impuesta por el propietario, frente a la previsión contraria del programa**, ejercitando la facultad que le concede el artículo 71.3 de la LRAU. Esta opción debe:

- **formalizarse** en documento público,
- **notificarse** a urbanizador y Administración en los diez días siguientes a la aprobación del **proyecto de urbanización**,
- **y acompañarse de garantía**, real o financiera, que asegure el desembolso de la retribución aun antes de ejercitar cualquier acción contra su liquidación.

Al suponer un cambio en las previsiones empresariales del urbanizador, el artículo 71.3 de la LRAU incrementa la cuota a liquidar (140).

D. La retribución en terrenos

Esta modalidad de retribución que, como dice el preámbulo, guarda parentesco con el tradicional contrato de permuta de solar por obra, es considerada como **preferente** (141).

El urbanizador será retribuido **adjudicándole la proporción de los terrenos edificables previstos en el programa** (142), y se hará efectiva por acuerdo con los interesados y, en su defecto, mediante la reparcelación forzosa (143).

En definitiva, la retribución en terrenos **se calcula por referencia o relación con el valor que se estima que tendrán los terrenos urbanizados en el mercado**. Por ello **ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA** (144)

(139) Artículo 72.C de la LRAU.

(140) Se incrementa en un porcentaje igual al que, respecto del coste estimado de urbanización, el urbanizador preste como garantía según el artículo 29.8.

(141) Artículo 71.1 de la LRAU.

(142) Artículo 71.2 de la LRAU.

(143) Artículo 71.4 y 68.2.C de la LRAU.

(144) *El régimen urbanístico de la comunidad valenciana*. Valencia, 1996. Página 414.

defienden un derecho de discrepancia de los propietarios no contemplado por la LRAU.

Entienden que **el precio final de los solares resultantes es el punto de referencia** que el urbanizador utiliza para compararlo con los costes de urbanización, y fijar su retribución. **El propietario tiene derecho a manifestar su disconformidad** con ese valor estimativo de los solares resultantes, como base para discutir contradictoriamente la proporción propuesta por el urbanizador.

Frente a ello, **PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO** (145) entienden que los propietarios no aportan aprovechamiento sino terreno; no pueden transmitir al urbanizador un aprovechamiento que es consecuencia del programa, no su premisa. Otra cosa es que esa aportación sea “baremada” expresándola en un porcentaje de aprovechamiento.

El programa, dicen, al tiempo que fija la retribución del urbanizador, **está determinando el contenido urbanístico del derecho de propiedad**. Consecuentemente, según los citados autores, *“no es posible realizar una tasación legal del suelo, una determinación de su precio ajustada a Derecho, al margen de las previsiones del programa”*.

Ante esto último, planteado en 1997, no queda más remedio que apuntar que la Ley 6/1998 supone la derogación formal del TRLS92 y, concretamente, de todo el Capítulo III que regula la integración del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria, mediante la adquisición sucesiva de facultades urbanísticas.

No obstante todo ello, tampoco hay que olvidar que, ante la propuesta del urbanizador fijando su retribución en terrenos, pueden actuar, al menos, dos mecanismos. Por un lado la Administración actuante, que puede introducir modificaciones en el contenido del programa e incluso rechazar razonadamente todas las iniciativas (146). Por otro lado el propietario puede renunciar a cooperar, solicitando la expropiación y pago de sus terrenos (147), y también puede imponer la retribución en metálico si está disconforme con el “quantum” de terrenos que le corresponde ceder como retribución al urbanizador (148).

Las parcelas adjudicadas a los propietarios, cuando se retribuya al urbanizador en terrenos, no tendrán afección real alguna.

(145) *Derecho urbanístico valenciano*. Valencia, 1997. Página 324.

(146) Artículo 47 de la LRAU.

(147) Artículo 29.9.C de la LRAU.

(148) Artículo 71.3 de la LRAU.

E. La reparcelación y los proindivisos

Con el fin de evitar la existencia de situaciones de comunidad indivisa sobre las parcelas resultantes, a las que la LRAU les tiene una especial manía, se articula un peculiar mecanismo (149).

Durante la exposición al público del proyecto de reparcelación, los interesados podrán efectuarse requerimientos recíprocos para sustituir las cuotas de condominio previstas en el proyecto por indemnizaciones en metálico.

Ello debe hacerse **en escritura pública, ofreciendo simultáneamente el cobro o el pago de la indemnización**, y dando un plazo de diez días para que el requerido opte por pagar o cobrar a un mismo precio unitario.

Si el requerido no atiende el requerimiento en dicho plazo, se entiende que prefiere cobrar, y la reparcelación se aprobará en consecuencia.

Este nuevo mecanismo **plantea bastantes problemas**, debiendo prestarse mucha atención a la formalidad de la notificación, y en la práctica se viene formalizando simultáneamente un acta de depósito del importe ofrecido como pago, para así facilitar la aceptación formal y expresa del requerido.

Se plantea la cuestión de que, como la finalidad de la norma es acabar con las situaciones de comunidad indivisa, deberá necesariamente ofertarse simultáneamente a todos los copropietarios de la parcela, y si cabría entender condicionada la oferta a la aceptación de todos los comuneros en tal caso.

Parece prudente que las notificaciones se realicen a los domicilios que figuren en el expediente administrativo y, además, en caso de no coincidir con el que figura en el Registro o en el Catastro, se intente notificar también en éstos otros; y siendo el bien de naturaleza ganancial, lo prudente es notificar a ambos cónyuges.

El procedimiento, siendo resolutivo y permitiendo que cualquier comunero, con mayor o menor porcentaje, puede obtener la totalidad de la parcela en igualdad de condiciones, no deja de plantear problemas. ¿Qué ocurriría si siendo varios los copropietarios se reciben simultáneamente diversos requerimientos recíprocos con diversos precios por metro cuadrado?

Esperemos que la práctica notarial y el desarrollo reglamentario de la LRAU resuelvan todas las incógnitas que hoy tenemos abiertas en este punto.

(149) Artículo 70 apartados D y E de la LRAU.

VIII.4. La cesión de la adjudicación

La aprobación del programa requiere de la **selección de un concreto agente urbanizador**, que se responsabilice de la ejecución de la actuación en los plazos y condiciones señalados en el programa, garantizando debidamente el cumplimiento de las previsiones del mismo (150).

Por ello puede comprenderse que la LRAU, a pesar de considerar la actividad urbanizadora como una función empresarial que pone al servicio de la Administración resortes productivos de la libertad de empresa y de la economía de mercado, **regule restrictivamente la posibilidad de que el urbanizador transmita su posición jurídica a un tercero** (151).

La cesión de la adjudicación (152) es *un negocio jurídico por el que el agente urbanizador transmite a un tercero su posición jurídica como adjudicatario de un programa*.

A.- La LRAU exige que la cesión **sea aprobada por la Administración actuante**. La doctrina más autorizada defiende que la aprobación de la cesión ha de ser **“previa”** (153).

Pero el legislador utiliza expresiones tales como “aprobar” o “denegar” la cesión, que parecen presuponer un negocio jurídico de cesión preexistente.

La posibilidad de que la Administración actuante, cuando la cesión menoscabe el interés general o suponga defraudación de la pública competencia en la adjudicación, pueda “denegarla o acordar la gestión directa” evidencia una reacción ante un negocio jurídico previo (154).

(150) Artículos 29^a (apartados 5, 6, 7, 8, 10 y 13), 47.6, 58. 2, 67.3, entre otros, de la LRAU.

(151) Apartado III del Preámbulo y artículos 29.11, 47.5 y 51.2 de la LRAU.

(152) Artículo 29.11 de la LRAU.

(153) PAREJO ALFONSO, Luciano y BLANC CLAVERO, Francisco integraron el grupo de trabajo que, bajo la activa dirección de Gerardo ROGER FERNÁNDEZ, *Director General de Urbanismo y Ordenación Territorial de la Generalitat Valenciana*, redactó el primer borrador de la LRAU. *Derecho urbanístico valenciano*. Página 307. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

(154) Si la aprobación **fuera** previa al negocio jurídico transmisivo, –sería mejor hablar entonces de autorización–, sólo cabría predicarla de una solicitud, que debería reunir todos los requisitos que exige la ley, entre los que destaca la subrogación del cesionario; pero la subrogación trae su causa de la cesión y no parece que, por definición, pueda preexistirle. Por tanto, la aprobación “previa” necesariamente tendrá que otorgarse condicionada al cumplimiento de posterior de toda una serie de requisitos.

Lo cierto es que la plena eficacia del negocio jurídico de cesión requiere la aprobación de la Administración (155). Tal vez lo más práctico sea otorgar la escritura pública de cesión recogiendo todos los consentimientos exigibles, y condicionando su eficacia a su aprobación por la Administración actuante (156).

B.- La LRAU exige que la cesión sea formalizada en escritura pública y que el cesionario se subrogue en todas las obligaciones del cedente ante la Administración actuante.

El negocio jurídico de cesión, aparentemente de naturaleza bilateral entre cedente y cesionario, aunque necesitado de aprobación administrativa, es en realidad un negocio jurídico complejo y multilateral.

Es **multilateral** porque el cesionario se ha de subrogar en toda la posición jurídica del cedente, y no sólo en las obligaciones de éste en relación con la Administración actuante.

Hay que plantearse **el caso en que el adjudicatario haya sido seleccionado atendiendo a las mayores posibilidades de colaboración de los propietarios afectados**; parece lógico exigir que se obtengan los consentimientos necesarios para que tal *conditio iuris* se reproduzca en el cesionario.

Y si se aplicó el **régimen de adjudicación preferente**, cabría plantearse si la cesión es posible o si los promotores de las iniciativas que no fueron seleccionadas ostentan algún derecho.

Es **complejo** porque, dependiendo del grado de ejecución del programa, la escritura pública deberá contemplar y resolver la novación subjetiva o la sustitución de todas las garantías y compromisos adquiridos por el cedente, y transmitir al cesionario, en su totalidad o en parte, las parcelas de terreno que integren la retribución del urbanizador, entre otros múltiples problemas posibles.

La Administración actuante deberá aprobar las novaciones o sustituciones de las garantías de promoción y de retribución y, en su caso, ordenar la cancelación de las que había prestado el anterior adjudicatario.

(155) "La Ley pretende limitar la posible actuación de meros intermediarios que, sin realizar la inversión, se lucren con la transmisión onerosa del título de adjudicación, así como la programación fundada en previsiones puramente especulativas y expectantes sin inversor real". PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO. *Derecho urbanístico valenciano*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

(156) La Administración actuante, a la vista de la escritura pública que le permita comprobar el cumplimiento de todos los requisitos exigibles, conocer la motivación, el carácter oneroso o gratuito de la cesión, y todas sus circunstancias, podrá aprobar o denegar "esa" cesión que, una vez aprobada y, por tanto, cumplida la condición, queda perfeccionada.

VIII.5. La conclusión normal del programa: la recepción de las obras de urbanización

La adjudicación se extingue por el normal cumplimiento o ejecución del programa, y ello requiere la recepción definitiva de las obras públicas por la Administración que, a partir de ese momento, pasa a ser responsable de su conservación.

La LRAU trata de evitar **los problemas que se puedan suscitar por la resistencia de la Administración a tal recepción**. Así se entienden aceptadas provisionalmente las obras a los tres meses de su ofrecimiento formal a la Administración, sin respuesta expresa; y nueve meses después tal aceptación devendrá definitiva (157).

Por otra parte la LRAU establece que tal aceptación definitiva **se entiende sin perjuicio de las acciones, incluso civiles, que asistan a la Administración o a los particulares, por daños derivados de vicios ocultos**.

Apuntaremos dos cuestiones:

- No parece que, aunque sólo se hable de daños por vicios ocultos, se excluyan las acciones civiles que puedan asistir a los propietarios derivadas del incumplimiento por el urbanizador de los compromisos contraídos con éstos.
- No queda claro, por otra parte, si esta aceptación definitiva de las obras podría determinar la automática cancelación de las garantías prestadas por el urbanizador, tanto de promoción como de retribución.

IX. El régimen de garantías del urbanizador

El agente urbanizador en la gestión indirecta, comprometido a desarrollar una actuación integrada en los plazos y condiciones previstos en el programa, está obligado a prestar diversos tipos de garantías y así podemos distinguir, básicamente, las siguientes, siguiendo el esquema planteado por FRANCISCO BLANC CLAVERO y LUCIANO PAREJO ALFONSO (158):

(157) Artículo 79.2 de la LRAU.

(158) Cfr. *Derecho urbanístico valenciano*. Capítulo XVIII. 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

A. La garantía de promoción

Asegura en general el cumplimiento de las previsiones del programa, por lo que debe ser mantenida hasta la conclusión del mismo.

Viene recogida en el artículo 29.8 de la LRAU, y es condición necesaria (159) para la publicación del acuerdo aprobatorio del programa y, por tanto, para consolidar el derecho a ejecutarlo.

B. La garantía de retribución

Asegura el cumplimiento de la obligación de convertir en solar las parcelas adjudicadas a los propietarios que han retribuido al agente urbanizador. Es independiente de la garantía de promoción.

Viene recogida en el artículo 66 de la LRAU, apartados 3 al 5, y es condición necesaria para que el urbanizador pueda percibir de los propietarios sus retribuciones.

Se presta ante la Administración actuante, y no procede si se trata de gestión directa o hay acuerdo con los propietarios. Tampoco procede si la retribución está depositada en poder de la Administración, o sujeta a afección real que impida su libre disposición por el urbanizador.

Puede consistir en una garantía financiera, prestada con los requisitos exigidos por la legislación reguladora de la contratación pública, o en **“primera hipoteca”**. Esta hipoteca presenta unas características que merecen un especial estudio desde el punto de vista registral y, concretamente, si puede enmarcarse en lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto 1093/97, y en sus apartados 3 y 4 (160).

C. La garantía de edificación y urbanización simultáneas

Si el urbanizador pretende construir las parcelas que se le han adjudicado en concepto de retribución antes de ser solares, el artículo 73.2 de la LRAU exige que se garantice suficientemente su urbanización simultánea.

(159) Artículo 47.6 de la LRAU.

(160) Lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 19 del RD 1093/97, más allá de regular el acceso al Registro de actos de naturaleza urbanística, nos aclara cuándo no será necesaria la constancia registral de la afección de los terrenos (apartado 4), y cuándo la afección no surtirá efectos respecto de acreedores hipotecarios posteriores (apartado 5). Sin embargo, no aclara, y esa era precisamente su función, si estamos ante una reserva de rango y son aplicables las reglas del artículo 241 del Reglamento Hipotecario.

Es complementaria de la garantía de retribución y, a diferencia de ésta, no puede articularse con una hipoteca, debiendo prestarse cuando se solicite la licencia de obras.

El urbanizador no puede edificar las fincas gravadas con la garantía de retribución, hasta que sean solar, sin una garantía adicional de simultanear urbanización y edificación. La garantía de retribución asegura la urbanización de las parcelas adjudicadas a los propietarios, mientras que la de simultaneidad asegura la urbanización de las parcelas adjudicadas al urbanizador como retribución.

LA FIRMA ELECTRÓNICA (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA. **a)** La Ley alemana de 1997. **b)** El Reglamento italiano de 1997. **c)** La Directiva Comunitaria 1999/93/CE; **d)** El Real Decreto-ley español 14/1999. **e)** La reforma del Código civil francés de 2000. **III.** LA FIRMA ELECTRÓNICA: **a)** Concepto de firma electrónica. **b)** Concepto de firma electrónica avanzada. **c)** Eficacia de la firma electrónica no avanzada. **d)** Eficacia de la firma electrónica avanzada. **IV.** FIRMA ELECTRÓNICA Y DOCUMENTOS CONTRACTUALES. **a)** Planteamiento. **b)** La manuscritura de la firma como grafía personal. **c)** La función declarativa de la firma. **d)** La firma electrónica no es firma. **e)** La firma electrónica es un sello. **f)** El documento informático como forma del contrato. **g)** Efectos probatorios del documento informático como documento privado. **h)** La escritura pública informática. **V.** CONCLUSIÓN.

(*) Comunicación leída el 5 de junio de 2000 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Pleno de Académicos de Número.

I. Hace dos años, en mayo de 1998, presenté en este Pleno de Académicos una comunicación sobre “El documento negocial informático” (1). Insisto sobre el mismo tema, no sólo por el acelerado crecimiento que ha experimentado el comercio electrónico en nuestra vida económica, aunque no haya hecho más que comenzar, y porque dos años son mucho tiempo en materia de tan rápida evolución técnica, sino porque ahora contamos ya con una legislación, en la Unión Europea y en algunos de los más importantes países que la integran, y también con una legislación española, que es preciso abordar.

Mi estudio será limitado; quedará centrado, manteniéndome siempre en términos generales, en un punto concreto que estimo del mayor interés: la idoneidad o inidoneidad de la llamada firma electrónica respecto de los documentos contractuales, o mejor negociales; su aptitud o ineptitud para aquellos documentos, privados o públicos, por los que se verifica una declaración de voluntad y que, por tanto, son forma, y no sólo prueba, de un negocio jurídico. En conexión con este objeto tendré que tratar de algunos otros temas importantes, como el concepto y la eficacia de la firma electrónica y la estructura y función de la firma de los documentos; pero sin penetrar en otras muchas cuestiones, ni en otros campos en los que el documento informático se desenvuelve con mayores facilidades, como las comunicaciones telemáticas de datos y de mensajes, o la adaptación de la firma digital a los documentos probatorios, los documentos sobre los que siempre ha descansado el comercio (2).

II. Comencemos resumiendo esas *legislaciones europeas* (3), pues presentan divergencias sobre los temas que van a ser objeto de mi atención; incluso hay incongruencias internas, dentro de un mismo texto legal. Seguiré un orden aproximadamente cronológico.

a) Un año antes de que, en octubre de 1998, la Comisión Europea hiciera una propuesta de Directiva sobre nuestro tema, se adelantaba

(1) “El documento negocial informático”, comunicación leída el 25.5.1998 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Pleno de Académicos de Número; publicada en sus Anales, núm. 28, 1998, pp. 433-64; y en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 28, octubre-diciembre 1998, pp. 51-85.

(2) GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: “Comercio electrónico en el mercado interior: propuesta de Directiva”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 226, marzo 2000, pp. 979-1035.

(3) GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: “La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 210, octubre. 1998, pp. 2593-2620.

Alemania, que el 22 de julio de 1997 aprobó una Ley para las firmas digitales (*Gesetz zur digitalen Signatur*) con el propósito de “crear condiciones generales para las firmas digitales bajo las cuales puedan considerarse seguras y puedan detectarse con fiabilidad las falsificaciones e imitaciones de dichas firmas digitales” (art. 1.1).

Quedan, pues, fuera de su regulación las firmas digitales que no reúnan las condiciones que la misma ley establece; pero sin reconocer a aquellas que las cumplan la consideración de forma negocial, ni una mayor o menor eficacia de prueba legal.

b) *Italia* desborda en ambas direcciones, en la de forma y en la de prueba, el limitado contenido de la ley alemana; los documentos con firma electrónica satisfacen el requisito legal de la forma escrita, tienen el valor probatorio de los documentos privados y pueden ser autenticados por notario; pero no llegan a alcanzar la condición de documentos públicos; ni como forma, ni como prueba.

La Ley italiana de 11 de marzo de 1997, número 59, sobre “Delegación al Gobierno para la concesión de funciones y tareas a las regiones y a los entes locales, para la reforma de la Administración pública y para la simplificación administrativa” dispuso en su artículo 15.2 que “los actos, datos y documentos formados por la Administración pública y *por los particulares* con instrumentos informáticos y telemáticos, *los contratos* estipulados en las mismas formas, así como su archivo y transmisión con instrumentos informáticos son válidos y relevantes a todos los efectos legales”. Quedan, pues, incluidos los contratos entre particulares objeto de nuestro estudio, mediante ese deplorable procedimiento legislativo, que a pesar del Tribunal Constitucional tampoco nos es ajeno a los españoles, por el que los más complicados problemas se resuelven en cuatro renglones de una larga Ley de contenidos tan heterogéneos que muchos de ellos pasan desapercibidos, encomendando a los Reglamentos lo que la misma Ley debiera haber meditado y regulado.

Desarrollando dicho artículo 15.2 de la Ley 59/97, el 10 de noviembre del mismo año 1997, se aprueba en Italia con el número 513, un “Reglamento que aporta criterios y modalidades para la formación, el archivo y la transmisión de documentos con instrumentos informáticos y telemáticos”, o como sintéticamente había dicho el proyecto aprobado el 5 de agosto *por el Consejo de Ministros*, un Reglamento concerniente a los “Actos, documentos y contratos en forma electrónica”, del que pasamos a ocuparnos.

El Reglamento italiano procura la coordinación de sus disposiciones con las de su Código civil, al que reiteradamente remite. En esencia, y como normas más importantes dado el enfoque de esta comunicación, el Reglamento dispone según en parte hemos adelantado:

— **“Art. 4. (Forma scritta). 1. Il documento informatico munito dei requisiti previsti dal presente regolamento soddisfa il requisito legale della forma scritta”.**

(<Forma escrita>. 1. El documento informático provisto de los requisitos previstos por el presente reglamento, satisface el requisito legal de la forma escrita).

Por tanto, el documento informático puede tener por contenido cualquiera de los contratos enumerados en el artículo 1350 del *Codice civile*, que sólo exige forma escrita, y no documento público como nuestro paralelo artículo 1.280; además de obviar las prohibiciones de admisibilidad de la prueba testimonial de los artículos 2721 y siguientes del mismo *Codice*.

— **“Art. 5. (Efficacia probatoria del documento informatico). 1. Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale ai sensi dell’articolo 10, ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell’articolo 2702 del codice civile. 2. Il documento informatico munito dei requisiti previsti dal presente regolamento ha l’efficacia prevista dall’articolo 2712 del codice civile e soddisfa l’obbligo previsto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile e da ogni analoga disposizione legislativa o regolamentare.”**

(<Eficacia probatoria del documento informático>. 1. El documento informático, suscrito con firma digital con arreglo al artículo 10, tiene la eficacia de escritura privada conforme al artículo 2702 del código civil. 2. El documento informático provisto de los requisitos previstos por el presente reglamento tiene la eficacia prevista por el artículo 2712 del Código civil y satisface la obligación prevista en los artículos 2214 y siguientes del Código civil y por cualquier otra disposición análoga, legislativa o reglamentaria).

El documento informático tiene, pues, la eficacia probatoria del documento privado si está suscrito con firma digital que reúna todos los requisitos que establece el artículo 10 del Reglamento, y por tanto, conforme al artículo 2702 del mismo *Codice* “hace plena prueba hasta querella de falsedad de la proveniencia de las declaraciones de quien lo ha suscrito, si aquél contra el que la escritura se produce reconoce la firma o bien si ésta es legalmente considerada como reconocida”.

Si, por el contrario, no estuviera suscrito con la indicada firma digital, pero reuniera los requisitos reglamentariamente previstos, el documento informático sólo tendrá los efectos probatorios de las reproducciones mecánicas (fotográficas, cinematográficas, fonográficas, etc.), que para el artículo 2712 del *Codice* constituyen también prueba plena “... si aquél contra el que se produce no desconoce su conformidad con los hechos o las cosas mismas”, con lo que, a mi parecer, estamos ante un fenómeno

de admisión de hechos por la parte contraria, y no de eficacia probatoria; y puede utilizarse en los documentos contables de las empresas (arts. 2214 y ss. del *Codice*) y en cualquier otra materia análoga.

— **“Art. 10. (*Firma digitale*). 2. *L'apposizione o l'associazione della firma digitale al documento informatico equivale alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo*”.**

(<Firma digital>. 2. La aposición o asociación de la firma digital al documento informático equivale a la suscripción prevista para los actos y documentos en forma escrita sobre soporte papel).

Se establece, pues, la equivalencia, la igualdad de valor, de la firma digital en documento informático y de la suscripción en documento papel; cuestión sobre la que luego tenemos que volver, pero que de momento tiene una consecuencia, la firma digital es susceptible de autenticación notarial, como pasamos a exponer.

— **“Art. 16. (*Firma digitale autenticata*). 1. *Si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, la firma digitale, la cui apposizione é autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato. 2. L'autenticazione della firma digitale consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma digitale è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità della chiave pubblica e del fatto che il documento sottoscritto risponde alla volontà della parte e non è in contrasto con l'ordinamento giuridico ai sensi dell'articolo 28, número 1, della legge 16 febbraio 1913, n. 89*”.**

(<Firma digital autenticada>. 1. Se tiene por reconocida, con arreglo al artículo 2703 del Código civil, la firma digital cuya aposición está autenticada por un notario o por otro público oficial autorizado. 2. La autenticación de la firma digital consiste en la atestación por parte del oficial público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 28, número 1, de la ley de 16 de febrero de 1913, n. 89)”, precepto de la ley notarial italiana que impone al notario la obligación de controlar la legalidad del acto.

El efecto de esta autenticación consiste, por tanto, en que la firma digital notarialmente autenticada se tiene por reconocida conforme al artículo 2703.1 del *Codice Civile*; de manera que aplicando el artículo 2702 antes examinado, el documento informático con firma así autenticada hace plena prueba sin necesidad de reconocimiento —y sin posibilidad de desconocimiento— de su firma por la persona contra la que se produ-

ce, y sólo puede ser atacado mediante querrela de falsedad. Pero este documento informático con firma notarialmente autenticada continúa siendo documento privado, no se convierte en documento público, ni puede utilizarse en aquellos supuestos en que la ley exige documento público; no está, pues, admitido en la legislación italiana el documento público informático negocial.

— **“Art. 7. (*Deposito della chiave privata*).** 1. *Il titolare della copia di chiavi asimmetriche può ottenere il deposito in forma segreta della chiave privata presso un notaio o altro pubblico depositario autorizzato.* 2. *La chiave privata di cui si chiede il deposito è registrata su qualsiasi tipo di supporto idoneo a cura del depositante e dev’essere consegnata racchiusa in un involucro sigillato in modo che le informazioni non possano essere lette, conosciute o estratte senza rotture od alterazioni.* 3. *Le modalità del deposito sono regolate dalle disposizioni dell’articolo 605 del codice civile, in quando applicabili”.*

(<Depósito de la clave privada>. 1. El titular de la pareja de llaves asimétricas puede obtener el depósito en forma secreta de la clave privada en un notario u otro público depositario autorizado. 2. La clave privada de la que se solicita el depósito tiene que estar registrada en cualquier tipo de soporte idóneo al cuidado del depositante, y debe consignarse encerrada en un envoltorio sellado de manera que sus informaciones no puedan ser leídas, conocidas o extraídas sin roturas o alteraciones. 3. Las modalidades del depósito se regulan por las disposiciones del artículo 605 del Código civil, en cuanto sean aplicables); que son las referentes al depósito del testamento cerrado.

c) El Consejo de la *Unión Europea* (4), prosiguiendo la tarea iniciada en 1998, aprueba el 28 de junio de 1999 una “Posición Común”, número 28/1999, que es recogida en la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, “por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica”, que será objeto preferente de nuestro estudio. Dada la coincidencia entre ambos textos comunitarios, aunque el Real Decreto-ley español tuviera presente la Posición Común, y no la Directiva misma, indicaremos sus concordancias con citas de ésta, cuando no se diga otra cosa.

d) Entre ambos documentos comunitarios, en efecto, después de la Posición Común, pero anticipándose a la Directiva y a lo que ésta iba a

(4) Conf. DÍAZ FRAILE, Juan María: “Estudio de la proposición de directiva europea sobre «Firmas electrónicas» de 13 de mayo de 1998”, *La Notaría*, sept. 1998, 9, pp. 39-90, y GARCÍA MÁS, *op. cit.* en la nota anterior.

disponer, se aprueba en *España* el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, “sobre firma electrónica”, que fue convalidado por el Congreso de los Diputados en sesión de 21 de octubre de 1999, acordándose su tramitación por procedimiento de urgencia como Proyecto de Ley, sin que haya podido aprobarse por el final de la legislatura.

Este Real Decreto-ley fue precedido, en bien pocos días (7 de septiembre de 1999), por una Proposición No de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, y ha sido seguido por la *Orden de 21 de febrero de 2000*, que ha aprobado el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica.

Ya existían *con anterioridad* muchas disposiciones de interés, empezando por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación de tratamiento automatizado de datos de carácter general, dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Recordemos también las disposiciones referentes al Mercado de Valores y a materias fiscales.

En el *ámbito administrativo*, el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señaló algunas directrices que posteriormente han sido concretadas y desarrolladas: el artículo 81 de la Ley 30/12/1997, número 66/1997, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, facultó a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para la prestación de servicios de seguridad para las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos; esta disposición ha sido contemplada por el nuevo Estatuto de la Fábrica, aprobado, junto con el cambio de denominación por la de “Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda”, en virtud del Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio, y desarrollada por el Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio. También el Real Decreto-ley 14/1999 dicta algunas normas en su artículo 5 (5).

La redacción de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1/2000, de 7 de enero, actualmente en *vacatio legis*, estaba ya muy avanzada al publicarse el Real Decreto-ley 14/1999. Según su Exposición de Motivos (XI) “no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales”; pero sus previsiones no parecen en general enderezarse al propio documento negocial informático, aunque no faltan, como veremos, disposiciones de interés, como los artículos 326 y 812, en relación con el 517.

(5) Conf. SUÑÉ LLINÁS, Emilio: “El procedimiento administrativo en la era digital: La necesidad de entidades de certificación”, pp. 207-31 de la obra colectiva *Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.

Y en el *campo registral*, con diferencia de pocos días, se han dictado la Resolución de 10 de abril de 2000, sobre publicidad formal e instrumental de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico, y la “Resolución-Circular de 26 de abril de 2000 (BOE 18 mayo 2000), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, en relación con la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles”, en la que también se contemplan los documentos notariales.

e) Finalmente en *Francia* ha sido aprobada la Ley de 29 de febrero de 2000, número 465, “dirigida a la adaptación del derecho de la prueba a las tecnologías de la información y relativa a la firma electrónica”, que terminando el proceso iniciado por el Reglamento italiano y dejando de presentarse como ley especial, inserta sus disposiciones en el mismísimo Código civil de Napoleón.

El Capítulo “De la prueba de las obligaciones y de la de su pago” (VI del Libro III, Título III) tenía desde 1804 dos artículos iniciales, 1315 y 1316 dedicados a la carga de la prueba y a los medios de prueba, a los que seguía la Sección Primera, “De la Prueba Literal”, que comenzaba con dos apartados, “1. Del título auténtico” (arts. 1317-1321), y “2. Del documento bajo firma privada” (arts. 1322-1332). Ahora los artículos 1315 y 1316 se conservan, pero el 1316 recibe la nueva numeración de 1315.1; queda así un hueco, el artículo 1316, al que se da nuevo contenido, y se le añaden otros cuatro artículos 1316.1 al 4, formando los cinco un primer apartado, “Disposiciones generales”, de la Sección de la prueba literal.

En resumen, la prueba “literal” deja de consistir necesariamente en “letras”, y recibe una amplitud que comprende también la prueba electrónica, con lo que el soporte y la grafía de los documentos resultan indiferentes: el escrito en forma electrónica es medio de prueba, con la misma fuerza probatoria que el escrito en soporte papel, siempre que sea debidamente identificada la persona de que emana y se garantice su integridad, lo que se presume salvo prueba en contrario cuando la firma electrónica reúna las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado; en caso de conflicto de pruebas literales, el juez resolverá.

Disposiciones generales

Art. 1316. “*La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d’une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d’une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.*”

(La prueba literal, o prueba por escrito, resulta de una serie de letras, de caracteres, de cifras o de cualesquiera signos o símbolos dotados de un

significado inteligible, cualesquiera que sean su soporte o sus modalidades de transmisión).

Art. 1316.1. *“L’écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l’écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu’il soit établi et conservé dans les conditions de nature à en garantir l’intégrité”.*

(El escrito bajo forma electrónica se admite como prueba con el mismo título que el escrito sobre soporte papel, con la salvedad de que pueda ser debidamente identificada la persona de que emana y de que sea formado y conservado en condiciones idóneas para garantizar su integridad).

Art. 1316.2. *“Lorsque la loi n’a pas fixé d’autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu’en soit le support”.*

(Cuando la ley no ha fijado otros principios, y a falta de acuerdo válido entre las partes, el juez resuelve los conflictos de prueba literal determinando por cualquier medio el título más verosímil, cualquiera que sea su soporte).

Art. 1316.3. *“L’écrit sur support électronique a la même force probante que l’écrit sur support papier”.*

(El escrito en soporte electrónico tiene la misma fuerza probatoria que el escrito en soporte papel).

Art. 1316.4. *“La signature nécessaire à la perfection d’un acte juridique identifie celui qui l’appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l’authenticité à l’acte.”*

Lorsque est électronique, elle consiste en l’usage d’un procédé fiable d’identification garantissant son lien avec l’acte auquel elle s’attache. La fiabilité de ce procédé est présumée jusqu’à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l’identité du signataire assurée et l’intégrité de l’acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d’Etat”.

(La firma necesaria para la perfección de un acto jurídico identifica al que la pone. Ella manifiesta el consentimiento de las partes a las obligaciones que derivan de ese acto. Cuando es puesta por un oficial público, ella confiere autenticidad al acto).

Cuando es electrónica, consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación que garantiza su nexo con el documento al que se agrega. La fiabilidad de este procedimiento se presume, hasta prueba en contrario, cuando la firma electrónica se crea, la identidad del firmante se asegura y la integridad del documento se garantiza en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado).

Según ya nos adelantaba el artículo 1316.4, la firma electrónica también puede ser “puesta por un oficial público”, que “confiere autenticidad al acto”. Dando un paso más respecto de la ley italiana, la francesa contempla, pues, la posibilidad de que un documento informático sea documento público. Por ello, la ley francesa retoca el apartado 1, “Del título auténtico”; inicia este apartado el artículo 1317, con un solo

párrafo, directamente inspirado en el *Tratado de las Obligaciones* de POTHIER (6), paralelo a nuestro artículo 1.216: "*L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises*" (El acto auténtico es el que ha sido recibido por oficiales públicos con derecho a instrumentar en el lugar en el que el acto es extendido y con las formalidades legales). Pues bien, la ley de que tratamos añade un segundo párrafo: "*Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat*" (Puede ser extendido en soporte electrónico si es formado y conservado en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado).

Finalmente, en el apartado 2, "Del documento bajo firma privada", se ha retocado únicamente el artículo 1326, relativo al documento por el que una sola parte se obliga frente a otra a pagarle una suma de dinero o un bien fungible; "debe ser consignado en un título que lleve la firma de quien suscribe esta obligación, así como la mención, escrita de su mano, de la suma o de la cantidad con todas sus letras y en cifras"; esta expresión "escrita de su mano" ("*écrite de sa main*"), del "*bon pour*" o "*approuvé*", que *a fortiori* comprende la firma misma, se sustituye ahora por "escrita por él mismo" ("*écrite par lui-même*"), por tanto aunque no sea de su mano.

III. Hecha esta breve enumeración de los textos que vamos a manejar, empecemos ocupándonos del *concepto de firma electrónica*, presupuesto indispensable de nuestro estudio. Ello es fácil —si logramos captar los tecnicismos en que viene expuesto—, porque en la legislación continental europea va introduciéndose la práctica de que sea la ley misma la que defina el sentido de las palabras que va a utilizar, técnica inglesa que, según enseñó RADBRUCH, estaba dirigida a evitar la disolución de las leyes del Parlamento, el *Statute Law*, en el tejido unitario del *Common Law*, por la vía interpretativa de los tribunales (7).

(6) *Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la Législation actuelle* por M. BUGNET. 2.^a ed., París, 1861. Tomo II, "Traité des obligations", núm. 730.1 [Hay traducción española, *Tratado de las Obligaciones de Pothier*, traducido por S. M. S., Barcelona, 1878, tomo I, p. LXXIX (Proemio) + 294 + Índice, tomo II, p. 558 + X (Índice)].

(7) RADBRUCH, Gustav, "los *Statutes* son interpretados con el espíritu de la *Common Law*, y quedan muy pronto transformados por una espesa capa de precedentes normativos, y de este modo entretejidos inseparablemente en el tejido unitario de la *Common Law*. Es verdad que el Parlamento, por su parte, toma demasiadas medidas contra el peligro de que, por virtud de tales artes interpretativas, la ley pierda su espíritu y finalidad originaria. Para esto debe servir la complicada y precavida técnica inglesa de la ley, la disolución en una múltiple casuística, la acumulación de expresiones sinónimas, las definiciones, hasta donde sea posible,

a) El concepto de firma electrónica no puede ser unitario por las diferencias tecnológicas existentes; tenemos, pues, que partir de un *concepto genérico de firma electrónica*, que resulta un concepto mínimo. Veamos la definición de nuestro Real Decreto-ley 14/1999, artículo 2.a): “<Firma electrónica>. Es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio de identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge”.

Directiva 1999/93, artículo 2: “A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) <firma electrónica>: los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación”.

La firma, según la clásica formulación de CARNELUTTI, tiene entre otras una función indicativa de su autor, que se desdobra en la mera indicación y en la certificación de la veracidad de esa identificación (8); ambos aspectos parecen aludidos en el “identificar formalmente” del texto legal español. En la contratación informática, la indicación es precisa porque naturalmente es una contratación entre ausentes, a distancia, en que las partes ni se conocen ni se ven, por lo que no se pueden identificar; y la acreditación preventiva de la veracidad de la indicación es necesaria, porque en la firma electrónica no cabe la sencilla verificación *a posteriori* mediante el cotejo de la firma. Pero este texto de nuestro Real Decreto-ley introduce una acertada restricción frente al comunitario, que habla en general de “medio de autenticación”, pues en esta expresión habría que comprender junto al elemento subjetivo, único a que hasta ahora se refiere nuestro Real Decreto-ley, otro gran tema, el elemento objetivo, la integridad del texto documentado, que no puede resultar de cualquier firma electrónica, sino sólo de la firma electrónica avanzada.

b) Los textos comunitario y español muestran, pues, con acierto, como punto de partida, una total amplitud de criterio en cuanto a la admisibilidad de los diversos procedimientos técnicos utilizados para obtener los resultados pretendidos. “Los rápidos avances tecnológicos y la

de las palabras usadas en la ley; una técnica legal de un género sumamente pesado y desafortunado. Pero el punto de vista de la *elegantia iuris*, la tendencia injustificada a ver lo mejor en lo que es sencillo y estéticamente bello, no tiene en Inglaterra la misma fuerza sobre los espíritus que en la jurisprudencia continental” (pp. 48-49). Conf. RADBRUCH, Gustav: “El espíritu del Derecho inglés”, traducción de Fernando Vela, *Revista de Occidente*, 1958, p. 118.

(8) CARNELUTTI, Francesco: “Studi sulla sottoscrizione” en *Studi di Diritto Processuale*, III, pp. 227-79, especialmente núms. 3, 5 y 6.

dimensión mundial de Internet –explica la Exposición de Motivos de la Directiva, apartado 8)– hacen necesario un planteamiento abierto a diferentes tecnologías y servicios de autenticación electrónica de datos”. Pero esa amplitud no podía conducirles a una equiparación de eficacia entre productos tecnológicos de muy diversa fiabilidad; sería difícil, por otra parte, agrupar tales productos en unas cuantas clases de firmas digitales, intento que, además, rápidamente quedaría obsoleto; ha parecido, en fin, suficiente acotar aquellos productos que ofrecen más seguridad, a fin de reconocerles una mayor eficacia; y así surge, dentro del amplio concepto de firma electrónica, el restringido *concepto de firma electrónica avanzada*.

“<Firma electrónica avanzada> –define nuestro Real Decreto-ley, art. 2.b), inspirado también directamente en el Derecho comunitario–: “Es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos”.

Directiva 1999/93, artículo 2: “... se entenderá por ...2) <firma electrónica avanzada>: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: –a) estar vinculada al firmante de manera única; –b) permitir la identificación del firmante; –c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; –d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable”.

Esta firma electrónica avanzada es la que garantiza los dos extremos a que nos referíamos, la identificación del firmante y la integridad del mensaje; cosas que, como adelantábamos, no toda firma electrónica puede asegurar.

Completa los requisitos de la firma electrónica avanzada el artículo 3.1 de nuestro Real Decreto-ley, exigiendo que la firma “esté basada en un certificado reconocido”, esto es, que reúna los requisitos que señala el artículo 8, y que haya sido “producida por un dispositivo seguro de creación de firma”, de conformidad con lo establecido en el artículo 19. Esa enumeración del artículo 3.1, invierte el orden cronológico de los hechos, pues primero es su producción y después su certificación, pero tiene la ventaja de poner de manifiesto que la base del sistema se encuentra en realidad en los Prestadores de Servicios de Certificación y en sus certificados “reconocidos”, Prestadores de Servicios que, además, son quienes normalmente habrán producido el dispositivo seguro de creación de la firma.

También la Directiva 1999/93, artículo 5.1: “firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma”. (Anexo I, Requisitos de los certificados reconocidos. Anexo III, Requisitos de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica).

Dispositivo “seguro”; certificado “reconocido”: los textos comunitario y español siguen produciéndose, en torno a la firma electrónica avanzada en términos de gran vaguedad (arts. 19 y 22, “razonablemente”, “fiablemente”, “correctamente”) en aras de su neutralidad tecnológica.

En el estado actual de la técnica informática y en el mercado tiene, por el contrario, absoluto predominio, por su mayor fiabilidad, el sistema de pareja asimétrica de claves para la codificación y ulterior descodificación de los mensajes. Un sistema simétrico, en el que una misma clave sirve para codificar el mensaje y para descodificarlo, sólo resulta adaptado a las redes cerradas, en que se puede proporcionar la clave al destinatario, si es que no se le había dado antes a conocer; pero una y otra cosa son bien arriesgadas en redes abiertas. En el sistema asimétrico, como es bien sabido, cada usuario tiene dos claves, una clave privada, que sólo él conoce, y una clave pública, destinada a ser conocida por los destinatarios de los mensajes; ambas claves están íntimamente entrelazadas, de manera que el mensaje cifrado con una de ellas, sólo podrá ser descifrado por la clave pareja de la misma persona. Aplicado tal procedimiento a la firma de un texto, éste en su totalidad o, en la práctica dominante, un resumen del mismo o *abstract*, se encripta por el emisor del mensaje (en nuestro caso, por el oferente, o por una de las partes de un contrato) mediante su propia clave privada; y en consecuencia sólo podrá descifrarse mediante la clave pública del mismo emisor (del mismo oferente, o del mismo contratante).

La llamada firma electrónica no es, por tanto, una suscripción que se ponga al pie de un texto documental; ni consiste tampoco en la clave privada del originador del mensaje, en la larga serie de dígitos alfanuméricos (letras y números) que la constituyen. La firma electrónica es, en suma, el resultado de la aplicación al mensaje informático de esa clave privada; consiste en el texto cifrado resultante de esa aplicación; con la consecuencia de que la firma electrónica de una persona lejos de ser siempre la misma, es distinta en cada mensaje cifrado con ella, porque ese resultado no solamente depende de la clave que cifra, sino también del texto del mensaje cifrado con ella. Así se asegura la integridad del mensaje, pues la más pequeña alteración, aun en un sólo *bit*, le convierte en una jerga ininteligible.

Por eso los textos legales no definen la firma electrónica solamente como unos “datos” (Directiva Comunitaria) o “un conjunto de datos” (Real Decreto-ley español), “en forma electrónica”, sino como unos datos o conjunto de ellos “anejos” o “asociados” a otros datos electrónicos (textos de la Directiva y del Real Decreto-ley), idea que pone más gráficamente de relieve la expresión “sello de datos” (Alemania), o bien la referencia al “resultado” de un “procedimiento” (Italia), al “uso de un procedimiento” (Francia). En la doctrina es muy precisa la definición de ZAGAMI: la firma digital es “un conjunto de caracteres alfanuméricos resultante de complejas operaciones matemáticas de criptografía efectuadas por un ordenador sobre un documento electrónico” (9).

Las leyes alemana e italiana, acordes con esta realidad, expresamente se refieren al procedimiento técnico de pareja de claves asimétricas, privada y pública, con lo que dan más nitidez y seguridad al sistema, aunque con el evidente riesgo de quedar obsoletas por el progreso tecnológico; no hablan, sin embargo, de firma digital “avanzada”, pero dejan fuera del sistema aquellas firmas digitales originadas por otros procedimientos técnicos (Alemania), o las reconocen menores efectos (Italia).

El texto francés insiste en la vaguedad; la firma electrónica a la que concede mayores efectos –sin denominarla tampoco “avanzada”–, “consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación”, y encomienda a un decreto en Consejo de Estado la fijación de la condiciones tecnológicas para esa firma electrónica de mayor eficacia. No anda demasiado alejado de esta solución el sistema español, que resuelve la indeterminación tecnológica de la firma electrónica avanzada a través del Reglamento de Acreditación de los Prestadores de Servicios de Certificación, aprobado por Orden de 21 de febrero de 2000, que también regula la evaluación del producto de firma electrónica.

Alemania, artículo 2. (1): “Una firma digital, en el contexto de esta ley, es un sello de datos digitales creado con una llave privada, que permite determinar el propietario de la firma y la ausencia de adulteración de los datos, a través de la llave pública asociada a la anterior y determinada en un certificado”.

Italia, artículo 1 “... se entiende: ... b) por firma digital, el resultado del procedimiento informático (validación), basado sobre un sistema de bases asimétricas en pareja, una pública y otra privada, que respectivamente permiten al suscriptor, por medio de la clave privada, y al destinatario, por medio de la clave pública hacer manifiesta y verificar la proveniencia e integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos”.

(9) ZAGAMI, Raimondo: “Firme digitale, Crittographia e validità del documento elettronico”, en *Diritto Informatico*, 1996, pp. 153-54.

Francia, artículo 1364.4, párrafo 2: “Cuando (la firma) es electrónica, consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación que garantice su nexo con el documento al que se agrega”. La fiabilidad se presume cuando “la firma electrónica es creada, la identidad del firmante asegurada y la integridad del documento garantizada, en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado”.

c) Definida esta firma electrónica avanzada, quedan fuera aquellas otras a las que la Exposición de Motivos de la Posición Común denominaba “las demás firmas electrónicas” (B.1.a). Éstas no se definen, ni hace falta hacerlo, porque su concepto es puramente negativo; son aquellas firmas electrónicas que no reúnan todos los requisitos que se exigen para que una firma electrónica pueda ser calificada como “avanzada”.

La eficacia de las firmas electrónicas no avanzadas tiene que ser más reducida, según ya hemos indicado; pero “deberán beneficiarse, al menos, del principio de no discriminación –sigue diciendo la Exposición de Motivos de la Posición Común– y, por lo tanto, no podrá considerarse que carecen de efecto jurídico únicamente porque aparezcan en forma electrónica o porque no respondan a los requisitos previstos para las firmas electrónicas avanzadas”. El artículo 3.2 de nuestro Real Decreto-ley así lo dispone: “A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior (referente a la firma electrónica avanzada), no se la negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”. No se les puede negar eficacia jurídica; no pueden excluirse como medio de prueba; pero nada más.

También la Directiva 1999/93, artículo 5, bajo la rúbrica de “Efectos jurídicos de la firma electrónica”, después de haber dedicado el número 1 a los que produce la firma electrónica avanzada, contiene en el número 2 algunos efectos generales, que por tanto vienen a ser los únicos que corresponden a las firmas electrónicas no avanzadas: “2. Los Estados miembros velarán porque no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que: –ésta se presente en forma electrónica, o –no se base en un certificado reconocido, o –no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o –no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma”.

En el Derecho italiano, conforme al artículo 5.2 del Reglamento, el documento informático que no está provisto de una firma digital que reúna los requisitos exigidos por el artículo 10, no tiene la eficacia del documento privado, sino la de las reproducciones mecánicas (fotográficas, cinematográficas, fonográficas, etc.) de manera que hará “plena

prueba de los hechos y de las cosas representadas si aquél contra el que se producen no desconoce su conformidad con los hechos o con las cosas mismas" (art. 2712); lo que según hemos anticipado no nos parece un medio de prueba, sino un fenómeno de admisión por la parte contraria de unos hechos que, en consecuencia, no es preciso probar. Y el Derecho francés niega la presunción de fiabilidad a las firmas que no reúnan las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado (art. 1316.4, párrafo segundo), de manera que habrá de probarse la identidad del signatario y la integridad del texto; en otro caso, según buena parte de la doctrina francesa, valdrán como principio de prueba por escrito, conforme al artículo 1347 del *Code* (10).

Los mismos efectos que la firma electrónica no avanzada parece que, como mínimo, serán los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en los *sistemas cerrados y convencionales*; la Exposición de Motivos de la Directiva comunitaria se refiere a ellos con las siguientes palabras: "16) La presente Directiva contribuye al uso y al reconocimiento legal de la firma electrónica en la Comunidad; no se precisa un marco reglamentario para las firmas electrónicas utilizadas exclusivamente dentro de sistemas basados en acuerdos voluntarios de Derecho privado celebrados entre un número determinado de participantes. En la medida en que lo permita la legislación nacional, ha de respetarse la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas; no se debe privar a las firmas electrónicas utilizadas en estos sistemas de eficacia jurídica ni de su carácter de prueba en los procedimientos judiciales". También ha sido la doctrina francesa la que más ha estudiado en nuestro tema estos pactos sobre la prueba (11).

d) Muy superiores son los *efectos jurídicos de la firma electrónica avanzada*. Junto a los ya referidos de la identificación del signatario y de la garantía de la integridad del texto, que figuran en la misma definición del artículo 2.b), el artículo 3.1 del Real Decreto-ley añade una norma general, a la que en parte ya nos hemos referido: "La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los

(10) LABARTHE, Françoise: *La notion de document contractuel*, Librerie Générale, París, 1994, pp. 75 y ss.

(11) LABARTHE, *op. cit.* en la nota anterior, pp. 81 y ss.

criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”. El precepto tiene igualmente un origen comunitario.

Directiva 1999/93, artículo 5.1: “Los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma: –a) satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y –b) sea admisible como prueba en procedimientos judiciales”.

Queda así sentado un criterio, no de igualdad de naturaleza, sino de equivalencia jurídica entre firma manuscrita en papel y firma electrónica, también proclamado en el Derecho italiano: “La aposición o la asociación de la firma digital al documento informático equivale a la suscripción prevista para los actos y documentos en forma escrita sobre soporte papel” (art. 10.2 del Reglamento).

IV. Estamos ya en condiciones de estudiar el objeto principal de esta comunicación, la *aplicabilidad de la firma electrónica a los documentos contractuales*.

a) El *planteamiento* de la cuestión nos viene dado por los mismos textos legales. “Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-ley –dice nuestro 14/1999, art. 1.2– no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones”.

La Exposición de Motivos de la Directiva 1999/93 ya advierte: “17) La presente Directiva no pretende armonizar las legislaciones nacionales sobre contratos, en particular por lo que respecta al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contractual relativas a la firma; por dicho motivo, las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos, ni para (*sic*) las normas que determinan el lugar en que se considera celebrado un contrato”. Y en consonancia la Directiva dispone en su artículo 1: “La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. = La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en

las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, que rigen el uso de documentos”.

El estudio del Derecho comunitario nos llevaría demasiado lejos (art. 222 del Tratado de Roma; Directivas 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 y 97/7/CEE, de 20 de mayo de 1997, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, y sobre contratación a distancia, respectivamente; Proposición de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior, citada en la nota 4, etc.); lo mismo ocurriría con el Derecho español. Y además resultaría innecesario, por mantenerse nuestro trabajo en términos generales.

“Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley –añade el texto español– no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos”. Las llamadas autoridades de certificación nunca pudieron ser consideradas fedatarios públicos; menos ahora, cuando ha quedado claro que no son “autoridades”, ni funcionarios, ni profesionales encargados de una función pública, sino “Prestadores de Servicios de Certificación”, esto es, empresarios particulares, en libre competencia, de un género especial y regulado de comercio.

Estos textos aparecen divergentes, según decíamos en la Introducción, con los de Italia y Francia, que también caben, desde luego, dentro del abanico de posibilidades que abre la Directiva. En el Derecho italiano el documento informático provisto de los requisitos establecidos “satisface el requisito legal de la forma escrita” (art. 4.1); si está “suscrito con firma digital” conforme al Reglamento, “tiene la eficacia de documento privado en el sentido del artículo 2702 del Código civil” (art. 5.1); y su firma puede ser autenticada por notario, con lo que “se tiene por reconocida en el sentido del artículo 2703 del Código civil” (art. 16). Mayor divergencia presenta el sistema francés, que extiende la aplicabilidad de la firma electrónica al documento público: el escrito sobre soporte electrónico tiene la misma fuerza probante que el escrito sobre soporte papel (art. 1316-3), y se admite como prueba a su mismo nivel (art. 1316.1), de manera que a falta de ley o de pacto, el juez determinará cuál sea más verosímil, cualquiera que sea su soporte (art. 1316-2); incluso, como decimos, cuando se trata de documentos públicos (arts. 1316-4 y 1317).

Pero no solamente hay divergencia entre los textos italiano y francés y los textos comunitario y español, sino que parece haber verdadera incongruencia dentro de estos últimos, pues sus afirmaciones de que la firma electrónica avanzada satisface “el requisito jurídico de una firma...

del mismo modo que una firma manuscrita” (Directiva, art. 5.1.a), tiene “el mismo valor jurídico que la firma manuscrita” (art. 3.1 del Real Decreto-ley), no se compaginan con la restricción de su aplicabilidad.

Queda así planteado el núcleo de esta exposición; si es acertada la delimitación del ámbito de aplicación de la firma electrónica que hace nuestro Real Decreto-ley, siguiendo al Derecho comunitario, y está por tanto, equivocada la equivalencia de la llamada firma electrónica y la firma de nuestros documentos-papel; o, por el contrario, el acierto está en esa equivalencia, y son las restricciones a la aplicabilidad de la firma electrónica las que en vía de principio carecen de justificación.

b) En la doctrina es frecuente encontrar la afirmación de que la firma electrónica es, pura y simplemente, una firma más; “una ulterior modalidad” de la firma, en expresión de DEL VECCHIO (12). El argumento en contra resulta elemental: si así fuera sobrarían todas las disposiciones legales de que venimos tratando, pues bastaría con aplicar las normas tradicionales anteriormente vigentes. Sin embargo, esas modernas disposiciones, más cautas, hablan sólo de una equivalencia de efectos; para profundizar en el tema no es suficiente, por tanto, aquel planteamiento puramente lógico según el cual si la firma electrónica es una firma ha de tener el mismo campo de aplicación que las demás firmas; es preciso aclarar cuáles son la estructura de la firma y su función para apreciar la razón de la equivalencia. Empecemos por la *estructura de la firma*, generalmente descrita como *manuscriptura*.

La firma, como dice muy bien el reciente texto francés, es el “lazo” que une al firmante con el documento en que se pone (art. 1316.4.2), el nexo entre la persona y el documento. Para establecer ese lazo, la firma no necesita ni ser nominal, ni ser legible; esto es, no requiere expresar de manera legible el nombre del firmante; en una palabra no requiere aptitud para desempeñar aquella función indicativa de la firma que señalaba CARNELUTTI y a la que se han agarrado los informáticos, pero que ni antes ni mucho menos ahora los documentos escritos acostumbran a cumplir; los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quién es su autor (ni quiénes son las demás personas que en ellos intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento (*inscriptio, praescriptio*), o en el cuerpo del documento; la función indicativa de la firma electrónica es, como ya hemos señalado, una exigencia de la contratación a distancia, y no de los conceptos de documento y de firma.

(12) VECCHIO, Benedetto del: “Riflessioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica”, *Rivista del Notariato*, 1991, p. 992.

Al constituir el lazo o nexo de la persona con el documento, la firma tiene que ser “documental” y “personal”, ha de haber sido puesta en el documento por el firmante “en persona”. La idea suele expresarse como “manuscritura”, escritura con la propia mano, del puño y letra del suscriptor; pero esta formulación resulta estrecha, tiene que ser ampliada a cualquier otra “grafía” puesta en el documento por el firmante mismo, a toda “olografía” o “autografía”; porque lo que en realidad subyace en el requisito de la manuscritura es la actuación del signante mismo en el documento. En consecuencia, la manuscritura puede ser sustituida por cualquier otra grafía del signante que necesariamente haya de ser personal, como hasta ahora viene ocurriendo con la huella dactilar, pero no por una grafía que pueda ser impuesta por un tercero, o por procedimientos que permitan a terceros imponerla.

El reciente legislador francés se planteó la cuestión. En el anteproyecto de ley añadía un artículo 1322.1, nada más comenzar a tratar “Del documento bajo firma privada”; la firma –decía– “consiste en la aposición manuscrita de un nombre o de otro signo personal incorporado al documento sobre el cual se coloca o, cuando es electrónica, en el uso de un proceso fiable de identificación que garantiza el lazo con el documento al que se asocia”; el precepto proyectado fracasaba, como tenía que fracasar, en su pretensión de dar un concepto unitario de firma para los documentos papel y electrónico; quizá por ello no llegó a aprobarse, porque ponía bien de manifiesto que se trata de cosas distintas; la firma hasta ahora era un signo “personal”, generalmente manuscrito, y la firma electrónica es el resultado de un “proceso” de aplicación de unos datos electrónicos a un texto electrónico. En cambio, ha llegado al *Code* una modificación, aunque pequeña muy significativa, ya citada, en el artículo 1326; según este precepto cuando una sola parte se obliga, bajo su firma, frente a otra a pagarle una suma de dinero o un bien fungible, el documento debe tener la mención aprobatoria (*bon pour*, o *approuvé*) del montante de la obligación, escrita por el deudor “*de sa main*”, de su mano, palabras que ahora han sido sustituidas por las de “*par lui-même*”, por sí mismo; es precisamente lo que venimos sosteniendo respecto de la firma, que la esencia de la firma radica en ser una grafía puesta en el documento por la actuación “personal” del firmante, de manera que éste actúe “por sí mismo”, aunque no lo verifique “por su mano”, manuscribiendo.

En el caso de la firma electrónica, el certificado reconocido del prestador del servicio de certificación acreditará, con la eficacia que sea, quién es el titular de la clave pública con la que el documento ha sido descryptado; y de ello resultará quién es el titular de la clave privada con la que fue encryptado, porque el titular de ambas claves tiene que ser la misma persona; pero esta persona no tiene que ser necesariamente la

misma que ha codificado el texto, pues ese certificado, por “reconocido” que sea, en manera alguna puede acreditar que el titular mismo de ambas claves es quien ha actuado su clave privada para cifrar el documento, hecho que el certificador ignora por completo, porque no estaba allí; toda la tecnología de la doble clave asimétrica no puede determinar quién accionó la clave privada; lo mismo que la matrícula de un coche sirve para identificar a su titular, pero no para saber quién lo conducía al tiempo de un accidente. La firma electrónica avanzada, por tanto, identifica al “titular” de la pareja asimétrica de claves, pero no identifica al “firmante”, que puede ser otra persona distinta.

c) La función primordial de la firma no es esa identificación del firmante, sino la de ser instrumento de su declaración de voluntad. También desde este punto de vista se comprueba la inadecuación de la llamada firma electrónica para los documentos contractuales.

La verdadera función de la firma es, en efecto, la *función declarativa*, que es la que exige esa actuación personal del signante —enmascarada bajo el requisito de la manuscritura— imponiendo al documento una grafía. Una firma declara muchas cosas; declara que aquello es un documento, y no un proyecto o borrador, puesto que no hay documento sin autor; declara, al ser suscripción, que el documento está terminado, a la manera de la *completio* de los tabeliones bizantinos; declara que el firmante asume como propio el documento, y lo aprueba y confirma, en el concepto (otorgante, testigo, etc.), y en la medida, que el mismo documento establece. Pero la firma no se limita al documento, pues lo que principalmente se firma es su contenido, las manifestaciones o declaraciones que el firmante efectúa mediante el documento, y por tanto en los documentos negociales su declaración de voluntad.

La firma del otorgante es, pues, esencialmente “la manifestación exterior del consentimiento” (BEUDANT), “un acto jurídico sustancial” (COMOGLIO) (13); la firma, como bien dice el reciente texto francés, “manifiesta el consentimiento de las partes a las obligaciones que derivan del documento” (art. 1316.4.1); o mejor, en expresión de DEL VECCHIO, la firma “constituye el punto de confluencia de la actividad negocial y de la actividad documental”, “es un elemento esencial del negocio y del documento” (14).

(13) BEUDANT, Ch.: *Cours de Droit civil français*, 2.^a ed., tomo IX, París, 1953, núm. 1194, a), p. 268. COMOGLIO, Luigi Paolo: “Le prove”, *Trattato di Diritto Privato* dirigido por Pietro RESCIGNO, 19 *Tutela dei diritti*, III, Torino, Utet, 1985, Ristampa, 1990, p. 269.

(14) DEL VECCHIO, *op. cit.* en nota 12, pp. 982 y 983.

En contra, huyendo del argumento, un gran especialista en Derecho informático, ZAGAMI: “*Función declarativa*. No es una consecuencia que deriva natural y lógicamente de la suscripción, sino que ha nacido como simplificación de la adopción de fórmulas más complejas que, primero por vía convencional, después por recepción legislativa, han desaparecido casi enteramente. Es posible por tanto que se atribuya el mismo valor a la aposición de una firma digital” (15).

No hay tal origen convencional. La firma tuvo siempre naturaleza declarativa; pueden servirnos de ejemplo las Partidas: “el fazedor del testamento deue escreuir su nome en la fin de la carta, diziendo así: Yo fulano, otorgo que fize este testamento, en la manera que es escrito en esta carta” (P6.1.1). La fórmula se ha sintetizado, pero su naturaleza declarativa no ha variado.

En la serie de pensamientos que conducen a una declaración de voluntad, hay que distinguir aunque “con las debidas reservas”, reconoce SCIALOIA, “la *voluntad* de la simple *inteligencia*, del *acto intelectual*” (16). Frente a la consideración unitaria de la declaración de voluntad domina actualmente la distinción, dentro de ella, entre la declaración de voluntad propiamente dicha –subdividida a veces, en voluntad de actuar y voluntad de declarar–, y la voluntad negocial, concebida diversamente como el contenido de aquella declaración de voluntad o como la intención o propósito perseguido. La diferenciación se acrecienta en los casos de mayor complejidad, en que el contenido de la manifestación se objetiva en un “texto” (17), y en los supuestos de pluralidad de partes, en que las declaraciones son necesariamente varias, tantas como personas, mientras que los textos contractuales, para unos son también varios, aunque idénticos, y para otros, frente a la pluralidad de declaraciones hay un texto contractual único, común a todas las partes. En la vida jurídica se encuentran supuestos de una y otra clase, que en parte producen consecuencias también diversas.

Esta distinción entre “declaración” y “texto declarado” no es, pues, una sutileza de los juristas, sino una realidad que se remonta al mismo Derecho romano.

En el testamento *per aes et libram*, según se describe en las *Institutiones* de GAYO (2.104) y en las *Reglas* de ULPiano (20.9), las disposiciones del

(15) ZAGAMI, Raimondo: *La firma digitale*, Convegno Catania, 25.10.1996, *Diritto, Telematica e Amministrazione della Giustizia* http://www.lex.unict.it/news/convegna/convegno_25-10/zagami/relazione.hmt, p. 13.

(16) SCIALOIA, Vittorio: *Negocios jurídicos*, traducción de la 4.ª ed. italiana por Francisco de Pelsmaeker e Iváñez, Sevilla, 1942, p. 29.

(17) SACCO, Rodolfo: “Il contratto”, volume sexto, tomo secondo, del *Tratatto di Diritto Civile Italiano* sotto la direzione di Filippo Vassalli; UTET, 1975, pp. 102 y ss. Pueden verse también BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, pp. 51 y ss., y FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 50 y ss.

testador no se hacían ya oralmente, sino por remisión a un escrito, “*ut in his tabulis cerisque scripta sunt*”, según están escritas en estas tablas enceradas.

Y lo mismo ocurría en la estipulación, acto entre vivos esencialmente oral, en que la obligación nacía “*verbis*”, por las palabras (“*verba, ex quibus obligatio oritur*”, PAULO, D, 45.1.126.2), mediante una pregunta y una respuesta congruente. Y sin embargo se admitió también, ya desde los tiempos de ALFENO, que la pregunta pudiera hacerse por remisión a un escrito, ¿darás, o harás, estas cosas que aquí están escritas? (“*haec quae supra scripta sunt?*”, PAULO, D, 17.2.71 pr. y D, 45.1.140 pr.).

Pues bien, la declaración de la voluntad de una persona, la exteriorización de lo que esa persona quiere (dejando a un lado el supuesto de la representación), sólo ella misma puede realizarla; un gran filólogo, VOSSLER dejó escrito: “La expresión inmediata de la voluntad es, desde luego, la acción, no la palabra; es obrar, no hablar. Siempre tiene en sí el lenguaje, como expresión de la voluntad, algo indirecto, impropio, reflejo, traslaticio, mediatizado, figurado o —con un término de valor teórico-tópico... No existe de hecho en ninguna lengua de la tierra una expresión de la voluntad, del deseo, encargo o mandato que no sea figurada” (18).

La firma, como acción, como actuación personal, es por ello imprescindible en los documentos negociales, aquellos por los que se verifica una declaración de voluntad (o se confiesa una declaración de voluntad precedente); en ellos la firma no es un mero “requisito” del documento, como suele decirse, sino que es lo que “hace” documento de lo que antes de ella no era más que un proyecto; es el elemento de la documentificación, de la validación documental de los diplomatas; sin firma no hay documento negocial... porque no hay negocio.

La esencialidad de la firma en el documento privado fue ya proclamada por los clásicos: “el que firmó un escrito se entiende que lo ha aprobado” (MASCARDO); “toda la fuerza de la aprobación se encuentra en la firma” (MENOCHIO) (19); hasta el punto de que en el Derecho francés los documentos privados se denominan *actes sous seing privé* (arts. 1322 y ss. del *Code*). Lo mismo ocurre en la escritura pública, que es el documento notarial negocial (20).

(18) VOSSLER, Karl: “Los límites de la sociología lingüística”, en p. 256 de *Filosofía del lenguaje. Ensayos*, Buenos Aires, Losada, 2.^a ed., 1947.

(19) MASCARDO, José: *Is, qui scripturam aliquam conscripsit, ipsam approbare videtur* (*Conclusiones omnium probationum quae in utroque Foro quotidie versantur*, Augustae Taurinorum, Volumen Tertium, MDCXXIII, folio 90v). MENOCHIO, Jacobo: *Tota vis approbationis in subscriptione sit* (núm. 9, I-434); *Consensus elicitur in sola ipsa subscriptione* (núm. 14, I-435); (*De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis Commentaria*, Genevae, Tomus Primus, MDCLXXX, Liber Tertius, Praesumptio 66).

(20) Conf. mi conferencia “La forma notarial de la declaración de voluntad”, pronunciada el 29.4.1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 30, abril-junio 1999, especialmente p. 220.

Cuando, en contra de esa esencialidad, se ha hablado como IRTI de la “crisis de la suscripción” (21), cuando se quiere alegar la existencia de documentos tradicionales sin firma, o como caso más llamativo se cita el artículo 11 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (22), siempre se piensa o se acude a documentos probatorios, que pueden no precisar firma, por importantes que sean sus efectos.

La firma electrónica no puede llenar esta función declarativa por no exigir una actuación personal, que es imprescindible para exteriorizar la propia voluntad.

Mucho menos puede admitirse, y ni siquiera concebirse, que los servicios técnicos y administrativos de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda permitan “acreditar la identidad del emisor y del receptor de la comunicación, *así como la autenticidad de su voluntad*”, como dice el Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio, artículo 3.1.a).

d) Desde ambos puntos de vista, como grafía y como función, con total congruencia, la firma precisa de una actuación personal del firmante, una actuación física, corporal, del firmante mismo, porque sólo así puede ser instrumento de su declaración de voluntad. La consecuencia es obvia: *la llamada “firma electrónica” no es firma*. ¿Por qué la llaman “firma”, si no lo es?; ni siquiera se la califica, como en tantos otros aspectos de la informática, de firma “virtual”, con una polisemia sembradora de confusionismos; porque según ha puesto de relieve FRISON-ROCHE, en una dirección aristotélica “la virtualidad de un hecho designa el desenvolvimiento que alcanzará mañana”, y ha obtenido en el Derecho aplicaciones tan notorias como la teoría del título y el modo; pero actualmente, “por la trasposición literal del término *virtuality*”, la virtualidad recibe una acepción platónica, “por referencia a un mundo de reflejos y de realidades ideales” (23), sin existencia real, ni actual ni futura, que jurídicamente sólo puede ser fuente de confusiones, que a veces parecen buscas de propósito.

(21) IRTI, Natalino: *Idola libertatis*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 75.

(22) Art. 11: “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito, ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. “Las pocas referencias de la Convención a la forma escrita —comenta John O. HONNOLD—, no exigen firma ni ningún otro signo o marca de validez” (*Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, 1987, p. 127).

(23) FRISON-ROCHE, Marie-Anne: “L’immatériel à travers la virtualité”, pp. 139-48 de *Archives de Philosophie du Droit*, tome 43, “le droit et l’immatériel”, 1999; las palabras citadas en pp. 142 y 146.

La clave privada de la firma electrónica puede ser utilizada, como veíamos, para la criptación del texto por un tercero, incluso sin consentimiento ni conocimiento de su titular, y entonces nadie podrá decir que el titular ha declarado nada; quien ha declarado es una tercera persona de su entorno en la que había depositado su confianza, que había memorizado, al usarse en su presencia, no ya los innumerables dígitos de la clave privada misma, lo que sería imposible, sino los poquísimos que permiten el acceso a ella a través de un PIN o de una *password*, o que se había apoderado del soporte en que está registrada; piénsese, sobre todo, que la clave privada puede registrarse en cualquier tipo de soporte, como admite el artículo 7 del Reglamento italiano, y que ese soporte no será necesariamente único, sino que por el contrario el volumen de la empresa exigirá muchas veces una pluralidad de soportes de clave privada.

“Todavía no se ha encontrado un equivalente funcional de la firma”, escribía en 1957 RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS con referencia al disco fonográfico y a la escritura Braille (24); lo mismo ocurre hoy con el documento informático.

e) Ahora bien, si no es “firma”, ¿qué es la llamada firma electrónica? A mi manera de ver, *la firma electrónica es un sello*, un perfeccionamiento del sello improntado en el documento con un signáculo, que trasciende todo el texto sellado, y lo encripta, con lo que por añadidura se logra la integridad del documento.

La distinción entre la firma y el sello radica precisamente en que la firma exige una actuación de la persona misma del firmante, mientras que el sello puede imponerse por otra persona. Por ello solamente en el Derecho público arraigó el documento sellado con un *authenticum sigillum* (25), porque las que podríamos llamar Administraciones Públicas tenían los *Selladores* de que nos hablan las Partidas (26), que sellaban los documentos y custodiaban los sellos bajo rigurosas normas penales. Y por la misma razón el signo notarial es firma, y no es sello, porque exige una actuación personal del notario mismo, y de acuerdo con esta naturaleza el artículo 196.3 del Reglamento Notarial dispone: “A ningún Notario se le concederá autorización para signar ni firmar con estampilla”. La estampilla, en formas tradicionales, o mediante sofisticadas “máquinas de firmar” de moderna invención, no firman, sino que estampan “sellos”.

(24) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “Concepto y clases de documentos”, *Revista de Derecho Notarial*, XVI, abril-junio 1957, p. 21, y *Estudios de Derecho Notarial*, I, p. 285.

(25) Conf. la decretal X, 2.22.2, *Scripta vero authentica*, del Pontífice Alejandro III, año 1166.

(26) Conf. Partidas, III.19, *De los sellos, e de los selladores de la Cancillería*, leyes 1-12.

Mi opinión de que la firma electrónica es un sello –no en vano procede del mundo anglosajón– está lejos de ser aislada; SILVIA MICCOLI le llamó “sello digital”, y GAETE “*sigillum informaticum*” (27); y si de la doctrina pasamos a la legislación, la Ley alemana según hemos visto define la firma digital como un “sello –*Siegel*– de datos digitales” (art. 2.1); en la italiana asoma esta idea al afirmar que la aposición de firma digital integra y sustituye a la aposición de “sellos, punzones, timbres, contraseñas y marcas” legalmente previstas (arts. 10.6 y 16.3); y en nuestro Derecho es sintomático que el artículo 81 de la Ley 66/1997 y disposiciones que la desarrollan, encarguen la prestación de servicios de seguridad para la comunicación electrónica en el ámbito de la Administración Pública precisamente a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre; la memoria nos lleva a la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, dada por el dictador SILA el año 81 antes de Cristo, que al penar conjuntamente la falsificación de la moneda y la falsificación de los sellos de los testigos de un testamento (la declaración del testador era oral; repitamos que el sello no es apto para una declaración de voluntad), puso bien de relieve, como nos dice ÁLVARO D’ORS que “el elemento común era el abuso del signo” (28).

Seguramente es de la misma opinión el artículo 812.1.^a de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, que permite acudir al proceso monitorio a quien acredite una deuda “mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal física o electrónica, proveniente del deudor”.

f) El documento informático puede evidentemente ser entre nosotros *forma de un contrato*, en virtud del principio de libertad de forma, y “no se le negarán efectos jurídicos”, según dispone el artículo 3.2 del Real Decreto-ley; pero esta posibilidad queda en lo demás al margen de la normativa que estudiamos, española y comunitaria, aunque se trate de firma digital avanzada, porque esas legislaciones no abarcan el documen-

(27) MICCOLI se refiere a “la impropia denominación” de firma digital con estas palabras: “llamar al algoritmo que identifica al autor del mensaje electrónico firma digital o firma electrónica es impreciso, y posible fuente de equivocaciones”; y concluye: “la firma digital corresponde perfectamente a la impronta del sello”, y debe llamarse “*rectius*: sello electrónico”; GAETE utiliza la expresión de “*sigillum informaticum*”. Conf. MICCOLI, Silvia: *La sicurezza giuridica nel commercio elettronico*, Università degli Studi di Pisa, Tesi de Laurea, Anno Accademico 1994-1995, pp. 29 y 31; GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto: “Instrumento público electrónico”, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Lleida, 1998 (inédita), I, p. 263 y nota 724.

(28) D’ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro: *Contribución a la historia del crimen falsi*, Studi Volterra, II, p. 546.

to electrónico en su totalidad, sino que se limitan a regular el uso de la firma electrónica para promocionar su difusión en el tráfico. Como consecuencia, y en virtud de la disposición expresa del artículo 1.2 del Real Decreto-ley, el documento informático no será aplicable en los supuestos excepcionales de exigencia legal de una forma determinada, pública o privada, cualquiera que sea la intensidad con que se exija; lo mismo, por tanto, si la forma se exige *ad solemnitatem*, o se trata de formas vinculadas a efectos más limitados, como sucede en el Código civil con los supuestos del artículo 1.280 y en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con el artículo 517, que no incluye el documento informático entre los títulos ejecutivos.

No cabe desconocer que muchas veces resultará difícil escindir los efectos del documento informático de los efectos de la firma digital, que es su elemento creacional; pero también peca de simplista la solución italiana y francesa que creen resolver todos los problemas con la afirmación de que el documento informático provisto de los debidos requisitos “satisface el requisito legal de la forma escrita”, según dice el artículo 4.1 del Reglamento italiano, o como más ampliamente expresa el artículo 1316 francés “la prueba literal, o prueba por escrito, resulta de una serie de letras, de caracteres, de cifras o de cualesquiera signos o símbolos dotados de un significado inteligible, cualesquiera que sean su soporte o sus modalidades de transmisión”; posiblemente se ha querido superar una larga tradición de considerar la prueba documental como prueba “literal”, según las rúbricas de los Códigos francés e italiano de 1865.

g) Pasando de la forma a la *eficacia probatoria*, la firma electrónica no puede ser excluida como prueba en juicio, según el mismo artículo 3.2, pero aunque sea avanzada no es una prueba legal mediante documento privado, por excluirlo el artículo 1.2, de manera que en todo caso su valor probatorio será apreciado por los tribunales según las reglas de la sana crítica. Para comprobar estos asertos no estará de más echar un vistazo a la doctrina italiana, donde la cuestión ha sido ya objeto de interesantes estudios.

Recordemos, para centrarnos, que según el artículo 5.1 del Reglamento italiano, el documento informático suscrito con firma digital que cumpla los requisitos reglamentarios, tiene la eficacia de documento privado conforme al artículo 2702 de su Código civil, y por tanto hace prueba plena hasta que-rella de falsedad si aquel contra el que se produce reconoce su firma, o bien ésta se considera legalmente como reconocida; los artículos 214 y siguientes del Código procesal civil italiano establecen que el pretendido autor del documento puede limitarse a desconocer la firma, correspondiendo entonces a la otra parte instar el procedimiento de verificación.

Pongamos nuestra atención en el punto clave de la ilícita utilización de la clave por un tercero.

Las dos tesis extremas han sido defendidas por ZAGAMI y por FERRARI. ZAGAMI (29) considera superflua la normativa dictada, en cuanto que siempre tiene que haber precedido una certificación que hace innecesaria la ulterior verificación de la firma. En sentido opuesto, FERRARI (30), planteando nuestra objeción, estima que “el procedimiento de certificación que precede a la entrega de la clave pública proporciona una certeza sólo en orden a la identificación del sujeto que ha solicitado la clave misma, pero no consiente de cualquier modo excluir que sucesivamente a la entrega, algún otro utilice ilegítimamente la clave entregada al titular. La existencia de este riesgo impone considerar imprescindible el reconocimiento expreso o tácito del documento informático por parte del sujeto contra el que se ha producido en juicio” (pp. 146-47); y a falta de reconocimiento, “en cuanto concierne al juicio de verificación, me parece que no puede ser negada su compatibilidad con el documento informático” (p. 148).

Una doctrina intermedia, difícilmente conciliable con el tenor literal del precepto italiano, ha sido expuesta por GRAZIOSI (31), que rechazando el desconocimiento de la firma no admite más defensa contra el documento con firma digital que la querella de falsedad, también aplicable cuando ha sido un tercero el que ilícitamente lo ha firmado. Estima este autor (p. 515) que el reenvío al artículo 2702 contempla “sólo el efecto jurídico previsto por esta norma”, lo que conduce “a una relevante simplificación”; pero no remite “a los supuestos de hecho a los que la misma norma liga aquel efecto procesal”, lo que supondría una “notable complicación” (p. 514) y “endosaría a la parte que produce el documento informático una carga probatoria quasi diabólica”, porque los medios con que contaría para probar la autenticidad de la firma digital desconocida “estarían verdaderamente reducidos al mínimo” (p. 516). “Ciertamente el riesgo de la falsedad de la suscripción permanece —reconoce GRAZIOSI—, y está conexionado principalmente a la eventualidad de que la composición de la clave privada venga fraudulentamente descubierta por sujetos distintos del titular, para ser utilizada ilícitamente en su daño. = Esta hipótesis y cualquier otra posible forma de contrafacción estarán obviamente cubiertas por el juicio de falsedad” (p. 517).

(29) ZAGAMI, *op. cit.* en nota 9, p. 163.

(30) FERRARI, Francesca: “La nuova disciplina del documento informatico”, *Rivista di Diritto Processuale*, enero-marzo 1999, pp. 129-62.

(31) GRAZIOSI, Andrea: “Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1998, II, pp. 481-529.

Y finalmente PATTI (32) empieza por reconocer que en el supuesto de la firma digital, “como sucede en otros casos en que la declaración viene confiada a instrumentos externos a la persona, y la conexión con el declarante prescinde del tradicional medio de imputación constituido por la suscripción autógrafa, surge el problema del uso no autorizado del instrumento –en la presente hipótesis de la clave de suscripción– por parte de sujeto distinto del titular” (p. 67); pero niega que exista entonces un problema de autenticidad de la firma, puesto que la clave utilizada ilícitamente por el tercero es la auténtica clave privada del titular: “la firma digital puesta por persona diversa del titular de la clave (y no autorizada a hacerlo)” no plantea “un problema de autenticidad de la firma digital (que para PATTI sólo surge en caso de «alteración de la firma digital», p. 76), sino de ilícita utilización del instrumento por obra de terceros”; no cabe en ese caso el “desconocimiento” de la firma digital, porque “ella es la suscripción de la persona que resulta titular”, y “no se puede afirmar y pretender demostrar que aquella no es su firma” (p. 67); por tanto, “el medio de tutela (del titular de la clave) no es el desconocimiento” (p. 75) de una firma que es auténtica, sino que estamos ante “una hipótesis de falsedad por contrafacción, a causa de la utilización abusiva del nombre de otro por parte de quien efectúa la declaración” (p. 77); es más, para ejercitar esta querrela de falsedad, el titular deberá “reconocer la propia suscripción: el reconocimiento constituye, en efecto, presupuesto para invocar tutela contra la ilícita utilización” (p. 76). Finalmente, en la “distinta hipótesis de la firma digital puesta por el sujeto que ha recibido la clave del titular y la ha utilizado en modo disforme a las instrucciones”, “resultan evidentes las analogías con el supuesto de la firma en blanco” (p. 79). Tiene que reconocer PATTI que el supuesto de hecho del artículo 2702 “presupone una suscripción autógrafa, basada sobre la necesaria conexión entre la insustituible acción del sujeto que resulta firmante y el resultado de la acción misma. Tal conexión falta, por el contrario, en la firma digital” (p. 75); con lo que viene proclamada la falta de identidad de la llamada firma electrónica con la firma autógrafa de los documentos tradicionales en papel.

En el momento genético hay, pues, una diferencia esencial entre firma manuscrita en documento privado y firma electrónica en documento informático, que impide aplicar a ésta las normas dictadas para aquélla. Esta realidad de las cosas no puede evitarse por una presunción de “la identidad del signatario”, a la manera introducida por la Ley francesa para el supuesto de firma electrónica creada en las condiciones fijadas

(32) PATTI, Salvatore: “L’efficacia probatoria del documento informatico”, *Rivista di Diritto Processuale*, enero-marzo 2000, pp. 60-92; ver especialmente, pp. 67 y 75 y ss.

por decreto en Consejo de Estado (art. 1316-4); porque la “identidad de la clave”, que es lo que intentan alcanzar esas condiciones, es algo totalmente distinto de la “identidad de la persona” que en el caso concreto ha utilizado la clave privada para la encriptación de un texto.

Las mismas diferencias abismales entre firma autógrafa en documento papel y firma electrónica existen, cuando sean desconocidas, en el momento procesal de su respectiva verificación. En la verificación judicial de la firma electrónica desconocida no vale el simple cotejo, porque no existe una firma igual con el que practicarle, sino que podrán plantearse las más diversas y complejas cuestiones de tecnología informática, pues incluso donde exista una presunción legal para la firma avanzada cabe la prueba en contrario; podrá también discutirse, a pesar de la aprobación de la Administración, la validez del certificado reconocido emitido por el Prestador del Servicio de Certificación, con la variedad de flancos que abre la vaguedad de los términos –“seguro”, “razonable”, “correcto”, “fiable”– que los textos legales utilizan; podrá plantearse la identidad de la persona que ha realizado la codificación, y sus relaciones con el titular de la clave; y claro es, si el titular de la firma electrónica la ha solicitado en representación de otra persona física o jurídica, cabrá igualmente discutir la existencia, suficiencia, etc., de esa representación. Por eso el artículo 326.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “cuando se impugnare la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto”; no pongamos la atención en la calificación de “documento privado”, que se hace en el sentido negativo de que no se trata de documento público, sino en el “cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto”, que pone de relieve la amplitud que la verificación puede alcanzar; precisamente para evitarlo se ha ideado, en vano, el complejo sistema de la verificación preventiva.

El Reglamento italiano, según ya hemos indicado, para evitar la posibilidad de utilización de la clave privada por un tercero, permite en el artículo 16.1 la *autenticación notarial de la firma digital*, con lo que la firma se tiene por reconocida (art. 2703 C.c.) y ya no es posible su desconocimiento, sino sólo la querella de falsedad. “La autenticación de la firma digital consiste –añade el número 2 del precepto–, en la atestación por parte del oficial público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 28, número 1, de la ley de 16 de febrero de 1913, n. 89)”. El precepto está bien intencionado, al salvar los dos fundamentales preceptos de la Ley Notarial italiana, relativos a la indagación de la voluntad de las

partes y al control de la legalidad del acto, los artículos 47.3, "*Spetta al nota-ro soltanto d'indagare la volontà delle parti ...*" y 28, "*Il nota-ro non può rice-vere atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico*".

Pero me parece difícil que un notario pueda dar fe de que la persona que ha identificado como titular de una determinada clave pública, acciona ante él precisamente la pareja clave privada para codificar el texto ya que, aun prescindiendo de su reciente variabilidad, la clave privada es por definición secreta, también para el notario.

Tampoco comprendo mucho la finalidad del depósito en el notario de lo que el depositante declara ser el soporte de su clave privada; y menos todavía la aplicación al caso de unas reglas como las del testamento cerrado, dictadas precisamente para cuando el depositante ha fallecido.

h) La Ley francesa de este año 2000 ha introducido en el Derecho positivo del país vecino, como forma y como prueba, el instrumento público negocial informático, en la terminología española *escritura pública informática*, que ha dejado de ser, por tanto, una mera elucubración doctrinal. Algo habrá, pues, que decir de ella, aunque quizá no pase de elucubración legal y nuestro Derecho la excluya en el artículo 1.2.1 del Real Decreto-ley 14/1999: "Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos". Recordemos que el Reglamento italiano tampoco acepta esa variedad instrumental, pues se detiene, según acabamos de ver, en la autenticación notarial de la firma digital, extendida por el notario en documento papel.

El problema que planteamos es totalmente distinto al de la *posibilidad de que los notarios actúen como Prestadores de Servicios de Certificación* de firmas electrónicas.

Prontamente se había llegado a la convicción de que el documento informático no podía funcionar de manera autónoma; que no bastaba con que el destinatario comprobase en una guía, a la manera de las de teléfonos, quién era el titular de la clave pública, sino que se precisaba la intervención de un Tercero de Confianza de las Partes, con carácter de verdadera Autoridad de Certificación, para identificar a ese titular, comprobar sus facultades, si intervenía en representación de otra persona y acreditar la vigencia de la certificación.

Estas misiones no podían ser asumidas por el llamado *notary public* norteamericano, lego en Derecho, por lo que en los Estados Unidos surgió la idea de perfeccionarle creando el que no con demasiado acierto se denominó *Cybernotario*; y en los países de Derecho latino se pensó, con evidente precipitación, que eran los mismos notarios latinos los que debían desem-

pañar el papel de Autoridades de Certificación; la “figura del notario latino –dice MARIO MICCOLI–, difícilmente se lograría compendiar más felizmente y más sucintamente que indicándole como *un sujeto de confianza de la sociedad dotado de terceraidad y poderes de certificación*, indicando por tanto los elementos que según la opinión prevalente deben ser propios de la *Certification Authority*” (33); con lo cual MICCOLI, nada menos que Presidente de la Comisión de Seguridad Jurídica e Informática de la Unión Internacional del Notariado Latino, se olvidaba de que Autoridad de Certificación y notario en manera alguna se identifican, aunque tengan algunas tareas comunes; el notario tiene otras funciones más amplias, de determinación de la voluntad de los otorgantes, información y consejo, redacción y adecuación, ajenas totalmente a esas Autoridades de Certificación nacidas –no puede olvidarse– en el ámbito del Derecho norteamericano; pero la Autoridad de Certificación tiene también funciones que actualmente no competen al notario latino, algunas de las cuales, quizá, no le sea posible asumir.

No insistimos sobre ello porque la Autoridad de Certificación ha sido despojada en todos los textos legales examinados de su carácter de autoridad, o de funcionario, o de ejerciente privado de funciones públicas, para quedar convertido en un empresario privado; un “Prestador de Servicios de Certificación”; con lo que terminará por abandonarse el sistema de seguridad jurídica preventiva, y sustituirle por un seguro privado, con arreglo a la mentalidad y a la práctica USA.

Toda prudencia es poca a la hora de introducir en el Derecho positivo un instrumento público negocial informático; es preferible dejar que el tiempo madure las sensibilidades y muestre los resultados favorables o desfavorables que se produzcan en otros ámbitos, puesto que como escribió LISERRE, los notarios están “mayormente expuestos, como categoría, a los riesgos y a las incertidumbres de una innovación que incide centralmente en su función de productores, por así decir, de autenticidad” (34).

Es conveniente, por tanto, comenzar por documentos notariales de menor entidad, como puedan ser las cédulas de notificación o requerimiento, o las copias autorizadas. Pero teniendo siempre en cuenta que se trata de verdaderos instrumentos públicos, que tienen que hacer fe por sí solos, por lo que no se puede exigir que vayan acompañados de un certificado reconocido expedido por un Prestador de Servicios de Certificación; en ello parece no haber reparado la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros de 26 de abril de 2000. Tendría que ser el Colegio Notarial respectivo, o el Consejo General del Notariado, el que certificara la clave pública de los notarios, que deberán tener registrada, a la manera de lo

(33) Conf. MICCOLI, Mario: “Commercio telematico: una nuova realta' nel campo del diritto”, <http://www.notariato.it/forum/rbogot.htm>; p. 7 de 12, respectivamente, 27.11.1997.

(34) LISERRE, Antonio: “L'avvento del documento elettronico”, *Rivista di Diritto Civile*, sep.-oct. 1998, pp. 475-82; las palabras citadas, en p. 481.

encomendado a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda para los documentos administrativos. Y así habríamos redescubierto la legalización.

Uno de los requisitos conceptuales de la escritura pública, como de todo documento público, es el de estar autorizada “con las solemnidades requeridas por la ley” (art. 1.216 C.c.); hace falta, pues, una ley que regule los requisitos formales de la escritura pública informática, que tantas modalidades tienen que presentar respecto a las actuales formalidades de la escritura pública en papel; la materia no puede encomendarse a un Decreto, como hace la ley francesa, porque no estamos en el ámbito administrativo, sino en el civil. Pero, junto a las solemnidades documentales, hay que tener siempre bien presentes las exigencias de la función notarial; entendía IRTI –para citar a un ilustre jurista que no sea notario– que “la introducción del documento público electrónico no empobrecería la figura del notario. El párrafo 3.º del artículo 47 –en el que residen la dignidad más alta y la responsabilidad más grave del notario– sobreviviría con diversos contenidos. La obligación de indagar la voluntad de las partes, y de *dirigir personalmente la compilación íntegra del documento*, asumiría una extraordinaria densidad tecnológica” (35); ello es cierto, pero insuficiente, porque hay que salvar la función notarial toda: el asesoramiento, el control de legalidad, la redacción, la explicación del contenido del documento, etc., con las necesarias modalidades de aplicación. En otro caso, el notario habría quedado convertido en notario “*virtual*”, expresión que también he leído, y el documento resultante sería paralelamente una escritura pública “*virtual*”, pero no una verdadera escritura pública.

Especiales dificultades presenta el asesoramiento notarial. La normalidad del documento informático no es otra que la contratación a distancia; cada uno de los otorgantes está en un lugar geográfico distinto, con su respectivo notario; la indagación de la voluntad “común” de las partes, el consejo “imparcial”, a una y otra, al mismo tiempo, no parece posible. El Código Europeo de Deontología Notarial de 1995, admite sin embargo que en las operaciones transfronterizas el notario del país de origen acompañe a su cliente en los otorgamientos en país extranjero, colaborando con el notario de este último país en el mismo asunto; ambos notarios, afirma, “deben buscar juntos una solución común que garantice el conjunto de intereses de las partes”; pero me parece que sobre

(35) IRTI, Natalino: “La memoria dell’impresa (dai quadernacci di Francesco Datini ai nastri magnetici)”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, I, pp. 52-59; las palabras citadas, en p. 59.

esa forma de autorización se cierne el riesgo de que un solo consejo notarial sea sustituido por dos consejos unilaterales, que poco tendrían de notariales.

No se aprecian, por otra parte, las ventajas de este sistema sobre el de otorgamiento separado de cada consentimiento en una escritura papel y comunicación telemática entre ambos notarios, que operando en tiempo real, eliminan muchas de las inseguridades jurídicas de los otorgamientos sucesivos.

V. Después de este largo recorrido estamos en condiciones de *concluir*: no existe esa equivalencia jurídica entre firma manuscrita en papel y firma electrónica proclamada en los textos legales; resulta, por tanto, plenamente razonable negar la aplicabilidad de la firma electrónica en toda clase de documentos públicos y privados que contengan declaraciones de voluntad. Sin perjuicio, claro es, de la general aplicación de la firma digital en el comercio electrónico, porque el comercio siempre ha actuado mediante hojas de pedido, albaranes, cartas de confirmación, telegramas, etc., esto es, mediante documentos de índole probatoria, ahora perfeccionados en el documento informático.

Se me dirá que el titular de la clave privada resultará *responsable*, por no haber guardado la debida diligencia en su custodia. Aunque los textos legales no se la imponen expresamente, esta obligación resulta de los mismos conceptos legales de clave electrónica avanzada, al referirse a los medios que el firmante puede mantener, o mantiene “bajo su exclusivo control” (Directiva, art. 2.2.c; Real Decreto-ley 14/99, art. 2.b). Pero la indemnización de unos daños y perjuicios, aunque se tratara de una responsabilidad objetiva, es algo totalmente distinto del vínculo contractual; las obligaciones contractuales no pueden nacer de una negligente custodia, sino *ex contractu*, de una declaración de voluntad (36).

La doctrina conoce, ciertamente, las llamadas relaciones contractuales de hecho, derivadas de la imputación de una conducta social típica; y también los “cambios de mercado”, con máquinas automáticas, en los centros comerciales, sobre módulos o formularios, televisivos, telemáticos (37); pero preguntémonos con OPPO si suponen una deshumanización del contrato, quien termina con las palabras de ALBERTO TRABUCCHI: “El

(36) Las disposiciones sobre vigencia de los certificados (art. 9), afectan a su vez a la responsabilidad del Prestador del Servicio de Certificación (art. 14), pero no confieren una eficacia sustantiva a sus Registros de Certificados.

(37) Conf. IRTI, Natalino: “Scambi senza accordo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, junio 1998, pp. 347-64.

contrato conserva siempre, sin embargo, su significado, y la sola hipótesis de su desaparición de las fundamentales relaciones de la vida en sociedad, tendría el significado de renuncia a considerar la libertad como base de las relaciones humanas” (38).

Pretender basar la contratación electrónica directamente en la ley, en los usos, o en la buena fe, y no en la voluntad de los contratantes y en su declaración, supone olvidarnos de toda la teoría del contrato (y del negocio jurídico) y sustituir nuestro sistema de la contratación por otro sistema de imputación de una conducta, de clara inspiración norteamericana. Repetía Don CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ, y con esto termino, que los pueblos cambian de habla, y hasta de religión, con menos dificultad que abandonan sus normas, sus tradiciones jurídicas (39); espero que los pueblos europeos sigan obrando de la misma manera.

(38) OPPO, Giorgio: “Disumanizzazione del contratto?”, *Rivista de Diritto Civile*, sep.-oct. 1998, pp. 525-33; cita de TRABUCCHI en p. 533.

(39) SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: *Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda*, pp. 559 y 560; (*Estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Universidad Autónoma de México, 1965).

CIENCIA FORMAL Y CIENCIA PRÁCTICA DEL DERECHO NOTARIAL (*)

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

Es para mí un doble honor inaugurar esta cátedra de derecho notarial en la Universidad de Almería y que lleve por nombre mis apellidos, conforme el convenio de colaboración firmado el 17 de noviembre de 1999 por el Decano Ilmo. Sr. D. JULIÁN PEINADO RUANO, representando al Ilustre Colegio Notarial de Granada, y por el Rector Magnífico, Excmo. Sr. D. ALFREDO MARTÍNEZ ALMÉCIJA, en representación de la Universidad de Almería. Ese doble honor es tanto más grande para mí porque esta cátedra podría haber llevado otros nombres más destacados en derecho notarial, tanto medievales como modernos y contemporáneos sobresalientes en el estudio de esta disciplina.

Tal vez esa elección que me ha favorecido –a la que trato de hallarle una explicación– sea debida a que se quiere orientar el pensamiento de esta cátedra más a la ciencia práctica del derecho notarial –al viejo *ars notariae*– que a la ciencia teórica y formal del mismo.

Para centrar bien lo que abarca el derecho notarial creo que es preciso diferenciar ambas ciencias, aun considerándolas –como las considero

(*) Lección inaugural de la *Cátedra de Derecho Notarial Vallet de Goytisoló* en la Universidad de Almería el día 9.3.2000.

yo— inseparables si son referidas a la función del que denominamos notariado latino.

1. “*Theoria*”, “*praxis*” y “*poiesis*”, con su inherente “*teckné*”, referidas al derecho.

* Distingue ARISTÓTELES (1): *theoria*, o entendimiento teórico, que trata de diferenciar la verdad y la falsedad, a fin de que el razonamiento sea verdadero; *praxis* que, guiada por la prudencia, trata de que nuestro obrar sea recto, con el fin de hacer (*agere*) el bien y abstenernos del mal (y, en el ámbito jurídico, hacer lo que sea justo y equitativo, y evitar lo injusto o inícuo); y la *poiesis*, que trata de idear o inventar cosas bellas o útiles, y de distinguirlas de las feas, inútiles o dañinas, con el fin de inventar mentalmente, primero, y fabricar técnicamente (*facere*), después, esas cosas bellas o útiles, empleando para esto la adecuada técnica (*teckné*).

Las distintas lenguas tienen algunas palabras que son sinónimas, otras análogas, algunas que resultan equívocas (verbi gracia, la palabra italiana *burro* que en castellano debe traducirse por mantequilla y no por burro) y otras palabras que en parte coinciden y en parte difieren, o que tienen diversa amplitud de significado. Así ocurre comparando la palabra griega *teckné* y la latina *ars*. Ésta incluye las *artes liberales* o bellas artes, las *artes sordidae*, o mecánicas, abandonadas a los esclavos, ambas correspondientes al significado en griego de *teckné*, y, además, las *artes civiles* o *urbanae*, entre las que se hallan las artes de la paz, que en griego corresponden a la *praxis*. En este segundo significado, escribió SALUSTIO: *in optimis artibus aetatem agere*, pasar la vida practicando el bien. En el mismo sentido, CELSO y ULPIANO definirían el derecho: *ars boni et aequi*, y los notarialistas italianos de los siglos XIII y XIV emplearon la expresión *ars notariae*.

Por otra parte —como ya he dicho—, teoría, práctica y técnica, aunque claramente distintas, son inseparables. Se necesitan recíprocamente. La teoría para desarrollarse y progresar ha de contemplar la experiencia práctica y valerse de medios técnicos. La práctica requiere “pararse a ver”, y recibir la luz que le proporciona la reflexión teórica, y necesita el empleo de la técnica para ayudarse en su acción. Y la técnica se inspira en las enseñanzas de la teoría, pues la técnica es aplicación de criterios científicos, ciertos y seguros, en sus realizaciones singulares.

El genial napolitano VICO (2) observó que el progreso de las ciencias se había producido, en gran parte, con la ayuda de los *instrumenta* —como

(1) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 6, 2, 1139 a.

(2) VICO, Giambattista, *Dell'antichissima sapienza italiana*, II y III; cfr. en sus “Opere”, cuidadas por FAUSTO NICOLINI, Nápoles, Ricardo Ricardi, ed. 1953, pp. 254-259.

el microscopio, el telescopio, la brújula, la nueva mecánica, la anatomía y la farmacología— y de los *addiumenta* o simples medios complementarios —como la imprenta o la organización universitaria de los estudios—. Yo creo que, de igual manera, la práctica del derecho y, por consiguiente, su progreso se subsidian de medios auxiliares, *instrumenta* y *addiumenta*, que en su utilización constituyen medios técnicos para ella.

Nótese que entre los *instrumenta*, VICO no incluye sólo instrumentos materiales —como el microscopio, el telescopio y la brújula— sino que enumera algunas disciplinas para el progreso de otras que han resultado instrumentales. Así lo fueron la mecánica para la física, la anatomía y la farmacología para la medicina, en especial en la práctica de ésta auxiliada con las aplicaciones técnicas de aquéllas que son utilizadas en la cirugía y en la medicación.

Parejamente, la determinación del derecho recibe un amplio subsidio de las técnicas que le sirven de ayuda: para el conocimiento de la realidad; para la conservación de los recuerdos; para expresar la realidad percibida y las ideas, oralmente y por escrito, para garantizar procesalmente el buen desarrollo de los juicios, y la debida defensa de los intereses de quienes litigan o son inculpadlos; para servir de guía a los razonamientos jurídicos cuando se trata de deliberar o de argumentar; para el planeamiento ordenado sistemáticamente de los conocimientos; para documentar hechos y negocios jurídicos (3); etc.

2. Entiendo que la ciencia propiamente dicha del derecho notarial, en cuanto teoría de ésta, nacida a finales del siglo XIX, puede ser dividida en tres ramas: la *historia del derecho notarial*; la *ciencia práctica, sustantiva, del derecho documental o notarial*, orientada a la *práctica*, y la *ciencia formal del derecho notarial*, que estudia y expone lo preciso para el dominio de la *técnica* concerniente a la documentación notarial.

La primera y la tercera de estas tres ciencias son muy recientes en su concepción propiamente científica. En efecto:

a) La *ciencia histórica* del derecho notarial, abordada en un enfoque general, es bastante reciente si es considerada en el sentido estricto la palabra ciencia referida a la historia completa del documento notarial.

Sin duda, existían antes trabajos históricos científicos sobre temas documentales, efectuadas por romanistas e historiadores del derecho. Pero estos estudios versaban sobre temas específicos que no pretendían abarcar una perspectiva plena. Y, por otra parte, los tratadistas del derecho notarial seguían acriticamente relatos anteriores que unos repetían de

(3) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II Parte sistemática 78-90, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pp. 385-459.

otros, sin aplicar la crítica de los métodos científicos-históricos. A lo más, volvían a releer algunas antiguas leyes del *Corpus iuris* o de nuestros cuerpos legales históricos.

Faltaba un peinado científico completo de la historia del documento público, como también ocurría a largos periodos de la historia general del derecho, según –en un acto conmemorativo de la fundación del Anuario de Historia del Derecho Español– escuché a Fray JOSÉ LÓPEZ ORTIZ y a ALFONSO GARCÍA GALLO, respecto de extensísimos periodos del derecho medieval español, del cual –decían– iban efectuándose “*presuras*”, para, paso a paso y poco a poco, poder ir configurando su historia una vez cribada críticamente.

A mí, con respecto a la historia del derecho notarial, y concretamente del español, me parece mejor emplear otra imagen, la de *artigar*, o sea, penetrar en un bosque haciendo una artiga hasta un punto dado, para colonizar una zona y ponerla en cultivo. Esta labor de artigamiento científico del documento notarial la comenzó entre nosotros RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, con su estudio *El documento notarial y Rolandino Passageri*, introductorio de la edición en castellano de la *Aurora* de ROLANDINO (4), así como en la parte histórica del texto escrito de su conferencia, recogida en el primer volumen de los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, en la parte de ella que se ciñe al derecho notarial histórico (5), y en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia, *La estipulación en las Partidas y en el ordenamiento de Alcalá* (6). Semejantes artigamientos fueron efectuados, también, por VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES, que descubrió y dio a conocer unos formularios notariales hispano-musulmanes de los siglos IX al XII (7); por RAIMUNDO NOGUERA DE GUZMÁN (8), para estudiar la *precaria* en el Cartulario de San Cugat del Vallés, del que peinó dos siglos.

A esa fase de artigamiento ha sucedido la de un peinado total de la historia. En Italia han venido realizándolo, a gran nivel, los historiadores

(4) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael, *El documento notarial y Rolandino*, extenso estudio preliminar de la edición de la *Aurora* de Rolandino Passageri, con adiciones de PEDRO DE UNZOLA, incunable de 1486, en edición facsímil y traducción al castellano del P. VÍCTOR VICENTE VELA y del mismo RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, Madrid, Colegio Notarial, 1950.

(5) *Ibid*, “Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial”, *AAMN*, vol. I, 1943, pp. 385-510, que contiene importantes estudios históricos al respecto.

(6) *Ibid*, *La estipulación en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1950.

(7) FLÓREZ DE QUIÑONES, Vicente, “Formularios notariales hispano-musulmanes”, *AAMN*, XXII-1, pp. 179-226.

(8) NOGUERA DE GUZMÁN, Raimundo, “El precario y la precaria (Notas para la historia de la enfiteusis)”, en *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos del Colegio Notarial de Barcelona*, vol. II, 1950, pp. 151-274.

AMELOTTI (9) y COSTAMAGNA (10). Entre nosotros, RAIMUNDO NOGUERA DE GUZMÁN fue promoviéndolo con respecto a Cataluña, en los volúmenes de los *Estudios históricos del Archivo de Protocolos del Colegio Notarial de Barcelona*, labor en la que contó con la extraordinaria colaboración del archivero MODOLELL y de notarios historiadores, que hurgaron en los archivos notariales, como HONORIO GARCÍA y SEBASTIÁN PARÉS (11).

Por fin, una primera historia general, elaborada con verdadero rigor científico, se la debemos a JOSÉ BONO HUERTA, en su *Historia del derecho notarial español* (12), galardonada en Holanda con el premio Pitlo. Obra de la cual estamos esperando su tercer tomo. El peinado documental ha venido realizándose desde hace años por diversos historiadores, como ALFONSO GARCÍA GALLO y ROGELIO PÉREZ DE BUSTAMANTE, a los cuales de modo relevante se añaden varios notarios. Tanto es así que cuando organizamos el curso 1984-1985 de la Academia Matritense del Notariado, en homenaje a RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (13), además del maestro ALFONSO GARCÍA GALLO, contamos con los notarios ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES, JUAN GARCÍA-GRANERO, JOSÉ BONO HUERTA, RAIMUNDO NOGUERA DE GUZMÁN, y LUIS FIGA FAURA, que completaron un repaso crítico completo de la historia del documento notarial español. Esa misma labor la ha realizado en profundidad ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, en sus estudios "El derecho notarial en el Fuero de Soria y en la legislación de Alfonso X el Sabio" (14), "La pragmática de Alcalá entre las Partidas y la Ley del Notariado" (15), "Don José Febrero y la literatura notarial española" (16); su

(9) AMELOTTI, Mario, *Alle origine del notariato italiano*, en colaboración con Giorgio COSTAMAGNA, Roma, Consiglio Nazionale del Notariato, 1975.

(10) COSTAMAGNA, Giorgio, *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*, Roma, Consiglio Nazionale del Notariato, 1970, y la obra en colaboración con M. AMELOTTI citada en la nota anterior.

(11) *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*, Barcelona, Colegio Notarial, I, 1948; II, 1950; III, 1955; IV, 1974; V, 1977; VI, 1978 y VII, 1979.

(12) BONO HUERTA, José, *Historia del derecho notarial español*, vols. I y II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1979.

(13) AAMN XX, I y II.

(14) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El derecho notarial en el Fuero de Soria y en la legislación de Alfonso X el Sabio", *RDN*, XLIV, mayo-junio 1964.

(15) *Ibid*, "La pragmática de Alcalá entre las Partidas y la Ley del Notariado" en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VII, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, pp. 517-813.

(16) *Ibid*, "Don José Febrero y la literatura notarial española", *Homenaje a Febrero*, Colegio Notarial de Madrid y Real Academia de Jurisprudencia, 6 marzo 1991. Cfr. *Bicentenario de la muerte de D. José Febrero*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1991, pp. 127-136.

discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia, *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública* (17), que estudia desde el texto de PAULO recogido en el *Digesto* 44, 7, 38, y lo recorre hasta el día de hoy, con una documentación extraordinaria; y, más recientemente, en el último Congreso de Derecho Antiguo celebrado en Madrid, donde desarrolló *La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana* (18).

También se debe mencionar la tarea investigadora realizada por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN en el cartulario de la Abadía de Saint Gallen desde el siglo VIII al XII, del cual es fruto el primer volumen de su obra *Monjos i clèrgues a la recerca del notariat* (19).

b) La *ciencia formal* del derecho documental y específicamente del derecho notarial al servicio de la técnica documental, antes de los últimos ciento treinta años sólo había sido cultivada refiriéndola a cuestiones concretas y no por notarios sino por los doctores, en especial la había realizado en Italia FRANCISCO DE ACCOLTIS ARETINO, y, en España, bastantes de los mejores clásicos castellanos, como ha mostrado RODRÍGUEZ ADRADOS en su estudio "La pragmática de Alcalá entre las Partidas y la Ley del Notariado" (20).

c) La *ciencia práctica* del derecho notarial, al servicio del *ars notariae*, es más antigua y a ella voy a dedicar especialmente esta clase inaugural.

Pero, antes, trataré de diferenciar estas dos últimas ciencias observadas desde su raíz notarial latina.

3. *¿Qué es notariado latino y cuál es su función? Ciencia del derecho notarial al servicio de la técnica y ciencia del derecho notarial al servicio de su práctica.*

En la Roma clásica la ciencia práctica y el arte prudencial del derecho tenían varias funciones: *cavere* o prevenir, *ministrare*, *respondere*, *agere*, *postulare* y *iudicare*.

Si el *iudicare* procura, en caso de contienda, determinar *quod iustum est*, en cambio, el *cavere* procura la determinación negocial de la *res iusta*, o sea, de la cosa o relación justa.

Este *cavere* estuvo interrelacionado, desde el Alto medievo, con el otorgamiento de las *chartae*, y, más tarde, íntimamente vinculado con el

(17) *Ibid*, *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1996.

(18) *Ibid*, *La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana*, Madrid, Seminarios Complutenses de Derecho romano IX-X, 1997-1998.

(19) MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, *Monjos i clèrgues a la recerca del notariat. Estudis dels documents llatins de l'Abadia de Sank Gallen* (siglos VIII-XII).

(20) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "La pragmática de...", cit., a lo largo de todo el estudio.

documento notarial. El notariado fue el crisol de la realización práctica del derecho.

Ha escrito el profesor de la Universidad de Montpellier, ANDRÉ GOURON (21) que “el notario es un símbolo del espíritu creador que se manifiesta en Europa después del año mil. El vigoroso siglo XII le presta su dinamismo”.

El desarrollo, que aquí más interesa, se produjo con el tránsito del *ars dictandi* al *ars notariae*. Aquél enseñaba el arte de redactar un texto que podía contener un negocio jurídico; el segundo se apoyaba en el primero, en cuanto al saber gramatical, lógico y retórico, pero le adicionó el conocimiento del derecho preciso para dar forma jurídica a los contratos, donaciones y testamentos, etc. Ese *ars notariae* aparece, en la época postaccursiana, cuando los notarios se percatan de la necesidad de dominar ambos saberes —como ha explicado JOSÉ BONO (22)—, pues: “Ni los tratados retórico-estilísticos del *ars dictandi*, ni las simples colecciones de fórmulas, muy pobres, en materia extrajudicial —insertados en los tratados de *ordine iudiciorum*— podían ofrecer una base suficiente, ni teórica ni práctica, para el cometido notarial. El tráfico, especializado en las grandes ciudades comerciales, exigía unos tipos documentales especializados, por lo general de bastante complicación, para cuya redacción y formulación resultaban insuficientes las obras de los dictadores como la de los procesalistas (excepción hecha de la recopilación de DURANTE)”.

A partir de comienzos del siglo XIII se produce el florecimiento del *ars notariae* que, como principales figuras, tuvo a RANIERO DE PERUGIA, SALATIEL, ROLANDINO, PEDRO DE UNZOLA y una pléyade de seguidores, no sólo en Italia sino también en España y en Francia (23).

Ahora bien, a la par que la necesidad del *ars notariae*, también se sintió la precisión de dotar de certeza, o sea, de autenticidad, a ciertos hechos y a los convenios públicos y privados que se otorgaran.

En la vida civil, aún incipiente en los municipios medievales, se esbozaron una serie de medios técnicos para conseguir esta anhelada autenticidad. El mismo JOSÉ BONO (24) muestra que unas abortaron, otras comenzaron a brotar pero decayeron y sólo una se desarrolló vigorosamente. En esta panorámica, vemos en las curias los *iuditia ficta*, el *instrumentum sigillum signatum*, el *officium recognitionum*, con su receptor *actorum*; en las villas observamos las cancillerías o *greffe*, con jurados o

(21) GOURON, André, “Dinamismo y continuidad: sobre la historia de los notarios franceses y de sus escrituras”, *RDN*, CXXIX-CXXXX, julio-diciembre 1985, pp. 385 y s.

(22) BONO, José, *Historia...*, cit., vol. I-1, 33, pp. 208 y ss.

(23) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho, I, Perspectiva histórica*, Madrid, Ed. Centro Cultural Ramón Areces, 1994, 96, pp. 254 y s.

(24) BONO, José, *op. y vol. ult. cit.* I-2, 68-70, pp. 87 y ss.

scabini locales, donde era normal el uso de la carta partida o sólo la imposición del sello escabinal –*seel des counisanches*– puesto al documento original que se entregaba al interesado; y, en fin, la solución que perduró fue la atribución de la *fides publica* a los ejercientes del *ars notariae*, a quienes se confirió la consideración de *publica persona*. Esta institución, por su mayor adaptabilidad, lograría una plena adecuación a las necesidades de la vida jurídica, hasta entonces nunca alcanzada, y llegó a constituir el frondoso árbol del notariado románico, que hoy denominamos notariado latino, que es el nuestro.

Al unirse este desarrollo técnico con aquel desarrollo práctico, germinarían, a la vez, la ciencia notarial formal o técnica y la antes aludida ciencia notarial práctica del derecho, desarrollada con el *ars notarii*. No debemos confundirlas.

Mientras ésta constituye una ciencia prudencial desarrollada culturalmente en la denominada sociedad civil, en cambio, la ciencia notarial técnica, referente al modo instrumental de dotar de certeza y autenticidad al documento y demás actos notariales, como materia de elaboración científica, tiene unas normas instrumentales con las cuales el poder público, hoy el Estado, regula la forma y el modo del quehacer notarial.

En Castilla, el 7 de junio de 1503, fue regulado este quehacer por los Reyes Católicos en la *Pragmática de Alcalá*, que perfeccionó las viejas disposiciones de las *Leyes del Estilo* y *Las Partidas*. Esa Pragmática dio lugar a muy abundantes comentarios en los que participaron –según ha mostrado ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (25)– los mejores juristas castellanos, como COVARRUBIAS, DEL CASTILLO SOTOMAYOR, JUAN GUTIÉRREZ, ACEVEDO, YÁÑEZ PARLADORIO, IBÁÑEZ DE FARIA, HEVÍA BOLAÑOS.

Este siglo XX ha visto un brillante amanecer de toda la ciencia formal o técnica del derecho, comenzando por la del derecho procesal, que ha alcanzado ya la máxima altura científica. Consagrada en Alemania por KISCH, JAMES GOLSCHMIDT y SCHOENKE, en Italia, la iniciaría CHIOVENDA, dando ubérrimos frutos con FLORIAN y CARNELUTTI. En España sus precursores fueron XIRAU PALAU, BECEÑA y GÓMEZ ORBANEJA, la consolidaron LEONARDO PRIETO CASTRO, NICETO ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO y MANUEL DE LA PLAZA y, tal vez, alcanzó el más elevado rango científico con JAIME GUASP.

Pues bien, paralelamente y a la zaga de ese movimiento científico-técnico del derecho procesal, RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS sería el verdadero creador de la ciencia formal o técnica del derecho notarial, que, después

(25) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “La pragmática de Alcalá entre...”, cit. a todo lo largo de su texto.

de él, ha tenido un espléndido desarrollo en España, con ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS y VICENTE FONT BOIX, como figuras más destacadas (26), y, en la Argentina, donde fue su patriarca AQUILES YORIO, tiene hoy como crisol la *Universidad Notarial Argentina*, donde se han elaborado desde los principios más genuinos de esa ciencia formal hasta las técnicas más especializadas.

Ambas ciencias notariales, práctica y técnica, responden al carácter integral del notario de tipo latino: profesional del derecho, con función pública de dar autenticidad a los instrumentos que redacta –según el I Congreso internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino–, o bien, a la par, funcionario público, dador de fe, y profesional del derecho, que asesora y configura jurídicamente los negocios que redacta conforme a derecho –según el Reglamento Notarial español–.

Es decir, una función es la de dar fe, que dimana de la *potestas*, de la cual le inviste el Estado; y la otra, fundada en la *auctoritas*, le es reconocida socialmente en el ejercicio de su tarea de profesional del derecho.

Aquí, en esta clase inaugural, mi exposición se centra en lo que se refiere a la ciencia notarial práctica o arte prudencial, que comenzó su desarrollo con el viejo *ars notariae*, al que vuelvo los ojos, pues creo que conviene cultivarlo de nuevo.

Sin embargo, creo que, antes de hablar de él, es preciso efectuar un breve repaso a las diferentes orientaciones que en el siglo XX han pretendido darse al derecho notarial.

4. *Tanteos para ubicar la ciencia del derecho notarial en el siglo XX.*

En el primer número de la *Revista de Derecho Notarial*, el maestro CASTÁN TOBEÑAS (27), expuso el panorama que él observaba en la elaboración de esa ciencia. Yo lo sintetiqué, completé y desarrollé en parte (28), y, ahora, vuelvo a replantearlo, con ligeras variantes, en la siguiente perspectiva general.

a) *Concepciones legalistas aplicativas del derecho.*

Consecuencia del positivismo legalista, que se impuso en el siglo pasado, con su confusión de derecho objetivo y ley, fueron las primeras concepciones del derecho notarial que imperaron en España en la última década del siglo XIX y en las primeras del siglo XX. Todas ellas partían de que el Estado tiene que disponer de una función especial y de un

(26) Cfr. mi *Metodología* ult. cit., II Parte sistemática 209, pp. 1092 y s.

(27) CASTÁN TOBEÑAS, José, “Hacia la constitución científica del derecho notarial (Notas para un esquema doctrinal)”, II, *RDN*, julio-diciembre 1963, pp. 20-48.

(28) *Metodología* y vol. ult. cit., 209, a-g, pp. 1085-1093.

órgano para atender al aseguramiento y garantía del derecho en el estado de normalidad. A su vez, esta concepción debe ser subdividida en las siguientes:

aa) La primera concepción de la ciencia del derecho notarial fue iniciada por FERNÁNDEZ CASADO, quien todavía consideró que es notarial “el arte que enseña a redactar, con precisión y claridad y, con arreglo a las leyes, los actos y contratos de los particulares” (29); y seguida por TORRES AGUILAR, que lo concibió como “rama de la ciencia general de principios y reglas propias para aplicar el derecho a los hechos y para determinar la forma y los efectos de la autorización de los instrumentos públicos” (30), y por MENGUAL, quien, con mayor empaque, estructuró la disciplina dividiéndola en *derecho notarial contractual* y *derecho notarial formal*, ambos subdivididos en *subjetivo* y *objetivo* (31). Aun cuando MENGUAL incluía en el derecho notarial objetivo el contenido tradicional del *ars notariae*, difería fundamentalmente de él por adaptar su perspectiva al positivismo legalista, aplicativa de las leyes, con lo que estrechaba la perspectiva realista que toda la *praxis* jurídica había tenido tradicionalmente.

ab) La concepción *administrativista*, sostenida por TOMÁS MONTEJO, consideró que la actividad notarial es “uno de los servicios públicos que el poder administrativo está llamado a realizar” (32).

ac) La concepción *procesalista jurisdiccional* fue sostenida por VÍCTOR LABANDERA, según el cual la función notarial lleva consigo la facultad de aplicar las leyes y administrar justicia en los negocios civiles, con una especie de jurisdicción prorrogada, por la conformidad de las partes, para la declaración del derecho verdadero y justo (33).

BELLVER CANO precisó, después, que el notario ejerce la propia jurisdicción voluntaria al declarar cuál es la regla aplicable al acto jurídico que autoriza, recogiendo, al efecto, la voluntad de los otorgantes y señalando sus consecuencias y derivaciones (34).

(29) FERNÁNDEZ CASADO, Miguel, *Tratado de Notaría*, vol. I, Madrid, Impr. viuda M. Muniesa de los Ríos, 1895, p. 24.

(30) TORRES AGUILAR-AMAT, Salvador, *Guía para el estudio de las lecciones de práctica forense y redacción de instrumentos públicos*, Madrid, Impr. Helénica 1915, p. 5.

(31) MENGUAL Y MENGUAL, José María, *Elementos de derecho notarial*, vol. I, Barcelona, Libr. Bosch, 1931, pp. 19 y ss.

(32) MONTEJO, Tomás, *Prólogo a la Redacción de instrumentos públicos de Vicente Sancho-Tello y Burguele*, Introducción I, ed. Valencia 1926, vol. I, pp. 8 y ss.

(33) LABANDERA, Víctor, “Acto público-ministerio notarial”, *RDP*, II, 1915, pp. 228 y ss. y más específicamente p. 232 y s.

(34) BELLVER CANO, Antonio, *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid, Libr. Gral. Victorino Suárez, s.f., pp. 16 y ss.

Es de notar que, dos años después de su citada obra, VÍCTOR LABANDERA (35) dio un paso adelante, al advertir que, en lugar del manejo hábil de las reglas lógicas y principios jurídicos en forma de silogismo para investigar la voluntad del legislador, el notario pone los textos legales “en comunicación con la vida, con la naturaleza de las cosas y con la utilidad social, fuente y objeto del derecho; descubre otros principios, combina antiguos procedimientos científicos y los transforma en preceptos nuevos para revestir de figura legal las relaciones de la vida que adquieren importancia”. CASTÁN TOBEÑAS (36) destacó que, en este estudio, LABANDERA escribía a tono con la más moderna ciencia del derecho posterior a GÉNY, pero siguiendo a éste. Lo cierto es que en la transcrita frase ya apunta a la función negocial elaboradora del derecho, que después observaremos.

ad) *La concepción como función legitimadora, o de justicia reguladora, y de seguridad jurídica* fue elaborada por MONASTERIO Y GALÍ. Entendió que, ante la necesidad social de dotar a los derechos de una corporalidad y visibilidad, de una representación externa que facilite su evolución natural o normal, el Estado establece una función distinta de la judicial, dirigida a la conservación, reconocimiento y garantía del derecho en estado normal, para que se realice la *justicia reguladora* que él diferencia de la *justicia reparadora* que compete al poder judicial (37). Siguió esta tesis MENGUAL (38), OTERO Y VALENTÍN (39) y GARCÍA MARTÍNEZ (40), y la desarrolló y amplió VÁZQUEZ CAMPOS (41), quien consideró que esta *función legitimadora* corresponde al poder legitimador del Estado, dentro del cual encuadraba al notario, como jurista oficial, encargado de la *legitimación preventiva*, especialmente en el campo del derecho privado.

A cualquiera de estas concepciones estatistas de la función notarial que afectan al propio concepto del derecho notarial, puede aplicárseles lo que, en términos generales, SANAHUJA SOLER dijo, específicamente, de

(35) LABANDERA, Víctor, “Magistratura notarial”, *RDP*, IV, 1917, p. 905.

(36) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Instit. Ed. Reus 1946, III, I, pp. 97 y ss.

(37) MONASTERIO Y GALÍ, Antonio, *Biología de los derechos en la normalidad y su representación*, Tortosa, Impr. Arturo Voltes Ribot, 1901.

(38) MENGUAL, José María, *op. cit.*, vol. II-1.ª, pp. 13 y ss.

(39) OTERO Y VALENTÍN, Julio, *Sistema de la función notarial*, Igualada, Artes gráficas N. Poncel, 1933, pp. 58 y s.

(40) GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, “La competencia jurisdiccional del notario”, *La Notaría*, XXX, 1.º trimestre 1945, pp. 7 y ss.

(41) VÁZQUEZ CAMPOS, Antonio, *Ideario notarial (Naturaleza y desenvolvimiento del poder legitimador del Estado)*, Burgos, Hijos de Santiago Rodríguez, 1928, pp. 101 y ss.

la concepción administrativista del derecho notarial (42): “El notario es completamente independiente en su función, no tiene la atribución de mando, ni se halla adscrito como auxiliar de ningún organismo que la tenga. Es más, en la base psicológica de su función no sólo no cuenta con poder coactivo sino que ha de valerse de un estado de ánimo que ocupa el polo opuesto al de su sujeción a una autoridad, cual es la libre y espontánea voluntad de los particulares de acudir al notario con su confianza. La institución notarial es una realidad creada por la tradición que no permite incluirla dentro de las concepciones corrientes elaboradas por la ciencia jurídica, como no sea desfigurándola o transformándola profundamente, dentro de los principios del derecho judicial o administrativo”.

b) La *concepción autenticadora* fue sostenida por NAVARRO AZPEITIA (43). Consideró que, entre las diversas funciones encomendadas al notario, la autenticadora “es la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa u origen de todas las demás; aquella que consiste en investir todos los actos en que interviene de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse, por sí mismos, en las relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado”.

Creo que, si bien es indudable la gran importancia de la función autenticadora del notario, no puede decirse en cambio, que sea “causa y origen de todas las demás”. Históricamente no es así, las funciones jurídicas asesoras y redactoras son anteriores a ella; y el buen desempeño de éstas constituyó precisamente la base por la que, en un momento histórico dado, fuera consagrada –como hemos visto (44)– la facultad del notario de dar fe de los actos y negocios jurídicos que se realizasen en presencia suya.

Por otra parte –como advirtió LUIS RIERA AISA (45)–, la perspectiva de la función autenticadora “no puede concebirse como independiente y separada de las demás que el notario realiza”. Si bien todas, “en progresión única llegan a su punto culminante en la autenticación”, ésta “tiene como precedentes necesarios la asesoría o consejo y la conformación del acto, y como consecuencias inmediatas el efecto producido por el instrumento público”.

(42) SANAHUJA SOLER, José María, *Tratado de derecho notarial. Introducción I*, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1945, vol. I, Introducción, p. 2.

(43) NAVARRO AZPEITIA, Fausto, “Teoría de la autenticación notarial”, *RDP*, XXVI, 1942, p. 678.

(44) *Supra* 3, párrafo que lleva la nota 24, a partir de las palabras “y, en fin,”.

(45) RIERA AISA, Luis, “Derecho notarial”, *NEJ*, Barcelona, Seix, 1950, p. 825.

c) *Concepciones que tratan de hallar el que podríamos denominar derecho notarial “puro”; pero, sin pretender que agote las funciones del notario de tipo latino.*

Ha sido preocupación muy generalizada entre los tratadistas de las distintas ramas del derecho, a partir de las postrimerías del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, la de buscar la autonomía de la propia disciplina. Los tratadistas del derecho notarial no han sido ajenos a esta tendencia. Sin embargo, quienes han pretendido destilar *derecho notarial puro*, no han pretendido que éste agote toda la función del notario, a diferencia del reduccionismo característico de la teoría kelseniana del *derecho puro*, que no deja del derecho sino su estructura formal y su corteza coactiva. Por el contrario, los autores que cultivan este *derecho notarial puro* lo contraponen al *derecho notarial aplicado*, o sea, el que yo denomino *derecho notarial práctico*, dirigido a orientar la práctica del *ars notariae*.

Esta concepción se ha mostrado en las tres direcciones siguientes:

ca) *La concepción basada en la “relación jurídica notarial”,* mantenida por JOSÉ MARÍA SANAHUJA SOLER, quien la calificó de “accesoria o pura garantía de la sustancial”, pero dotada de “condiciones propias” (46). Destaca, en ella, las funciones de autenticación, legalización o legitimación, dirección o configuración de las relaciones jurídicas, reguladora de cierta ejecutoriedad y de formalización del derecho en la normalidad (47). Considera un error que bajo la rúbrica del derecho notarial se estudien “la regulación del negocio jurídico, la capacidad de los otorgantes, la comercialidad de la cosa y su aptitud para ser objeto del contrato de que se trate, la licitud y validez del acto”. Incluso estima que esto “es un obstáculo para el desenvolvimiento de esta disciplina”; pues, “tales materias –dice– son exclusivas del derecho civil, aunque interesen naturalmente al notario que ha de aplicarlas” (48).

SANAHUJA no desconocía sino que vivía la labor sustantiva que desarrolla el notario. Así dice que, “a través de una contextura lógica del derecho notarial, sin angosturas de doctrinas, pero a luz de unas ideas, se puede enfocar el estudio hacia la viva realidad humana que late en todo acto social” (49). En el marco de su concepción, expuso (50): los *supuestos* y las consecuencias de la relación jurídica notarial; distinguió los *supuestos* que hacen referencia al *sujeto* (poder de dar fe y sus condicio-

(46) SANAHUJA SOLER, José María, *op. y vol. cit.*, II-I, IV, p. 425.

(47) *Ibid*, I, I, X-XI, pp. 21 y ss.

(48) *Ibid*, II, I, IV, pp. 424 y s.

(49) *Ibid*, Introducción VIII, p. 11.

(50) *Ibid*, II, cap. preliminar IV, p. 229.

nes), a la *forma* (del instrumento público y sus relaciones) y al *objeto*, es decir, al *negocio jurídico* contenido en la escritura, y a las condiciones que hacen referencia a negocios relativos al sujeto (apoderamiento, sociedades), al objeto (constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos, compraventas, hipotecas), a capitulaciones matrimoniales y a sucesiones (testamentos, particiones). Pues bien, a esta parte referente al negocio jurídico corresponde, sin duda, al *ars notariae* y a ella dedica SANAHUJA todo el volumen II de su tratado.

cb) *Concepción centrada en la función de dar forma jurídica* fue planeada y expuesta en 1934 por JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (51), que la desarrollaría catorce años después: “La doctrina de las formas jurídicas es la base del derecho notarial y el punto de apoyo para poner en movimiento la función notarial” (52). Ésta —dice— “consiste en dar valor *formal* a ciertas documentadas formas que adquieren su valor por la forma y en el campo de la forma jurídica” (53). Trata de “dar forma del ser y del valer a los negocios jurídicos o establecer la presunción de verdad en ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el notario hecha en el momento mismo que son para él evidentes, por su producción o por su percepción en el instrumento público a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas” (54).

cc) *Concepción que en el instrumento público diferencia su aspecto formal y lo deslinda del negocio jurídico que se halla contenido en el “dictum” de la escritura pública.*

Así fue centrado el derecho notarial por RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (55), desde que por primera vez trató del mismo, y fue seguida, poco después, por ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU (56) y PEDRO JOSÉ DE AZURZA Y OZCOZ (57).

Nos hemos referido ya a esta concepción del derecho notarial *puro*, *formal* orientado a la *técnica instrumental*, que no excluye sino presupo-

(51) GONZÁLEZ PALOMINO, José, “Hacia un derecho notarial”, *RDP*, XXI, 1934, pp. 288 y ss.

(52) *Ibid*, *Instituciones de derecho notarial*, II, IV, vol. I, Madrid, Inst. Ed. Reus 1948, p. 81.

(53) *Ibid*, F, p. 115.

(54) *Ibid*, pp. 119 y s.

(55) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael, “Estudios sobre el valor jurídico del derecho notarial (Notas de historia y exégesis)”, *AAMN*, I, pp. 379-510; “Documento público y autenticidad de fondo”, *RN*, 550, Buenos Aires, mayo 1947 y en *La Notaría*, LXXXIII, 1.º y 2.º trimestre 1948, pp. 69 y ss., y “Hechos y derecho en el instrumento público”, *INEJ*, 1950. Todos recogidos en sus *Estudios...*, cits. vol. I, pp. 89-182 y 183-207, y vol. II, pp. 481-668.

(56) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Introducción al derecho notarial*, Madrid, Ed. Rev. Dr. Privado 1944, y “El instrumento público”, *RDP*, XXVIII, pp. 518 y ss.

(57) AZURZA Y OZCOZ, Pedro José de, “Dación de forma y preconstitución de prueba”, *La Notaría*, LXXXI, 3.º trim. 1942, pp. 209 y s.

ne un derecho notarial *aplicado, sustancial, práctico* que orienta el *ars notariae*.

5. *La ciencia notarial práctica al servicio del "ars notariae".*

El notariado latino tiene necesidad de conocer y dominar la ciencia del derecho como ciencia práctica. Precisamente los notarios de tipo latino nos hallamos en una posición óptima para captarla en la realidad vivida y de hecho hemos contribuido notablemente a su desarrollo, "tal como he tratado de mostrar en diversos lugares del volumen I, "Perspectiva histórica" de mi *Metodología de la determinación del derecho* (58), y he insistido en el título que dedico a la *Determinación notarial del derecho*, en la "Parte sistemática" de la misma *Metodología* (59), y, en síntesis, en una conferencia que expuse en Buenos Aires hace poco más de dos años (60).

Esa ciencia práctica responde al propio ser del derecho que se determina, individualiza o concreta de dos modos: uno, por la misma naturaleza de la cosa, y otro, por convención pública o privada, costumbre o ley (61). Se halla al servicio de la determinación o concreción negocial del derecho desde que la vislumbraron JOAQUÍN COSTA, EUGEN EHRLICH, PERREAU, CORNIL y CARBONNIER (62). En España se han aproximado a ella CASTÁN TOBEÑAS y OGAYAR AYLLÓN (63).

Por esa razón, el notariado de tipo latino, para atender a las finalidades prácticas del propio quehacer profesional, tiene necesidad de dominar, en lo preciso, la ciencia del derecho. Una muestra palpable de esa necesidad la ofreció, a finales del siglo XVIII, JOSEF FEBRERO, natural de Mondoñedo y escribano real en Madrid, quien entre 1769 y 1781 publicó su *Librería de escribanos e instrucción jurídico theorica práctica de principiantes* (64), que había escrito con propósitos muy modestos, tal como en su prólogo narra.

Expone (65), en él, que —nombrado en 1757, escribano notario real o

(58) *Perspectiva histórica*, cit. 53, pp. 145 y s.; 60-61, pp. 160-165; 95-100, pp. 244-266; 217-222, pp. 739-761; 269, pp. 968-972 y 334, pp. 1281-1289.

(59) *Parte sistemática*, cit., 227-248, pp. 1205-1300.

(60) "Ciencia del derecho y notariado latino", *Rev. del Notariado*, 97, Buenos Aires, noviembre 1997, pp. 165-176.

(61) AQUINO, Santo Tomás de, S. Th., 2.^a-2ae, 57, 2, resp.

(62) Cfr. mi referida *Parte sistemática* 203-207, pp. 1058-1076.

(63) *Ibid*, 217-219, pp. 1134-1147.

(64) FEBRERO, Josef, *Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico práctica de principiantes*, Madrid, 1769-1781. Hay una reproducción facsimil de la 2.^a edición, corregida, mejorada y adicionada por el mismo autor. Madrid, 1789, Consejo General del Notariado, Madrid, 1990.

(65) *Ibid*, "Prólogo" a la Primera parte.

de los reynos— no había tenido hasta entonces para su instrucción “más libros que el que escribió Don PEDRO MELGAREJO, cuya fórmula —leo— no me comunicaba las luces necesarias para disolver las dudas que me presentaban, por lo que se me acrecentaban los vivos deseos de salir del inmenso piélago de confusiones en que naufragaba mi ignorancia, a fin de desempeñar mi obligación” [...] “Y considerando que el medio único de conseguirlo, era leer con reflexión y cuidado las leyes del Reyno, y expositores que con tanto acierto las interpretaron, dándoles el genuino y verdadero sentido e inteligencia, determiné aplicarme a su estudio y entrar en la médula por lo concerniente a testamentos y contratos...”.

“No fue, a la verdad, mi primer ánimo dar a luz esta obra, sino hacerla para mi instrucción”.

Pero, “mis amigos inteligentes” —explica— “me desvanecieron esta repulsa con dos razones, entre otras”. La primera, que no había entonces “otra cosa que formularios diminutos de escrituras para principiantes, sin expresar la virtud, y efectos de los contratos, cláusulas que en ellos pusieron, y leyes que renunciaron, a fin de que supiesen lo que permiten, o prohíben y pudieran explicarlo a los contrayentes y testadores, ni otras dificultades que ocurren por lo que se veían perplexos, y confusos los escribanos que no son latinos, y aún los que lo son, sin poder desatarlas...”.

La segunda razón era la necesidad de saber qué leyes se podían renunciar cuáles no y cuál era la razón de ello, para su inteligencia.

Y aún otra tercera razón, era que “debía ser útil a la República”; y “añadieron otras razones poderosas como que se lograrían grandes ventajas”.

Lo cierto es que esta obra, pensada para la propia instrucción del autor y que, a petición de sus compañeros, fue editada para instrucción jurídica teórico-práctica de principiantes en la función notarial, pasó a serlo también de jueces y, seguidamente, se convirtió en el tratado de derecho civil que alcanzó mayor vigencia en España y en América hispana, a través de sus múltiples ediciones —las hubieron en México y en Lima—, y de las diversas versiones de la obra que dieron otros autores. Su vigencia se mantuvo hasta la llegada del Código civil, a pesar de que había sido concebida tan modestamente, y escrita con los solos propósitos de llevar la ciencia práctica del derecho al conocimiento de los notarios para el más consciente y mejor desempeño de su función.

Así, no sólo observamos que la ciencia práctica del derecho es necesaria a los notarios de tipo latino, sino que, a la par, hemos visto que la labor científica de éstos —tal vez, por su gran experiencia práctica— también resulta muy útil al progreso y difusión de la ciencia del derecho.

Para esto último, el notario tiene la gran ventaja del observatorio de que le dota el ejercicio con plena dedicación de su profesión.

El catedrático de derecho internacional, que fue maestro mío en la Universidad de Barcelona, JOSÉ MARÍA TRÍAS DE BES, en una conferencia que expuso el año 1942 en el Colegio Notarial de esa Ciudad Condal (66), explicó que el notario tiene el privilegio de observar el derecho en su más completa y mejor perspectiva. El profesor lo ve teóricamente, el abogado tiene que mirarlo desde la perspectiva parcial del cliente por él defendido en el juicio; el juez lo ve en estado patológico, en enfermedad; el notario, en cambio, lo contempla en su estado normal, en su realización espontánea. Es así porque, como dijo literalmente J. M. TRÍAS DE BES: "El notario es el órgano social por el que se manifiesta y concreta la conciencia jurídica del pueblo, y, en la vida privada, es la persona de confianza, el depositario de los íntimos secretos del hogar; participa su ministerio, en orden a los intereses temporales, de la reserva del sacerdote en los asuntos afectantes al fuero de la conciencia".

Si en Grecia y en Roma los antiguos oráculos eran los mediadores entre los dioses y los hombres; el notario de tipo latino —que como tal cumple— es el mediador más íntimo entre la justicia y los hombres cuando estos quieren ponerse de acuerdo con arreglo a ella. Les explica dónde está el derecho en el caso que ellos le plantean, sea para redactar un testamento o una donación, o bien para convenir un contrato o constituir una sociedad. No ve el derecho a través de papeles como los encargados de los registros jurídicos, sino en la misma vida. El viejo brocardo, expresado por BALDO DEGLI UBALDIS: "*ius ex facto oritur... et ius est implicitum factu*" (67), tiene en el notario el mejor intérprete. Hace de mediador entre esta realidad y los principios, leyes y demás normas. Nótese que interpretar algo no sólo es descifrar textos sino, a través de ellos, con sentido natural —*sensum naturale*— y razón natural —*naturalis ratio*— enriquecidas por la experiencia, consiste en mediar entre esos textos y la realidad existencial vivida, con el fin de determinar y configurar, en ella, lo que en cada caso es su adecuada forma justa.

De ahí viene que, para esa labor, la perspectiva de los notarios de tipo latino sea privilegiada para contemplar la realidad jurídica viva, desde sus mismas raíces. Por eso —como supo explicar JOAQUÍN COSTA (68)—, los notarios han guiado a los pueblos en el alumbramiento de sus costumbres, surgidas a través de las prácticas negociales que las generan. Las

(66) TRÍAS DE BES, José María, "Conflictos de leyes en la sucesión testamentaria", *Estudios de derecho sucesorio*, conferencias del cursillo del año 1945, Colegio Notarial de Barcelona, 1946, pp. 233 y s.

(67) BALDO DEGLI UBALDIS, *Commentarium ad librum nonum Digestum*, tit. *Ad legem Aquilia*, lex *Si ex plagis*, & *In cliuo* (Dig. 9, 2, 52 [53], § 2).

(68) COSTA, Joaquín, "Prólogo" del vol. I de la obra colectiva, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Barcelona, Manuel Soler, Ed. 1902, p. 5.

cláusulas documentales han flexibilizado algunas instituciones que eran demasiado rígidas, han reforzado otras y configurado algunas nuevas para responder mejor a las necesidades que, en cada momento, se hacen sentir en la vida social.

Podría poner muchos ejemplos de esto. Algunos los he mostrado específicamente en un capítulo del segundo volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho* (69). Aquí me limitaré a decir que en España:

a) Los notarios –tal como mostró documentalmente RAMÓN FAUS ESTEVE (70)– ya a fines del siglo XVIII habían constituido sociedades anónimas partiendo de unos convenios corporativos, que podríamos calificar de convenios-tipo, notándose una paulatina evolución a partir de ellos, comenzada más de un siglo antes de que se regularan las sociedades anónimas en el primer Código de comercio español.

b) En este siglo XX, antes de promulgarse la primera ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, los notarios efectuaron aportaciones importantes en la práctica –como también mostró FAUS ESTEVE (71)–; así lo fueron la transformación de obligaciones en acciones, la atribución de derechos preferentes, la sindicación de acciones, el usufructo y la prenda de éstas, la previsión de juntas universales sin necesidad de previo anuncio, los jurados de cuentas, diversas fórmulas de administración y de repartos de beneficios. Y, aún, después de esa Ley, siguieron aportaciones tales como la creación de sociedades con participación laboral, etc.

c) En ese mismo siglo las constituciones de sociedades de responsabilidad limitada eran ya una práctica notarial corriente más de treinta años antes de que se promulgara la primera ley de sociedades de responsabilidad limitada (72).

d) Los notarios llevan años constituyendo urbanizaciones privadas, del mismo modo como llevaban siglos constituyendo comunidades de aguas en las Islas Canarias cuando llegó una ley que las reguló (73), etc.

El notario así se hace artífice del derecho y, para ello, es preciso el cultivo de la ciencia práctica del derecho notarial. Esta nueva cátedra puede, sin duda, resultar un vivero para que el *ars notariae* siga cultivándose y progresando al compás de las necesidades de los nuevos tiempos.

(69) *Parte sistemática*, 245-248, pp. 1283-1300.

(70) FAUS Y ESTEVE, Ramón, “Evolución de los estatutos de las sociedades anónimas a través de los protocolos notariales”, *AAMN*, XXII-II, pp. 397-427.

(71) *Ibid.*, pp. 406 y ss.

(72) *Ibid.*, p. 405.

(73) *Parte sistemática*, cit. 229, pp. 1210-1213 y 231, p. 1223.

ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

JOSÉ JAVIER ESCOLANO NAVARRO

Notario

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CARACTERES DE LA NORMA. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4. PROMOTOR. 5. ENTRADA EN VIGOR. 5.1. Disposiciones final 4.^a y transitoria 1.^a. 5.2. Obligatoriedad de las garantías: seguros de daños y caución, ex artículo 19. 5.2.1. *Ámbito de responsabilidad.* 5.2.2. *Garantías: seguros obligatorios.* 5.2.3. *Problemática de la contratación de los seguros.* 6. RECEPCIÓN DE LA OBRA (ART. 6). 7. LIBRO DEL EDIFICIO (ART. 7). 8. ESCRITURAS DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA (ART. 20.1). 9. CANCELACIÓN DE LA HOJA REGISTRAL DEL PROMOTOR (ART. 20.2) CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Los aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999 se centran, fundamentalmente, en:

- El acta de recepción, regulada en el artículo 6.
- La documentación de la obra ejecutada o Libro de la Edificación, del artículo 7.
- Los requisitos en orden a la autorización de escrituras de declaración de obra nueva e inscripción en el Registro de la Propiedad, artículo 20.1.
- Y los presupuestos necesarios para el cierre de la hoja abierta en el Registro Mercantil a promotores inmobiliarios, personas físicas o societarias, del artículo 20.2.

No obstante, antes de su consideración es preciso comentar algunos aspectos destacados de la nueva Ley.

1. Introducción

El origen más próximo de la Ley 38/1999 se encuentra en la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos, en la que se emplazó al Gobierno a regular la intervención de los agentes del proceso de la edificación, mediante la aprobación de una Ley de Ordenación de la Edificación. Aunque sus primeros antecedentes datan de la década de los años 70, en particular cuando en 1978 se elabora el Libro Blanco de la Edificación, en el cual se ponía de manifiesto la necesidad de actualizar y unificar el marco legislativo de la edificación.

Como es sabido, la tramitación de los diversos borradores o anteproyectos, así como del definitivo sometido por el Gobierno a consideración de las Cámaras legislativas, ha estado presidida por la controversia suscitada por los diversos sectores económicos y profesionales implicados (especialmente: la delimitación de las competencias profesionales de los técnicos superiores, arquitectos e ingenieros de caminos; y la concreción de la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso edificatorio o constructivo).

No obstante, parece fuera de toda duda que esta Ley era necesaria: por *falta de configuración legal* de la construcción de los edificios, básicamente establecida en el Código civil (regulación obsoleta e insuficiente); creciente *demandasocial de calidad* en los edificios; y necesidad de *fijar las garantías suficientes* para los usuarios (en este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos) (1).

(1) Así la propia *Exposición de Motivos* fundamenta su justificación en:

1.º *Falta de configuración legal* de la construcción de los edificios, básicamente establecida en el Código civil (regulación obsoleta e insuficiente) y en una variedad de normas con evi-

2. Caracteres de la norma

El objeto de la Ley no es la regulación general del fenómeno de la edificación en todos sus aspectos, ni siquiera trata de que en un único cuerpo legal se recoja toda la normativa sobre edificación sustituyendo a la que actualmente está dispersa en multitud de leyes, reglamentos y otras disposiciones de distinto rango (2). Por ello, es:

1.º) *Complementaria* de la normativa sobre el *régimen del suelo y urbanismo*, tanto estatal (Ley 6/1998) como autonómica, en el ámbito de sus respectivas competencias.

En la interpretación y aplicación de esta Ley, debemos tener en cuenta aquellas disposiciones, así como las contenidas en la Legislación Notarial e Hipotecaria, en particular el RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbana (en especial su capítulo IV, titulado "Inscripción de las obras nuevas", comprensivo de los arts. 45 a 55).

2.º) Enmarcada dentro del *mandato constitucional* dirigido a los poderes públicos, en orden a la *defensa de consumidores y usuarios* y derecho constitucional de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada (arts. 51 y 47 de la CE).

En relación con la protección a los consumidores o usuarios de bienes inmuebles, particularmente de viviendas, hemos de reconocer la insuficiencia del material normativo hasta ahora existente:

dentes lagunas, entre las que destaca la falta de determinación de la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, con la consiguiente falta de garantías para el usuario.

2.º Creciente *demanda social de calidad* en los edificios, tanto en lo que se refiere a la seguridad estructural, como la protección contra incendios, ruidos, aislamiento térmico, accesibilidad para personas con movilidad reducida, etc.

3.º Necesidad de *fixar las garantías suficientes* para los usuarios de edificios, como complemento a la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por otro lado, durante la tramitación parlamentaria, la Ley ha ido incorporando la regulación de materias extrañas a su sistemática. Por ejemplo, la modificación del derecho de reversión, a través de la nueva redacción de los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que introduce la disposición adicional quinta (esta modificación ha sido objeto de polémica, tanto por su incorporación mediante una enmienda en el Senado, como por su contenido más restrictivo de este derecho).

(2) En este sentido se ha criticado que el proyecto presentado por el Gobierno y redactado fundamentalmente por el Ministerio de Fomento descodificara la materia erradicándola del Código civil, a diferencia de otros emanados en el seno del Ministerio de Justicia que contaban con el informe de la Comisión de Codificación.

a) El régimen jurídico diseñado por los artículos 1.484 y ss. del Código civil relativos al saneamiento por vicios ocultos (en especial su reducido plazo de seis meses).

b) El artículo 1.591 del Código civil, en sede de acciones por “ruina funcional” de lo construido, pese a los esfuerzos jurisprudenciales por hacer viable tal régimen.

c) Normativa contenida en la LGDCU, en particular el artículo 11 en relación a las garantías de los bienes de naturaleza duradera entre los cuales se encuentra la vivienda en virtud del RD 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios; con la dificultad de no precisar aquel precepto las consecuencias jurídicas del incumplimiento por el suministrador de sus obligaciones de garantía.

d) El escaso cumplimiento del RD 515/1989, sobre información a suministrar al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

e) La insuficiencia del régimen previsto en la vieja Ley 57/1968, relativa al seguro obligatorio de caución o aval bancario solidario, exigible al promotor o gestor, para garantizar la devolución de cantidades anticipadas, más el interés legal, el cual ha sido precisamente modificado por la LOE, ampliando su ámbito de aplicación y eficacia.

No es de extrañar que el **Defensor del Pueblo** en su informe para 1994, señalara: “... *se precisa una normativa eficaz de protección legal del adquirente frente a promotores o constructores que carecen de responsabilidad civil práctica alguna*”.

3.º) Buena parte de la Ley, en cuanto disciplina las relaciones jurídicas entre los agentes de la edificación, es *Derecho privado*, básicamente civil, aunque también contiene normas mercantiles, administrativas, notariales y registrales (cobertura de riesgos a través de las figuras obligatorias de los seguros de daños o caución, la intervención de la Administración en proceso edificatorio, los requisitos de titulación de los diversos técnicos, otorgamiento e inscripción de escrituras de obra nueva, cierre registral, etc.).

4.º) A excepción del artículo 3 que es *legislación básica*, el resto de los artículos de la Ley, incluidas sus disposiciones finales son de aplicación plena (3). Si bien, dado que la mayoría de los preceptos de la Ley

(3) Así lo afirma GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, edit. Civitas, pp. 64 y 586), quien recuerda que tras la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional, 61/1997, que declaró contraria a nuestra Carta Magna gran número de los preceptos de la Ley del Suelo de 1990; es claro que no cabe al Estado legislar en materias de competencia de las Comunidades Autónomas, por ello, los preceptos de esta Ley sólo pueden tener carácter de legislación básica o de aplicación plena (mas no supletoria).

contienen disposiciones civiles, deberán tenerse en cuenta las normas forales de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio.

Lo cual no impide que varias Comunidades Autónomas, al amparo de las transferencias que el Estado ha efectuado a todas ellas en materia de "calidad de la edificación", hayan dictado (o tengan previsto aprobar, por ejemplo Murcia) normas sobre esta materia. Lo cual exigirá una labor por el intérprete de adecuación a las exigencias y pronunciamientos de la LOE, especialmente de la normativa autonómica ya vigente. Por ejemplo, la Comunidad de Madrid, Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la Calidad de la Edificación; o Cataluña desde la Ley de la Vivienda, 24/1991, de 29 de noviembre y Decreto 206/1992, de 1 de septiembre, por el que se regula el "Libro del Edificio", la cual constituye un novedoso y avanzado marco normativo, hasta el punto que algunas de sus previsiones han sido recogidas por la nueva Ley estatal. Toda esta normativa autonómica continuará siendo de aplicación en todo lo que no contradiga la Ley estatal comentada (en este sentido se pronuncia LACABBA SÁNCHEZ).

Algún autor (VALLS LLORET) ha planteado dudas sobre la constitucionalidad de la LOE al no hacer obligada mención de salvaguarda de las competencias de las Comunidades Autónomas, titulares de las competencias exclusivas sobre ordenación de la edificación, las cuales ya han sido ejercitadas con la promulgación de las correspondientes leyes autonómicas de ordenación de la materia.

5.º) Es una Ley con veinte artículos que no prevé de forma expresa su ulterior desarrollo general reglamentario; tan sólo se *remite a los correspondientes Reales Decretos* para determinar el momento en el que los seguros obligatorios de daños o caución, sean exigibles para la cobertura de daños estructurales para edificios no destinados principalmente a vivienda, daños por defectos de acabado y terminación y requisitos de habitabilidad (disp. adicional 2.ª) y a la aprobación por el Gobierno de un Código Técnico de la Edificación, hasta cuya aparición seguirán vigentes las actuales y dispersas Normas Básicas de Edificación (disp. final 2.ª).

3. Ámbito de aplicación

La Ley se aplicará al "*proceso de edificación*" que se define como la *acción y el resultado* de construir un edificio de carácter permanente, público o privado. Y se consideran edificación las que resulten de ejecutar alguna de las obras que delimita en atención a dos criterios: el uso o destino principal y la entidad o importancia de tales obras.

La Ley no define jurídicamente qué es un edificio (quizás por la dificultad de una correcta definición), por lo que continuaremos con la noción jurisprudencial fijada a propósito del artículo 1.591 del Código civil, por el Tribunal Supremo (4).

Por el contrario, la LOE (art. 2), sí precisa tres criterios para saber cuándo estamos en presencia de una actividad constructiva sujeta a sus disposiciones. Estos son:

1.º **Carácter permanente** del edificio. Parece evidente, pese a la falta de precisión técnica de la Ley, que la permanencia ha de referirse a la naturaleza de la construcción y no a aquellas “obras provisionales” que pueden autorizarse por la Administración competente aunque contradigan las determinaciones del planeamiento urbanístico (así las del art. 136 TR LS de 1992 y, hoy, los arts. 17 y 16.1 de la LS de 1998); es decir, aquellas esencialmente revocables por la Administración (5).

2.º **Importancia** de las obras:

a) *Nueva construcción*, salvo aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

La excepción está integrada por tres elementos, a saber:

1. Escasa entidad constructiva y sencillez técnica. Lo cual constituye un concepto jurídico indeterminado que la jurisprudencia deberá precisar.

2. Se desarrollen en una sola planta.

3. No tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público. Es decir, basta que se destine a uso residencial o público, aunque se den las restantes condiciones para quedar sujeta a las determinaciones de la Ley.

La LOE utiliza, en este punto, conceptos jurídicos indeterminados, tales como “*escasa entidad constructiva*” y “*sencillez técnica*”, que la jurisprudencia deberá precisar, lo cual no deja de crear inseguridad.

(4) Así podemos recordar: a) una construcción agraria, S. de 15 de julio de 1957; b) la tribuna de un campo de fútbol, S. 24 de diciembre de 1982; c) una central de calefacción de un polígono de viviendas, S. 28 de junio de 1982; d) un muro de cierre de un seminario, S. 14 de diciembre de 1984; e) e incluso ha llegado a entender por tal: muros y paredes, una tapia de ladrillo y una estructura. Pues no olvidemos que el C.c. en su artículo 389, habla de “edificio, pared, columna o cualquier otra construcción”.

(5) Así lo entiende GONZÁLEZ PÉREZ (obra citada, p. 74); mientras que por el contrario, PORTO REY (*Cuadernos de Urbanismo, Aspectos técnicos de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación*, p. 22) equipara las edificaciones eventuales de la LOE a las provisionales de la LS.

No obstante, nos atrevemos a anticipar que estas construcciones excepcionadas del concepto de “edificio”, a los efectos de la Ley que comentamos, son obras menores y construcciones agrarias sencillas, tales como cuartos de aperos, pequeños depósitos o almacenes, sencillas zonas de estabulación de ganado, gallineros, cuadras, casetas de labranza, etc.

b) *Rehabilitación, ampliación o reforma*, que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, de forma que se varíe de forma esencial la composición general exterior, volumetría, conjunto de sistema estructural o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

Este epígrafe recoge la noción de modificación arquitectónica, en cuanto alteración de los elementos estructurales, funcionales y formales de las edificaciones, elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así, sentencias de 27 de diciembre de 1989, 1 de octubre de 1992, 7 de diciembre de 1992 y 30 de julio de 1994.

c) *Intervención total en edificaciones catalogadas* o que dispongan de protección ambiental o histórico artística, o *parcial* que afecte a elementos o partes objeto de protección.

Se trata de una remisión a la legislación estatal y autonómica sobre la materia (Ley de Patrimonio Histórico Español 2/1985, de 25 de junio y Leyes autonómicas sobre Patrimonio); así como a los Planes Especiales de Protección y los Catálogos a que se refieren los artículos 86 y 87 del Reglamento de Planeamiento y equivalentes de las normas autonómicas.

Están comprendidas en la edificación: sus instalaciones fijas, equipamiento propio y elementos de urbanización adscritos al edificio (art. 2.3). Por el contrario no lo estarán las obras de urbanización no vinculadas, recogidas en un Proyecto de Urbanización conforme al artículo 1.9 del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por RD 2187/1978, de 23 de junio y doctrina jurisprudencial emanada al respecto (así por ejemplo, la STS de 22 de noviembre de 1994, al sujetar las obras de urbanización vinculadas a los edificios a licencia municipal y proyecto de obras ordinarias a diferencia de las incluidas en un proyecto de urbanización).

Es importante tener en cuenta que se encuentran protegidas todas las instalaciones fijas y equipamiento propio de la edificación y elementos de la urbanización adscritos al edificio (por ejemplo, piscinas e instalaciones de uso común).

En definitiva, quedan fuera del ámbito de la LOE y sujetas al régimen normativo vigente, estatal y autonómico, que generalmente exige proyecto y licencia administrativa (por ejemplo art. 22 de la LS de 1998):

— Las de nueva planta de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

— De ampliación, modificación, reforma o rehabilitación en edificios existentes que no alteren su configuración arquitectónica (en los términos vistos).

Aquí podrían quedar incluidas las obras que puedan dirigir los arquitectos técnicos de pequeña entidad o que no supongan cambios estructurales definidos en el artículo 2.

— De demolición.

— De alteración, introducción o cambio de elementos decorativos.

3.º El objeto, uso o destino de las construcciones, conforme a los criterios del artículo 2.1. A pesar de la dicción de la Ley, este elemento es indiferente a efectos del concepto jurídico de edificación, dado que el apartado c) alude a un verdadero cajón de sastre al decir: *“Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores”* (6).

Sin embargo, tal catalogación tendrá relevancia para determinar quién es el técnico competente para redactar el proyecto conforme al artículo 10.2 y quién deberá expedir la certificación del artículo 22 de la Ley del Suelo (relativa a la conformidad de la descripción de la obra con el proyecto base de la licencia, conforme al art. 50 del RD 1093/1997) (7).

(6) Como dice GONZÁLEZ PÉREZ (obra citada, p. 75), la delimitación de los distintos grupos no puede ser más desafortunada. Sin duda porque en su redacción se ha estado pensando en las consecuencias de la delimitación en las titulaciones exigidas a los proyectistas en el artículo 10.2 (sobre todo si se compara con las clasificaciones que se hacían en las Ordenanzas Municipales sobre uso del suelo y edificaciones).

1.º) En el primer grupo relativo a los usos “administrativo” y “residencial” entre otros, se incluyen los edificios destinados a oficinas y viviendas.

2.º) Este apartado, parece el más irracional, al independizar categorías que hasta ahora no se habían contemplado anteriormente en disposiciones, ordenanzas o planes, en los cuales se hacía referencia a usos industriales, dentro del cual se diferenciaba, normalmente, en industrial general (que comprendía el artesanal, taller de automoción y taller doméstico), el almacenaje y servicios empresariales (que comprendía aquellas actividades basadas fundamentalmente en nuevas tecnologías).

3.º) Este apartado es una verdadera cláusula abierta. Parece prudente entender que aquellos edificios no destinados a proporcionar alojamiento permanente a las personas, pero sí a usos terciarios como hospedaje, recreativo, como salas de reunión, establecimientos para el consumo de bebidas, comidas y espectáculos, que pueden subsumirse en otras categorías, así, el de hospedaje en “residencial en todas sus formas”; el deportivo, en el cultural o docente.

(7) En cuanto al reparto de competencias, la Ley establece lo siguiente:

Edificaciones de uso	Técnico Competente	Artículo
Administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente y cultural	Arquitecto (Proyectista y Director de Obra) Arquitecto Técnico (Director de la Ejecución de la Obra).	Art. 10.2a); 12.2a) Art. 13.2a)
Aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de	Ingeniero, Ingeniero Técnico o Arquitecto (Proyectista y Director de Obra,) según las disposiciones legales vigentes para cada profesión.	Art. 10.2a); 12.2a) Art. 13.2a) Art. 13.2a)

Destacar, por último, que la Ley regula el proceso de edificación, *cualquiera que sea el suelo* en que tenga lugar, abstracción hecha de su naturaleza. Y ello, aunque la Ley se refiera a “solar” en algunos de sus preceptos, como el artículo 9.2.a), al contemplar las obligaciones del promotor, pues sin duda, la figura del promotor sólo se entiende en suelo urbano. Ahora bien, la clase de suelo será relevante para determinar conforme a las normas urbanísticas, las licencias y autorizaciones previas a las que se refiere el artículo 5 LOE.

4. Promotor

La LOE se aplica a todo tipo de personas físicas o jurídicas, excepto las Administraciones Públicas y organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, los cuales se regirán por lo dispuesto en esta legislación administrativa y en lo no contemplado por ella se aplicará la Ley de Ordenación de la Edificación, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria (artículo 1.3).

Esto supone, en alguna forma, como ha dicho PORTO REY (obra citada, p. 17) que el legislador no regula con carácter unitario el proceso edificatorio, sino sectorialmente, al considerar que existen dos procesos en

Edificaciones de uso	Técnico Competente	Artículo
telecomunicaciones, del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, forestal, industrial, naval, ingeniería de saneamiento e higiene, accesorio de las obras de ingeniería y su explotación	Arquitecto Técnico (Director de la Ejecución de la Obra) si la obra esta dirigida por un Arquitecto. Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico, indistintamente (Director de Obra), para obras distintas de las anteriores.	
Cualesquiera otros usos	Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico (Proyectista y Director de Obra), según las disposiciones legales vigentes para cada profesión. Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico (Director de la Ejecución de la Obra).	Art. 10.2a); 12.2a) Art. 13.2a)
Instalaciones fijas, equipamiento del edificio y elementos de urbanización adscritos al edificio (Art. 2.3)	Proyectista: Podrán intervenir en aspectos concretos correspondientes a sus especialidades y bajo la coordinación del proyectista, otros técnicos titulados del ámbito de arquitectura o la ingeniería. La intervención será preceptiva si alguna norma lo establece. Director de la Obra. Director de la Ejecución de la Obra.	Art. 10.2a)

paralelo, según sean los particulares o la Administración los actuantes, toda vez que hace menos gravosas las promociones edificatorias de la Administración, lo cual puede constituir una competencia desleal frente a los particulares, en cuanto aquélla no se limita a las edificaciones de carácter social y sin ánimo de lucro, sino que, en determinados supuestos, invaden el campo privado de la economía.

El supuesto de autopromotor individual, es decir, aquella persona particular que adquiere la propiedad de un solar, contrata la ejecución de la obra consistente en una vivienda unifamiliar a un constructor y la oportuna dirección técnica o facultativa, ha suscitado dudas sobre su inclusión plena en el concepto legal de promotor contenido en el artículo 9 de la LOE, por cuanto su carácter no empresarial, en principio, justificaría un tratamiento dispar del verdadero empresario inmobiliario. Mas no aparece expresamente contemplado en la Ley a efectos de modalizar su régimen jurídico, por lo que está incluido en la noción de “promotor” del artículo 9.1, al considerar promotor a cualquier persona que decide, impulsa, programa y financia, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título; estando obligado, entre otros extremos, a “suscribir los seguros previstos en el artículo 19” (así, art. 9.2. d).

Esto contrasta con la definición tradicional de promotor, en cuanto a persona física o jurídica, empresario inmobiliario, contemplado en la jurisprudencia, o, por ejemplo, en el artículo 20.2 de la propia LOE (objeto de comentario posterior), o, en la Ley de la Vivienda de la Generalidad de Cataluña, de 29 de noviembre de 1991, que concibe al promotor de viviendas como verdadero empresario o profesional coordinador de las operaciones de construcción, en cuanto, *“decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, las suministra al mercado inmobiliario, y transmite su titularidad o las adjudica mediante cualquier título”*.

Lo cual ha llevado a algún autor a considerar fuera del ámbito de la LOE al autopromotor; supuesto que se regularía por las normas sobre responsabilidad contractual del Código civil, si bien sería de aplicación la normativa sectorial de seguridad e higiene en el trabajo (así LACABA SÁNCHEZ). E incluso, otros, defendiendo una interpretación correctora de la literal de la Ley, al entender que “para sí” se refiere a quien ostenta la propiedad de lo edificado para su ulterior explotación arrendaticia.

En mi opinión, la literalidad y finalidad de la norma, parecen justificar la inclusión de las personas particulares que edifiquen para uso propio dentro del concepto de promotor, sin diferenciación alguna respecto a quienes se dedican a ello profesionalmente; lo cual es coherente con la

amplitud comentada del ámbito de la Ley que no se circunscribe a las edificaciones levantadas sobre solar.

De otro lado, la LOE extiende la responsabilidad del promotor a las personas físicas o jurídicas que actúen como tales promotores bajo la forma de gestor o promotor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas (artículo 17.4).

5. Entrada en vigor

5.1. Disposiciones final 4.^a y transitoria 1.^a.

Con carácter general, la Ley entrará en vigor el día 6 de mayo de 2000, esto es, a los seis meses de su publicación en el BOE (lo cual aconteció el día 6 de noviembre de 1999); y se aplicará a las obras de nueva construcción y recayentes en edificios existentes para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación a partir de aquella fecha (se exceptúa la modificación del derecho de reversión contenida en la DA 5.^a, la cual entró en vigor el día 7 de noviembre de 1999).

Ello quiere decir que aunque se solicite la intervención notarial para otorgar una escritura de declaración de obra nueva con posterioridad a 6 de mayo de 2000, si la solicitud de licencia correspondiente se presentó en la Administración Urbanística competente antes de dicha fecha, no serán de aplicación las exigencias contenidas en la nueva Ley.

5.2. Obligatoriedad de las garantías: seguros de daños y caución, ex artículo 19.

5.2.1. *Ámbito de responsabilidad.*

En los artículos 17 a 20 la Ley establece un régimen de responsabilidad substancialmente distinto al hasta ahora vigente (art. 1.591 C.c.); el cual es independiente de las eventuales responsabilidades contractuales que alcanzan al vendedor de edificios o partes edificadas, frente al comprador (arts. 1.484 y siguientes del Código civil y demás legislación aplicable a la compraventa; así lo dice el art. 17.9 de la Ley). En algunos aspectos, la nueva regulación recoge criterios jurisprudenciales consolidados en la práctica, pero en otros es claramente novedosa.

Entiendo que los plazos del artículo 17: uno, tres y diez años, en atención a la causa de los daños, son plazos de garantía, como tuvo ocasión de dilucidar el TS con motivo del artículo 1.591 del Código civil. Mientras que el plazo de prescripción de las acciones es de dos años, artículo

18 LOE. Al margen de lo cual, para otros defectos, siguen vigentes los plazos de: seis meses del artículo 1.490 del Código civil, para defectos ocultos; y el de quince años, para acciones derivadas del incumplimiento contractual, artículo 1.964 de dicho cuerpo legal.

El criterio general es que los agentes de la edificación responden frente a los propietarios y terceros adquirentes de edificios (o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división) de los siguientes daños materiales y por el plazo que se indica:

Plazo	Daños materiales
Un año	Vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.
Tres años	Daños materiales causados <i>en el edificio</i> por vicios o defectos <i>de los elementos constructivos o de las instalaciones</i> que ocasionen el incumplimiento de los <i>requisitos básicos de habitabilidad</i> .
Diez años	Daños materiales causados <i>en el edificio</i> por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a <i>la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio</i> .

Sin profundizar en esta vidriosa materia, me permito sugerir tres extremos:

a) El inicio del cómputo ahora contemplado en la LOE, supone rectificar la doctrina jurisprudencial elaborada por el TS a propósito del artículo 1.591 del Código civil fundada en su artículo 1.969, de la *actio nata* (recordemos dicha doctrina, claramente expuesta en la S del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, al decir: “... *apreciada la ruina dentro de este período de garantía (diez años), a partir de ese momento el perjudicado contará con los 15 años del plazo prescriptivo general del artículo 1.964 del Código Civil, que empezarán a contarse de acuerdo con la doctrina de la actio nata, proclamada en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal...*”).

b) Aunque pudiera parecer lógico, vincular el plazo de garantía con la causa del daño, creo que es un error ya que en la mayoría de los casos será difícil determinar a simple vista cuál es la causa directa y eficiente de los daños, para poder determinar si éstos están o no dentro del período de garantía. Lo cual puede introducir un elemento de inseguridad en contra del perjudicado por los daños que, siempre, deberá investigar cuál

es la causa de éstos para saber si le asiste aún la acción de reclamación o si su derecho ya ha caducado, de manera especial, en la diferenciación de los daños causados por vicios estructurales sujetos al plazo de diez años y los funcionales de tres años.

c) Las dudas sobre la derogación o no del artículo 1.591 del Código civil (8), con la consiguiente inseguridad de si se mantiene una duplicidad de sistemas de garantía, prescripción y responsabilidad.

5.2.2. Garantías: seguros obligatorios.

La disposición adicional segunda de la Ley establece un peculiar sistema de incorporación paulatina de la obligatoriedad de los seguros de daños o caución, sin duda para atender las exigencias del mercado actual y valorar la oportunidad de su ampliación. Aunque la redacción de esta disposición no es muy clara, la Exposición de Motivos ayuda en su adecuada comprensión:

A) El *seguro decenal* será exigible desde la entrada en vigor de la Ley para todas las edificaciones cuyo destino principal sea el de *viviendas* (esto es, 6 de mayo de 2000).

B) Los *seguros de garantía* por defectos de acabado y terminación (un año) y requisitos de habitabilidad (tres años) sólo serán exigibles, para *viviendas*, cuando el Gobierno establezca mediante Real Decreto su obligatoriedad.

C) Para el *resto de las edificaciones* estas garantías (uno y tres años) sólo serán obligatorias cuando el Gobierno lo establezca mediante Real Decreto.

Por tanto, inicialmente, mientras el Gobierno no establezca otra cosa mediante Real Decreto, sólo será exigible el seguro de daños o caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, por vicios o defectos estructurales.

(8) El Grupo Parlamentario Vasco propuso mediante la correspondiente enmienda que el texto normativo expresara la derogación del artículo 1.591 del Código civil, por razones de seguridad jurídica, no bastando la disposición derogatoria genérica finalmente contenida en la LOE. Por tanto, la cuestión queda sujeta a la decisión jurisprudencial. Las opiniones doctrinales hasta la fecha son diversas, así: para EUGENIO LLAMAS cabe que el artículo 1.591 esté derogado y reducido el plazo de prescripción, o bien que la LOE regule una responsabilidad extracontractual que no requiere vínculo contractual, especial frente a la general del Código civil y distinta a aquélla, pero compatible; GARCÍA VALERA entiende que el artículo 1.591 está derogado, aunque reconoce que habrá que esperar a lo que sentencie la jurisprudencia; LACABA SÁNCHEZ afirma: “la no derogación expresa del repetido artículo 1.591 supone una consecuencia obvia: su persistencia en nuestro ordenamiento jurídico y su compatibilidad con la nueva LOE, este último aspecto de indudable problemática para los llamados operadores jurídicos”.

La expresión “*edificios cuyo destino principal sea el de vivienda*”, utilizado por la disposición adicional segunda, suscita, en principio, varias dudas interpretativas:

1. Fijar cuándo el destino principal es de vivienda: a mi juicio, ha de entenderse que es así cuando el edificio, al menos, la mitad de su extensión superficial construida, esté destinada a viviendas o el valor de los departamentos destinados a tal fin sea superior al de los adscritos a otros fines. A estos efectos, puede resultar determinante en caso de división en régimen de propiedad horizontal, la proporcionalidad de las cuotas de comunidad establecidas según las normas de la Ley de Propiedad Horizontal.

2. En tal caso, la obligación de asegurar los daños, decenalmente, ¿comprende la totalidad del edificio o sólo la planta o plantas destinadas a vivienda? Habida cuenta que se admite una franquicia del 1% del capital asegurado de cada unidad registral (art. 19.8).

En mi opinión, es claro que la obligación versa sobre garantizar la totalidad del edificio y no sólo parte del mismo, así resulta de la expresión de la disposición que analizamos, al decir, “*será exigible... para edificios*”.

3. ¿Qué ocurre respecto a edificios inicialmente destinados a usos distintos de vivienda que posteriormente son adecuados a esta finalidad? Me inclino por entender que las obras de acomodación para esta finalidad determinarán la exigencia de las garantías previstas en la Ley; aunque sin desconocer las dificultades que pueden encontrar los promotores de tales modificaciones para obtener de los aseguradores la cobertura de daños por “vicios estructurales” de un edificio ya construido sobre el cual no han podido ejercer el oportuno control técnico.

La existencia de la franquicia referida al 1% del capital asegurado “de cada unidad registral”, puede ser conflictiva, pues como ya señaló el Grupo Parlamentario Socialista (en defensa de sus enmiendas) se trata de “un término cuya interpretación puede ocasionar más inseguridad jurídica, ... cuya significación no está entre nuestra doctrina” y, en consecuencia, defender la enmienda de supresión de tal párrafo, argumentando: “la franquicia a que se refiere el segundo párrafo de este apartado podría dejar sin efecto la garantía que establece la Ley, pues el límite para poder establecerla, 1% del capital asegurado de cada unidad registral puede impedir a los dueños con inscripciones que no se consideren unidades registrales acceder a las acciones de responsabilidad”.

A mi juicio, la expresión “unidad registral” debe traducirse en finca registral o elemento que permita la apertura de folio registral; y lo que pretende la norma es que la franquicia del 1% del capital asegurado, que recordemos es el único seguro de momento obligatorio, el decenal, está

constituido al menos por “el coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales”, no pueda ser concretada en parte alguna de la edificación sujeta a la obligación de garantía, de suerte que si el edificio está dividido en régimen de propiedad horizontal todos los departamentos tengan cobertura al menos del 99%.

En el supuesto de edificios en régimen de propiedad horizontal, la relación entre el capital asegurado total de la construcción y cada uno de los departamentos puede venir referida en igual proporción que la cuota de participación en los elementos comunes.

5.2.3. Problemática de la contratación de los seguros.

La compañías de seguros ya han manifestado que para cubrir los riesgos decenales, obligatorios, es necesario un control técnico del proceso constructivo desde su inicio. Esto es, el promotor debe contactar con la compañía antes de iniciar la edificación, a fin de que ésta a través de un organismo de control aceptado audite el total proceso constructivo. En definitiva, la contratación de las pólizas y la entrada en vigor de la cobertura está subordinada a dicho control técnico.

“Estas Oficinas de Control deben ser elegidas entre las aceptadas por las compañías aseguradoras, contratadas y pagadas por el tomador del seguro y cumplir las labores que la póliza le recomienda, emitiendo los informes técnicos correspondientes sobre la evolución y estado de la construcción y formulando las reservas oportunas si proceden, las cuales pueden dar lugar a exclusiones de la póliza” (MERCHÁN GABALDÓN, obra citada, p. 315).

Esto significa que el contrato de seguro debe ser suscrito por el promotor y la compañía aseguradora con anterioridad al inicio de los trabajos de construcción, si bien, la entrada en vigor y efectividad de las garantías de la póliza empiezan con la recepción provisional o definitiva. La razón es obvia, las aseguradoras necesitan auditar el proceso constructivo desde su inicio, a través de las citadas Oficinas de Control, para evaluar los riesgos que se pretenden asegurar; por lo que incluso, la póliza inicialmente pactada puede no tener efectividad en momento alguno, si con posterioridad el informe sobre la ejecución de la construcción es negativo y no admite subsanación.

En conclusión, la suscripción de la póliza exige conocimiento del riesgo y seguimiento del proceso constructivo desde su inicio, por lo que la emisión de la póliza se realizará antes de iniciar la edificación, aunque su entrada en vigor empiece con la recepción de la obra.

La razón de la exigencia legal de estos seguros es garantizar la reparación de los daños ante una posible insolvencia patrimonial del sujeto

responsable. No es suficiente la regulación de la responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo, es necesario completar tal previsión con unas garantías para el consumidor, que cubran los gastos de reparación de los daños que puedan producirse en el edificio.

La experiencia negativa del modelo francés instaurado por la Ley Spinetta (1978), consistente en un seguro obligatorio de responsabilidad civil, ha pesado sin duda en los redactores de nuestra LOE, que, con más prudencia, han previsto la implantación por fases de los seguros de daños o caución, empezando con el decenal, sobre el cual ya existe en el mercado una cierta experiencia.

Los principales problemas de los nuevos seguros establecidos en la LOE, se pueden resumir, diciendo:

1.º) La exclusión de siniestros que tengan su origen en las reservas no subsanadas y reflejadas en una nueva acta de recepción, pueden constituir un auténtico coladero de exclusiones en la cobertura del seguro obligatorio; dado que las pólizas de seguros incluirán la exclusión de los daños que tengan su origen en aquellas reservas formuladas en el acta de recepción de la obra, no subsanadas posteriormente.

Para evitar fraudes, es preciso una correcta información al usuario o adquirente de edificaciones sujetas a la LOE; y, para ello, es imprescindible incidir en la utilización de los mecanismos a nuestro alcance, para hacer constar en las escrituras de obra nueva la existencia de tales reservas no subsanadas, destacando la oportuna advertencia notarial al respecto, a fin de su constancia posterior en el correspondiente asiento registral (ex art. 51 RH), así como su eventual reflejo en la correspondiente póliza del seguro; y, posteriormente, en las transmisiones de edificaciones o parte de ellas, en relación con la constancia de la entrega del Libro de la Edificación, ex artículo 7 de la LOE.

En caso contrario puede constituir una puerta falsa por donde el espíritu de la Ley se convierte en papel mojado, puesto que bastaría que un promotor poco escrupuloso se pusiera de acuerdo con un asegurador igualmente poco escrupuloso en la emisión de la póliza, con lo cual se estaría cumpliendo la Ley formalmente, pero formulando reservas en el acta de recepción, de manera que el día de mañana, cuando se produzca un auténtico siniestro y haya que poner en marcha garantías, se enarbole el acta de recepción con las reservas allí realizadas para que el asegurador no pague.

2.º) Las posibilidades de aseguramiento (obra citada, p. 125) pasan por ciertas normas motivadas por la necesidad de reducción del riesgo asegurado que podemos resumir:

- a) Exigencia de informe geotécnico del terreno.
- b) Exigencia de un control de proyecto y ejecución ajeno a los téc-

nicos intervinientes y aceptado de común acuerdo por asegurado y asegurador, siendo necesario que sus dictámenes sean vinculantes para el futuro de la cobertura.

c) Establecimiento de franquicias.

3º) Ante la opción que la LOE contiene de contratación mediante el seguro de daños o de caución, a juicio de LÓPEZ COBO (UNESPA, obra citada, p. 219), en la práctica, la contratación de tales coberturas mediante seguro de caución no será viable por las siguientes razones:

— Por sentido común. Porque el tomador del seguro (obligado a asegurar) preferirá contratar bajo cobertura de daños, evitando con ello posibles retrocesiones en el caso de generarse el siniestro.

— Porque contratando un seguro de daños ese tomador evitará la indemnización a primer requerimiento, de modo que su posición es más ventajosa (y la del asegurador), al tener que acreditarse previamente el daño causado.

En todo caso, queda abierta la pregunta de qué hacer en el supuesto de que el promotor de una obra sujeta a la LOE, pese a sus incesantes gestiones no encuentre asegurador que contrate la correspondiente póliza de seguro obligatorio por daños estructurales, en especial si se trata de autopromotores. Los representantes de las diversas compañías aseguradoras niegan la posibilidad, más la práctica nos resolverá la incógnita. Quizás, en tales supuestos excepcionales podría acudir a la consignación judicial de un importe económico equivalente al capital asegurado (solución bastante improbable) o incluso a un depósito indisponible por igual cuantía (a modo análogo de lo previsto para los acreedores no satisfechos en procesos de liquidación de sociedades, art. 247.2.3.ª RRM).

6. Recepción de la obra (art. 6)

El artículo 6 regula la “*Recepción de la obra*”, materia que hasta ahora carecía de normativa legal específica en las obras privadas. Tan sólo contemplada en el artículo 1.592 del Código civil, que dispone: “*El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medidas, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha*”.

El TS venía distinguiendo entre “entrega” y “recepción” de la obra, manteniendo esta última cuando se aceptaba la obra sin reservas por el promotor o contratista, a quien se transmitía desde dicho instante los riesgos inherentes en la obra; por lo que el periodo temporal que mediaba entre una y otra, era el utilizado por el promotor para comprobar la inexistencia de defectos de acabado. Este concepto es el recogido en la Ley

y por ello el inicio del cómputo de los nuevos plazos de responsabilidad civil, previstos en el artículo 17, comenzará a partir de la recepción sin reservas y, por ello, tampoco se distingue entre recepción “provisional” y “definitiva”, como es práctica habitual.

Los aspectos más importantes son:

— *Recepción es el acto por el cual el constructor, una vez concluida la obra, la entrega al promotor y es aceptada por éste.*

Es pues un concepto más amplio de la mera puesta a disposición del promotor por el constructor, exigiendo la declaración de voluntad de aquél en orden a la aceptación.

— Puede realizarse “*con o sin reservas*”.

Ahora bien, si la obra es aceptada con reservas, deberá firmarse una nueva “acta de entrega” una vez subsanados los defectos observados.

Del segundo inciso del apartado 1.º del artículo 6 y de la letra b) del apartado 20, parece que se deduce que la declaración de recepción tendrá lugar incluso cuando el promotor realice por escrito y de forma objetiva reservas a la obra por entender que la misma adolece de defectos de construcción.

En este caso, entiendo, que no existe una declaración de voluntad en orden a la recepción de la obra por el promotor, sino que la misma queda condicionada a la posterior subsanación de los defectos observados; pues, de otra manera se desnaturalizaría esta importante figura de la “recepción” de la obra como declaración de voluntad y no mera entrega o puesta a disposición por el constructor. Tal parece ser el sentido de los artículos: 17.1 al establecer qué responsabilidad de los intervinientes en la edificación, distinta de la contractualmente exigible, frente a los propietarios o terceros adquirentes comienza desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas; y 6.3 cuando admite que el promotor rechace la recepción de la obra, por no estar terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales, pero exigiendo la suscripción del acta y la determinación de un plazo para efectuar la recepción.

Tradicionalmente, la aceptación sin reservas de lo construido transmite la responsabilidad al promotor de manera que el constructor no responderá de aquellos vicios o defectos aparentes que no hubiesen sido denunciados antes o en el momento de la recepción definitiva, excepto el supuesto de vicios ocultos de la obra; el problema actual, dado que el constructor responde (art. 17.1.c) de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año, es contestar si tal responsabilidad se mantiene pese a que el promotor en el acta de recepción no haya realizado reserva alguna. En mi opinión, tal responsabilidad se mantiene

frente a los propietarios y terceros adquirentes, distintos del promotor, más no frente a éste, a tenor del artículo 17.1. Dicho de otro modo, queda indemne el derecho de los adquirentes de la edificación o parte de ella, para ejercitar las acciones de responsabilidad frente al constructor y demás intervinientes, mas no podrá reclamar el promotor frente al constructor.

— Debe abarcar la *totalidad de la obra o fases* completas y terminadas de la misma.

La recepción parcial de la obra puede tener lugar cuando las partes lo hayan estipulado expresamente: en el correspondiente contrato de obra o durante la ejecución de la misma; siempre que se trate de porciones con cierta autonomía o susceptibles de diferenciación.

— La recepción se hará constar en *un acta* en la que constarán las partes; fecha de certificado final de la obra; coste final de la ejecución material; declaración de si hay o no reservas y la fecha en la que deberán subsanarse los defectos, en su caso (la subsanación deberá hacerse constar en un nuevo acta); y garantías que se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

— En la recepción debe acompañarse el *certificado final de obra*.

— El promotor puede *negarse a recibir la obra* por dos motivos: a) que considere que no está acabada; y b) que crea que no se ajusta a las condiciones pactadas. La negativa deberá ser motivada por escrito en el acta y se fijará un nuevo plazo para la recepción.

Sorprende que el promotor pueda rechazar en el acta la recepción de una obra por “no estar terminada”, cuando el artículo 6.2 de la LOE exige que, al acta se adjunte el certificado final de obra y éste no puede extenderse si la obra no está terminada o no está de acuerdo con el proyecto.

— Salvo acuerdo en contra, la recepción deberá efectuarse en los *treinta días siguientes a la notificación* al promotor de la terminación de la obra (que se acredita con la certificación final de obra). Si transcurrido ese plazo el promotor no ha puesto de manifiesto por escrito y de forma motivada reservas o rechazo a la recepción, se entenderá recibida tácitamente.

La notificación entiendo, debe ser por conducto notarial, ya que la notificación en documento privado no da fe de la certeza de la fecha ni del contenido (en este sentido también se pronuncian, LACABA SÁNCHEZ y MERCHÁN GABALDÓN, p. 292, en sus respectivas obras citadas).

Notarialmente, estaremos en presencia de un acta de notificación, por lo que parece recomendable llevarla a cabo mediante la entrega personal por el notario de la cédula de notificación al requerido, en el domicilio señalado (art. 202, párrafo 2.º del Reglamento Notarial).

Dado que se trata de un plazo civil, rige en esta materia, para el cómputo, el artículo 5 del Código civil, con lo que no se excluirán los días inhábiles.

— El plazo de recepción (expresa o tácita) tiene una indudable importancia porque a partir de ese momento se *empiezan a contar los plazos de responsabilidad y garantía*.

Con ello la LOE se aparta de la doctrina mayoritaria y jurisprudencia, que han venido entendiendo que el plazo de garantía del artículo 1.591 del Código civil comienza a computarse desde el momento de la terminación material de las obras, para fijarlo en el día del acta de recepción o cuando se entienda ésta tácitamente producida.

Es de advertir una cierta contradicción en la propia LOE, dado que el artículo 6.5 cifra el cómputo de los plazos de la responsabilidad y garantía a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción (sin diferenciar si acontece con o sin reservas pese a que los apartados 1 y 2 del mismo art. 6 lo contemplan); y el artículo 17.1, a la hora de fijar la responsabilidad de los diversos agentes, considera determinante la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Entiendo que esta contradicción debe salvarse conforme a las normas hermenéuticas consagradas en el artículo 3 del Código civil, en favor del criterio sustentado por el artículo 17, último modificado por el legislador en el proceso de formación de la norma, el cual es coherente con el resto del sistema de responsabilidad, en especial del promotor y el establecimiento de ulteriores garantías.

Mas este criterio no está exento de problemas, pues ello determinará la existencia de dos momentos distintos de inicio del plazo de responsabilidad, uno para la porción de obra aceptada sin reservas, y otro para la viciada, objeto de reserva, que comenzará a computarse desde la ulterior sanación. Lo cual, como es obvio, repercutirá sobre las garantías, esto es, los seguros obligatorios.

Ante ello, podría defenderse una interpretación más favorable con la intención del legislador, constatado en la propia EM, la de protección al usuario y, entender, que en caso de acta de recepción con expresión de reservas, el inicio del plazo de responsabilidad de los intervinientes en la construcción no comenzará sino desde que las deficiencias en que consisten las reservas formuladas por el promotor queden corregidas, a través de la nueva acta de recepción o desde el transcurso del plazo de un mes tras la oportuna notificación en los términos del artículo 6 de la LOE.

Dada esta transcendencia, sería recomendable la intervención notarial en este acta de recepción de obra, a fin de asegurar su fehaciencia en los términos del artículo 1.218 del Código civil. La cual revestirá la forma de

escritura pública, pues contiene la declaración de voluntad del promotor de recibir la obra (art. 6.2. d) o, lo que es lo mismo, de aprobación de la obra realizada por el constructor. Esto no impide que si la obra nueva se ha declarado en construcción, sea también vehículo documental para acreditar su terminación conforme al artículo 22 de la LS de 1998 y RD de 4 de julio de 1997, cumpliendo los requisitos señalados en estas disposiciones.

Si se formalizara tan sólo por escrito privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código civil: “La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”.

Es de notar que dicho precepto no se verá afectado por la derogación prevista de varios artículos del Código civil por la disposición derogatoria única de la reciente Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, a su entrada en vigor, prevista para el año próximo.

Para concluir, referirnos al supuesto de reunión en una misma persona física o jurídica del doble carácter de promotor y constructor. ¿Hace innecesaria el acta de recepción ex artículo 6 LOE?

Me inclino por considerar necesaria la formalización por escrito de la recepción de la obra, con todos los requisitos y anexos del artículo 6 de la Ley, por cuanto tal documento, pasa posteriormente a integrar la documentación de la obra ejecutada que ha de entregarse a los usuarios finales bajo el nombre de Libro del Edificio (art. 7), así como la importancia a efectos de la constitución de las garantías e inicio del plazo de responsabilidad.

En el caso de que tal suscripción no se realice, opino que, aplicando analógicamente las previsiones del propio artículo 6, la obra se ha de entender recibida tácitamente, transcurridos treinta días desde la fecha de su terminación, constatada en el certificado oficial de fin de obra.

Todo lo cual no deja de ser paradójico si pensamos que el mismo promotor-constructor, agente de la edificación, unilateralmente, podría a su conveniencia determinar la fecha de la recepción de la obra. A menos que forzando la interpretación del propio artículo 6, se entendiera que tal fecha en caso de promotor-constructor, es a efectos de terceros, siempre como máximo, los treinta días siguientes desde la conclusión de la obra acreditada por el certificado final de obra.

7. Libro del edificio (art. 7)

Según el artículo 7, la “*Documentación de la obra ejecutada*” que el director de obra deberá facilitar al promotor para formalizar los trámites administrativos, se entregará a los usuarios finales del edificio. Esta documentación compone el “Libro del Edificio” (figura que había sido ya instaurada por varias Comunidades Autónomas, en concreto en Cataluña) y que debe contener los siguientes documentos:

- El Proyecto con las modificaciones aprobadas.
- El Acta de Recepción.
- La relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación.
- La documentación relativa al uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones.

La adecuada verificación de esta documentación por parte del promotor y de los usuarios de las edificaciones es especialmente importante debido a la obligación impuesta de mantenimiento del edificio en adecuado estado de conservación que la Ley impone a los propietarios.

Esto significará que en toda escritura de transmisión de un edificio (o partes de él) sujeto a la LOE, el adquirente deberá hacer constar que ha recibido el “Libro del Edificio”.

Es importante destacar que la documentación que integra el “Libro del Edificio” se refiere a la obra realmente ejecutada (no a la inicialmente proyectada).

En este sentido, es llamativo que el artículo 16 de la LOE incluya también a los propietarios y usuarios en el grupo de los agentes de la edificación, imponiéndoles la obligación genérica de conservación y mantenimiento de lo edificado. Aunque tal inclusión parezca algo discutible ya que son los consumidores o usuarios finales del producto objeto de la actividad constructiva, es importante aunque sea a los solos efectos de recordar a éstos sus obligaciones de un correcto uso y mantenimiento. Quizás hubiere sido adecuado que la Ley hubiese previsto un régimen de sanciones por tal incumplimiento; mas como señala LACABA SÁNCHEZ (obra citada), puede ser invocado de contrario cuando reclame el adquirente al promotor por algún vicio o daño debido a falta de mantenimiento, quedando todo en manos de los Tribunales de Justicia (ex arts. 1.101 y 1.124 del Código civil); si bien deberá el promotor que alegue dicho incumplimiento probar la negligencia.

8. Escrituras de declaración de obra nueva (art. 20.1)

Este precepto debe ser analizado en relación a otros preceptos, como son los artículos 45 y siguientes del RD 1093/1997, de 4 de julio, 22 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y 50 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (relativa a la constancia de la referencia catastral en los documentos notariales). Actualmente, la constatación en escritura pública de las edificaciones puede realizarse:

a) **EN CONSTRUCCIÓN:** para lo cual se aporta al notario:

— Proyecto de edificación.

— Licencia municipal correspondiente.

— Justificación de la referencia catastral, en su caso (si no constaba en el título o documento notarial o judicial previo).

— Por parte del notario se procede a redactar la descripción de la obra; y el técnico competente certificaba las características de la construcción y su conformidad con el proyecto para el que se obtuvo la licencia, relativa al menos: al número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados y, si el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente (arts. 45 y 46 del RD 1093/1997).

El técnico competente, para emitir dicha certificación, a decir del artículo 50 del RD 1093/1997, es:

1. El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación.

2. El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra.

3. Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su Colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.

4. El técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función.

Una vez concluida la edificación previamente declarada en escritura, es preciso acta notarial de protocolización del certificado final de obra, conforme al artículo 22 de la Ley del Suelo, con la particularidad de que el certificado final de obra oficial, a partir de la entrada en vigor del RD 1093/1997, es insuficiente al exigir dicha norma que conste la expresión de que la obra se ajusta (número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados y, si el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente) al proyecto correspondiente.

b) **TERMINADA:** proyecto, licencia, referencia catastral igual que en

el supuesto anterior, más la certificación del técnico competente expresiva, además, de que la obra ha finalizado y que se ajusta al proyecto correspondiente.

c) DECLARACIÓN DE OBRAS ANTIGUAS:

Como es sabido, conforme al artículo 52 del RD 1093/1997, es posible declarar en escritura pública e inscribir en el Registro de la Propiedad, la existencia de una construcción ya terminada, cuando se acredita por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada, anterior al plazo de prescripción de la infracción urbanística en que pudiera haber incurrido el edificante, su descripción coincidente en el título y no constar en el Registro la incoación de expediente de disciplina urbanística.

El artículo 20 de la LOE, para asegurar la efectiva suscripción de los seguros obligatorios, establece dos importantes garantías, la primera de ellas (número 1), por lo que ahora nos ocupa, determina que no podrán otorgarse ni, en su caso, inscribirse en el Registro de la Propiedad escrituras de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite o testimonie, en las mismas la constitución de los seguros obligatorios.

Tres cuestiones:

A) OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN: la falta de precisión y rigor técnico de este precepto, artículo 20.1, es más que notable, toda vez que a diferencia del RD 1093/1997, de 4 de julio y Ley 6/1998, de Régimen del Suelo, no distingue entre escrituras de obra nueva en construcción y terminada.

¿La expresión “obra nueva”, utilizada por el artículo 20.1, debe ser interpretada en el sentido de comprender, tanto a la declaración de obra nueva “en construcción” como a la “terminada”?

Bien es cierto que en el Proyecto del Gobierno y texto aprobado inicialmente por el Congreso de los Diputados, esta exigencia era referida a: *“escrituras públicas de primera transmisión inter vivos o de adjudicación voluntaria de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite o testimonie en la escritura correspondiente la constitución de las garantías previstas en el artículo 19 de esta Ley”*.

Fue la enmienda número 68 del Grupo Parlamentario Socialista la que propuso nueva redacción al precepto, en el sentido de incorporar (con alguna variación) el texto del artículo 22 de la Ley del Suelo relativa a los requisitos de obra nueva en construcción y terminada y añadir *“No se autorizarán ni inscribirán escrituras públicas de primera transmisión inter vivos o adjudicación de edificaciones a las que sea de aplicación*

esta Ley, sin que se acredite o testimonie en la escritura de obra nueva o terminada, la previa constitución del aval bancario solidario o seguro contra daños por vicios o defectos de construcción de suscripción obligatoria, regulado en el artículo 19 de esta Ley”.

Finalmente una enmienda transnacional del Grupo Popular, aceptada por el Socialista, en el Senado, dio paso a la redacción hoy vigente.

A mi juicio, lo decisivo de los diversos textos prelegales, era garantizar, antes del otorgamiento de las escrituras de primera transmisión de edificaciones, la constitución de las garantías del artículo 19 de la Ley con relación a la descripción de la construcción contenida en la escritura de obra nueva en ejecución o terminada. Por ello, la enmienda del Grupo Socialista, antecedente legislativo del precepto vigente, decía: “... *sin que se acredite o testimonie en la escritura de obra nueva o terminada* ...”.

Los seguros de daños o caución exigibles conforme al artículo 19, lo son a partir del momento de la terminación de la obra, de suerte que en el acta de recepción a suscribir entre constructor y promotor, se harán constar las “garantías que, en su caso, se exijan al constructor” (art. 6.2.e), esto es, el correspondiente a vicios de terminación por plazo de un año. Y, el único seguro exigible, inicialmente, a partir del día 6 de mayo de 2000 (disposición adicional segunda), es el de daños materiales o caución por plazo de diez años, por vicios o defectos estructurales cuyo tomador es el promotor (sin perjuicio de serlo por él, el constructor) cuya prima deberá estar pagada en el momento de terminación sin perjuicio de fraccionamientos posteriores.

Normalmente, tras la concesión de licencia de edificación y, sobre la base del proyecto técnico, se procede a otorgar la escritura de declaración de obra nueva en construcción, con la finalidad de acudir a la financiación hipotecaria para la realización de la promoción. Por ello, es difícil pensar que pueda en este momento exigirse, con plena efectividad, la constitución de un seguro de daños, cuando la edificación no existe en la realidad y la cifra del capital asegurado (el coste de ejecución material más honorarios profesionales, ex art. 19.5.c) no se conoce.

Los preceptos de la Ley de Ordenación de la Edificación, de modo sistemático, parecen estar pensando en la constitución de las garantías a partir de la terminación de la obra, pues es desde este momento cuando el objeto de la Ley, esto es, la edificación, queda fijada y se inicia el cómputo de los plazos de prescripción de las responsabilidades de los agentes intervinientes (arts. 6, 17 y 19).

Lo esencial, como nos recuerda la EM de la LOE, es “evitar el fraude a los adquirentes”; y, para ello, existen en nuestro Derecho mecanismos, como los expuestos, para evitarlo.

En este sentido se manifiesta LACABA SÁNCHEZ, al decir: “... por ello

debiera entenderse que la Ley se refiere a la «acabada», puesto que la cobertura comenzará, por lo general, cuando se reciba la obra sin reserva ninguna ...”. Mientras que, GONZÁLEZ PÉREZ (en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, 2000, p. 496), entiende que no es lógico que la obligación sea respecto de las declaraciones de obra, pues, “... para que las garantías cumplan la finalidad para la que están previstas deban constituirse antes de que se formalice la adquisición de la edificación, cualquiera que sea el título jurídico, por el destinatario...”.

Por lo expuesto, podría concretarse:

a) Para las escrituras de obra nueva terminadas, se acreditará al notario autorizante la constitución de las garantías del artículo 19 (de momento, a falta de desarrollo reglamentario, tan sólo el seguro de daños o caución en garantía decenal de vicios estructurales, conforme a la disposición adicional segunda de la Ley).

b) Para escrituras de obra nueva en construcción, se consignaría el compromiso del promotor otorgante, de acreditar la constitución de tales garantías en el acta notarial de protocolización del certificado final de la obra, ex artículo 22 de la Ley 6/1998 (de donde se deduciría que hasta el cumplimiento de tal exigencia, no podría autorizarse e inscribirse, escritura de transmisión voluntaria de la edificación) o en la escritura de recepción de la obra (con el contenido del art. 6 LOE). Tal compromiso del otorgante de la escritura de obra en construcción se verificaría con la consiguiente advertencia notarial y su constancia registral.

No obstante, dada la postura de las compañías aseguradoras de exigir que el promotor inicie sus contactos contractuales con aquélla desde el principio de la construcción, incluso suscribiendo la póliza con la salvedad relativa a su falta de eficacia hasta la suscripción del suplemento de entrada en vigor o cobertura, tal documento inicial podría cubrir la exigencia legal contenida en el artículo 20.1 LOE para las escrituras de declaración de obras en construcción. A mi juicio, tal documento no aporta más garantía que la mera manifestación y compromiso del promotor de la formalización efectiva de la póliza cuando ésta es virtualmente existente, esto es, una vez terminada la obra, ya que el documento inicial puede verse truncado por discrepancias surgidas en el proceso constructivo y no llegar a suscribirse el suplemento. Por tanto, aunque se acreditara la póliza inicial en el periodo de construcción, el notario deberá advertir sobre la falta de garantía hasta que se verifique la recepción de la obra.

En todo caso, debemos recordar que el incumplimiento de las normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, conforme al artículo 19.7 LOE, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir tales garantías.

B) **TÉCNICO COMPETENTE**, para emitir la certificación exigida por el artículo 22 de la Ley del Suelo, esto es, sobre la coincidencia de la descripción de la obra en escritura y el proyecto para el que se obtuvo la licencia correspondiente.

El artículo 50 del RD 1093/1997, nos definía como tal, al autor del proyecto, al director de la obra, al técnico municipal, o a cualquier otro técnico, que mediante certificación de su Colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.

Mas dejando al margen la competencia del técnico municipal, por aplicación de los artículos 2.1, 10.2 y 12.3 de la Ley, al determinar para cada tipología edificatoria, la titulación habilitante para ser proyectista y director de las obras, resulta que, para la mayor parte de las declaraciones de obra, consistentes en edificios de viviendas, garajes, locales comerciales, etc., será, exclusivamente, técnico competente, el arquitecto. Y el certificado final de obra, será suscrito por el arquitecto superior y el arquitecto técnico, en su respectiva calidad de director de la obra y director de la ejecución de la obra (art. 12.2 y 3).

C) **DECLARACIÓN DE OBRAS ANTIGUAS:**

Es decir, aquellas a las que se refiere el comentado artículo 52 del RD 1093/1997. Al estar en presencia de construcciones no amparadas por licencia, conforme al criterio de la disposición transitoria primera de la LOE, entiendo que no es exigible la constitución de garantías del artículo 19, a las edificaciones terminadas antes del día 6 de mayo de 2000. Es decir, si para las obras con licencia, el momento temporal determinante es la solicitud de licencia, para las no amparadas por ésta, debe ser la de conclusión o terminación.

Sin desconocer las grandes dificultades que, previsiblemente, van a encontrar los propietarios de obras a las que alude el artículo 52 del RD 1093/1997, para contratar el seguro de daños o caución decenal respecto de edificaciones sobre las cuales las compañías de seguros no han ejercido control alguno durante su ejecución.

9. Cancelación de la hoja registral del promotor (art. 20.2)

Respecto al promotor, *persona física*, es de recordar que la inscripción del “comerciante” o empresario individual, es voluntaria en el Registro Mercantil, por lo que la trascendencia de tal medida es muy limitada (arts. 19.1 del Código de comercio y 81 RRM).

Respecto a las *sociedades*, llama la atención que no extienda la previsión contenida en la Ley a otras personas jurídicas no societarias, como

las cooperativas, fundaciones e incluso asociaciones en relación a sus respectivos registros administrativos.

La obligación, a diferencia del artículo 20.1, va dirigida exclusivamente al registrador mercantil, de suerte que no impide el otorgamiento de la correspondiente escritura de liquidación de la sociedad (prevista en el art. 247 del Reglamento del Registro Mercantil), con la oportuna advertencia efectuada por el notario en orden a lo dispuesto en el artículo 20.2 LOE.

Dos elementos constituyen el supuesto de hecho del artículo 20.2, que abre la posibilidad al cierre de la hoja registral al promotor inmobiliario:

1.º) Uno temporal, “que no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18”; esto es, dos años a contar desde que se produzcan los daños.

Deberemos recordar que este plazo de dos años rompe con la tradición doctrinal de que la acción para exigir responsabilidades a los intervinientes en la obra lo era personal y por ello de quince años; también es novedoso y, en alguna forma, perturbador, que el día del cómputo sea el momento de la producción de los daños y no conforme al artículo 1.969, desde el día en que pudieron ejercitarse, es decir, desde que se conocieron, lo cual en el ámbito de la construcción es importante, ya que hay daños que pueden manifestarse de formas de muy difícil descubrimiento por el particular no experto.

Dicho de otro modo, el inicio del cómputo ahora contemplado en la LOE, supone rectificar la doctrina jurisprudencial elaborada por el TS a propósito del artículo 1.591 del C.c. fundada en el artículo 1.969 de dicho cuerpo legal, de la *actio nata* [recordemos dicha doctrina, claramente expuesta en la S del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, al decir: “... apreciada la ruina dentro de este período de garantía (diez años), a partir de ese momento el perjudicado contará con los 15 años del plazo prescriptivo general del artículo 1964 del Código Civil, que empezarán a contarse de acuerdo con la doctrina de la *actio nata*, proclamada en el artículo 1.969 del mismo cuerpo legal...”].

Técnicamente, si estamos hablando de prescripción, ésta sólo puede ser declarada por los Tribunales de Justicia, escapando de la labor calificadora del registrador mercantil.

En este sentido recordemos la tradicional R DGRN de 8 de noviembre de 1951, que tuvo ocasión de proclamar: los registradores de la propiedad carecen de atribuciones para resolver lo relativo al cómputo del tiempo necesario para la prescripción, a su interrupción y a sus efectos, cuestiones que deben ser planteadas ante los Tribunales de Justicia o autoridades con facultades análogas.

E incluso los problemas vendrían determinados por la dificultad de

acreditar el día inicial del cómputo del plazo de prescripción de las acciones, pues: ¿cómo se acredita al registrador el día inicial del cómputo?

2.º) Otro real, alternativo al anterior, “acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido”.

Es obvio que la norma se refiere a edificaciones sujetas a la Ley y, por tanto, cuyas solicitudes de licencia sean posteriores a 6 de mayo de 2000.

Este apartado, entiendo que es muy deficiente desde el punto de vista técnico, pues, ¿cómo se acredita al registrador mercantil el hecho negativo, de no tener promociones sujetas a las disposiciones de la Ley, o que sólo son aquellas respecto de las cuales se acredita la constitución de garantías?

Dicho de otro modo, cómo le consta al registrador mercantil cuántas edificaciones ha promovido el empresario individual o la sociedad entre cuyas actividades del objeto social se encuentre la promotora o constructora y la fecha en que se han producido los daños, para saber si ha transcurrido el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 18. Pues —como dice GONZÁLEZ PÉREZ, obra citada, p. 499—, en el Registro Mercantil habrá constancia de que el objeto de la actividad empresarial es la promoción de edificaciones. Pero en el Registro Mercantil no constará ni tienen por qué constar las promociones llevadas a cabo ni las fechas e incidencias posteriores (¿o es que desde la entrada en vigor de la LOE se pretende tal constancia?).

A mi juicio, bastará en principio, la manifestación de los liquidadores sobre el particular, como prevé el artículo 247 del Reglamento del Registro Mercantil, para la satisfacción a los acreedores o la consignación o aseguramiento de los créditos, ahora extensible al número de promociones, fechas de terminación de las edificaciones y adquirentes.

Estimo aconsejable, que además de tal inexcusable manifestación del órgano de liquidación de las sociedades en cuestión, en el balance o inventario final, o bien en el cuerpo de la propia acta de la junta general que apruebe la liquidación de la sociedad se haga constar la relación pormenorizada de las promociones sujetas a la LOE realizadas, así como la referencia a la constitución de las garantías y escrituras de obra nueva correspondientes; y la manifestación de la inexistencia de otras promociones. De manera especial, en sociedades limitadas, al amparo del artículo 123 de su Ley reguladora de 23 de marzo de 1995.

En definitiva, el supuesto literal de la norma es prácticamente de imposible cumplimiento, toda vez que: o se acredita mediante sentencia la prescripción de las eventuales acciones de responsabilidad de todas las promociones inmobiliarias del sujeto inscrito, o la constitución de las

garantías de todas ellas; mas pese a la dificultad de tal “acreditación”, siempre existirá la incertidumbre de cuáles son “todas las promociones”, ¿sólo las acreditadas u otras?, ¿cuáles?, ante lo cual sólo cabe la manifestación del órgano de liquidación ex artículo 247 del RRM y, si se quiere por los argumentos dichos, reforzada por la constancia en el acta de la junta general que apruebe la liquidación.

Y, por último: ¿existen razones de identidad que permitan por analogía extender estas exigencias, a la modificación del objeto social que consista en suprimir la actividad promotora inmobiliaria de la relación que integran aquél? Pues en caso negativo, es muy fácil eludir la aplicación de la norma prohibitiva contenida en el artículo 20.2 LOE, propiciando una modificación de estatutos y posteriormente acordar la disolución y proceder a la liquidación de la sociedad; y si optamos por la afirmativa, iríamos más allá de lo querido por el legislador.

Quizás la solución más ponderada sería admitir la modificación del objeto social, sin otros requisitos que los meramente mercantiles y exigir los presupuestos del artículo 20.2 LOE a estas sociedades que habiendo incluido en su objeto social la actividad promotora ahora pretenden extinguirse (la razón es obvia, a la Ley lo que le preocupa es la desaparición de la personalidad jurídica del sujeto afecto a la responsabilidad); y tan sólo exigiría al registrador mercantil comprobar en toda liquidación societaria, si dicha compañía ha tenido entre las actividades integrantes del objeto social, la promoción inmobiliaria.

Conclusiones

1.^a La LOE es una norma jurídica que no pretende regular íntegramente el proceso constructivo, sino que lo disciplina dentro del marco jurídico de las restantes normas (urbanísticas, civiles, etc.) y descodifica la materia. No prevé su íntegro desarrollo reglamentario, aunque se remite expresamente a normas emanadas por el ejecutivo, en sede de implantación sucesiva de la obligatoriedad de los seguros de daños o caución y aprobación de un Código Técnico de la Edificación.

2.^a Es la LOE una norma esencialmente de aplicación plena en todo el territorio nacional, pese a lo cual, al estar relacionada con la calidad de la edificación y normativa sobre vivienda, ha de cohonestarse con las disposiciones autonómicas sobre la materia.

3.^a Adolece de algunas notables deficiencias técnicas, imprevisiones y conceptos jurídicos indeterminados o abiertos, que exigirán importan-

tes precisiones jurisprudenciales. Entre éstas, destaca la no derogación expresa del artículo 1.591 del Código civil, lo que puede suponer la existencia de dos sistemas de responsabilidad.

4.ª Establece una dualidad en el régimen jurídico del proceso constructivo, diferenciando entre la promovida por la Administración y los particulares. Dados los términos del artículo 9.1 de la LOE, la figura del autopromotor individual queda íntegramente dentro de la noción legal de “promotor” y, por tanto, sujeto a todas sus obligaciones.

5.ª Establece en sus artículos 17 y 18, una dualidad de plazos: unos de garantía, a su vez de uno, tres y diez años para la producción de los daños; y otro de prescripción, de dos años (atípico, en la actual regulación de dicha institución jurídica) para el ejercicio de las correspondientes acciones.

6.ª Aunque pudiera parecer lógico, vincular el plazo de garantía con la causa del daño, en la mayoría de los casos será difícil determinar a simple vista cuál es la causa directa y eficiente de los daños, para poder determinar si éstos están o no dentro del período de garantía. Lo cual puede introducir un elemento de inseguridad en contra del perjudicado por los daños que, siempre, deberá investigar cuál es la causa de éstos para saber si le asiste aún la acción de reclamación o si su derecho ya ha caducado, de manera especial, en la diferenciación de los daños causados por vicios estructurales sujetos al plazo de diez años y los funcionales de tres años.

7.ª Dados los importantes efectos de la llamada “*Recepción de la obra*”, considero aconsejable la intervención notarial, tanto en la eventual notificación a dirigir por el constructor al promotor una vez terminada la obra; como, incluso en la formalización de dicha acta de recepción, la cual al implicar una declaración de voluntad por el promotor se instrumentalizará en escritura pública, la cual podrá contener, en su caso, las menciones necesarias para acreditar a efectos registrales la conclusión de la obra (art. 22 de la Ley del Suelo).

8.ª Considero preferente la expresión del artículo 17 de la LOE, en el sentido que los plazos de responsabilidad y garantía de los intervinientes en la construcción, se computarán desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas. De suerte que los seguros obligatorios, en especial el inicialmente obligatorio de diez años, deberán cubrir este plazo computado conforme a dicha regla. No olvide-

mos que la finalidad de la LOE es evitar el fraude en los adquirentes, por lo que ha de efectuarse una interpretación de la norma conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código civil que más favorezca a los usuarios o consumidores de la edificación; para ello, en caso de reservas, éstas deberán ser reseñadas por el notario autorizante de la correspondiente escritura de obra nueva y constatadas en los libros registrales, al amparo del artículo 51 del Reglamento Hipotecario (en cuanto definen el contenido del derecho inscrito, conforme a la LOE).

Con ello, la escritura y la inscripción, una vez más se ponen al servicio de la protección de la seguridad jurídica, impidiendo o dificultando el eventual fraude a los adquirentes.

9.ª La exigencia del artículo 20.1 LOE, en orden al control notarial de la efectiva suscripción y efectividad de los seguros obligatorios, es predicable tan sólo a las escrituras de obra nueva terminadas. Si bien, dada la exigencia de las entidades aseguradoras de controlar, desde el inicio, el proceso edificatorio al que se desea dar cobertura, es muy probable que para gran número de promociones sujetas a la Ley, podamos contar con un documento o póliza inicial que formalmente dé cumplimiento a la exigencia del artículo 20.1 LOE en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción; lo cual no desaconseja la oportuna advertencia notarial de que tales seguros inicialmente convenidos, no entran en cobertura sin el posterior suplemento.

Al notario autorizante de las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, deberán los agentes intervinientes en la construcción, especialmente el promotor:

a) Acreditar la fecha de solicitud del proyecto en virtud del cual se solicitó la licencia de edificación, a efectos de aplicar la disposición adicional 2.ª, esto es, si está o no sujeta a las exigencias de la Ley.

b) Exhibir al notario autorizante, el acta de recepción de la obra, en la cual se expresará el “coste final de ejecución material de la obra”; mientras que los honorarios profesionales, podrán acreditarse mediante la exhibición de factura o tomarlos de la memoria del proyecto (en todo caso, mediante manifestación del otorgante en la propia escritura de obra nueva). Todo ello, en atención a que el notario debe calificar que el capital asegurado según la póliza corresponde al total de la edificación como señala el artículo 19 de la Ley.

Si no existe acta de recepción, bastará el certificado final de obra (con las exigencias del RD 1093/1997), la justificación de la notificación fehaciente y la manifestación formal del promotor otorgante del valor total de la ejecución en términos del artículo 19 de la Ley.

La expresión “honorarios profesionales” del artículo 19.4, entiendo

referida a todos los agentes de la edificación que son profesionales, esto es, proyectista, director de la obra, director de la ejecución de la obra y en su caso, otros técnicos intervinientes.

Seguramente el capital asegurado (coste final de ejecución de la obra, incluidos los honorarios profesionales) mínimo señalado en el artículo 19 de la LOE, por recomendación de las entidades aseguradoras, será superior, pues es aconsejable cubrir la totalidad del coste de la edificación (coste final de ejecución, impuestos, gastos, etc., excluido tan sólo el beneficio) a fin de evitar problemas de infraseguro.

c) Perfecta identificación del solar o terreno sobre el cual se va a realizar la construcción, a los efectos de su coincidencia entre la descripción registral, la consignada en el proyecto y licencia y la expresada en la póliza del correspondiente seguro.

d) Total coincidencia entre los riesgos objeto de cobertura en la póliza correspondiente y los exigidos en el artículo 19 de la Ley; y la expresión de la franquicia de hasta el 1% del capital de cada unidad registral.

10.ª La expresión “técnico competente” de los artículos 22 de la Ley del Suelo y 50 del RD 1093/1997 que lo definía, debe ser referida ahora, al margen de la competencia del técnico municipal, por aplicación de los artículos 2, 10 y 12 de la LOE.

11.ª En cuanto a las obras antiguas que se pretenden declarar e inscribir, ex artículo 52 del RD 1093/1997, entiendo les será aplicable la LOE, cuando la fecha acreditada de terminación sea posterior al día 6 de mayo de 2000. Es decir, si para las obras con licencia, el momento temporal determinante es la solicitud de licencia, para las no amparadas por ésta, debe ser la de conclusión o terminación.

12.ª El deficiente apartado 2 del artículo 20 LOE, sólo podemos hacerlo viable si interpretamos que la “acreditación” de que el empresario promotor individual o sociedad, ha cumplido las exigencias de los seguros obligatorios respecto de todas sus promociones, se realiza en el caso de sociedades, por la manifestación del órgano de liquidación conforme al artículo 247 RRM, a modo análogo a la expresión de inexistencia de otros acreedores. Aunque estimo adecuado, además, la constancia en el acta de la junta general que apruebe el balance final y reparto, en su caso, entre los socios del haber resultante, la relación de las promociones existentes y la formal declaración de no haber otras distintas, sujetas a la LOE.

Bibliografía

- LACABA SÁNCHEZ, Magistrado-Presidente de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Girona, en “Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código Civil”, *La Ley*, Año XXI, número 4.974.
- GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, edit. Civitas.
- MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación práctica de la Ley de Ordenación de la Edificación*, edit. Cie Inversiones Editoriales Dossat 2000.
- PORTO REY, *Cuadernos de Urbanismo, Aspectos técnicos de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación*, editorial Montecorvo, S.A.
- JIMÉNEZ CLAR, “La Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación”, *Lunes cuatro treinta*, número 269, pp. 11 y ss.

Con posterioridad al cierre de este trabajo, que constituyó la base de la conferencia pronunciada por el autor el día 28 de febrero de 2000, la DGRN ha dictado una Resolución y una Instrucción sobre la materia: de 20 de marzo y 11 de septiembre de 2000, respectivamente, las cuales aclaran aspectos esenciales de la labor notarial y registral (se incluyen como anexo).

ANEXO

Resolución de 20 de marzo de 2000 resolviendo consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España sobre la Ley de Ordenación de la Edificación.

Don Manuel Martí Ferrer en representación de la Asociación de Promotores Constructores de España, formula consulta sobre el artículo 20.1 de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, para que se aclare que dicho precepto se refiere tan sólo a la declaración de obra nueva terminada y no a la obra nueva en construcción. Basa su argumentación en dos circunstancias: en primer lugar, en el hecho de que la declaración de obra nueva en construcción es potestativa, mientras que es obligatoria, en todos los casos, la declaración de obra terminada; y en segundo lugar, en que el seguro de daños no puede constituirse hasta el momento de la finalización de la obra, ya que hasta ese momento no es posible constituir las garantías, pues no existe inmueble que pueda sufrir daños, de manera que lo único que es posible es firmar un contrato de promesa de aseguramiento que empiece en el momento de la recepción de la obra.

Vistos los artículos 6, 19 y 20 de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre y sus disposiciones adicionales primera y segunda, y el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de Abril, sobre régimen de suelo y valoraciones.

El artículo 20.1 de la citada Ley establece que “no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19”.

Si se tiene en cuenta que el artículo 19.2.b, en las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción, cuando se prestan mediante un seguro de daños materiales, exige que la prima esté pagada en el momento de la recepción de la obra, la cual a su vez exige la finalización de la obra, en su totalidad o al menos en la fase completa realizada (cfr. art. 6.2.b). Lo cual es coherente con la inexistencia de bien asegurable de daños, mientras no existe edificación.

Que el artículo 22 párrafo segundo de la Ley 6/1998, de 13 de Abril, sobre régimen de suelo y valoraciones, establece como obligatoria la constancia registral de la finalización de la obra, al señalar que “el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de la obra antes mencionada”.

Y que la disposición adicional primera de la misma Ley deja en vigor y actualiza el sistema de garantía de las cantidades pagadas a cuenta del precio de la vivienda, durante su construcción, a que se refiere la Ley 57/1968, de 27 de Julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, sin exigir la suscripción de seguro de daños materiales alguno.

Este Centro Directivo acuerda resolver la consulta formulada de manera que las obras nuevas realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, se ajusten a los siguientes criterios:

1.º Los Notarios y Registradores de la Propiedad tan sólo exigirán la acreditación de la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación al autorizar o inscri-

bir, respectivamente, las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras.

2.º En la autorización e inscripción de escrituras de obra nueva en construcción no se exigirá la prestación de las citadas garantías.

Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías.

3.º En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción los Notarios y los Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre.

Madrid a 20 de Marzo de 2000

EL DIRECTOR GENERAL

Fdo. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

INSTRUCCIÓN de 11 de septiembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante la consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la forma de acreditar ante Notario y Registrador la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. (BOE núm. 227, del jueves 21 de septiembre de 2000, página 32290).

Consulta la Dirección General de Seguros la opinión de la Dirección General de los Registros y del Notariado en torno a la forma de acreditar y testimoniar la constitución y vigencia de las garantías previstas en el artículo 20.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. A juicio de la consultante, sólo una acreditación en la que el Notario y el Registrador verificaran el cumplimiento de unos requisitos mínimos podría garantizar la perfección, validez y eficacia del contrato de seguro exigido por el legislador para cubrir los riesgos de la edificación.

Es conveniente, en efecto, dictar, una Instrucción que fije los requisitos formales que deben exigir Notarios y Registradores de la Propiedad, a la hora de autorizar e inscribir, respectivamente, las declaraciones de obra nueva de edificios acogidos a la Ley de Ordenación de la Edificación.

Vistos los artículos 19 y 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, el artículo 4.1 del Real Decreto 1474/2000, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 2000,

Este Centro Directivo acuerda resolver la consulta en los siguientes términos:

La acreditación ante Notarios y Registradores de la Propiedad al autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obras nuevas terminadas y actas de finalización de obras, de la constitución y la vigencia de las garantías a que se refiere el artículo 19 y 20.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se realizará mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor; mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato. En todo caso deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias:

a) Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:

1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.
2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.
3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.
4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.

b) Relativas al seguro:

1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley

38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, *sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor.*

3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.

4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.

5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.

6. La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.

7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación.

8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.

c) Relativas a la entidad aseguradora:

1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora.

2. Autorización para operar en España.

3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.

Madrid, 11 de septiembre de 2000.–La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sres. Notarios y Registradores de la Propiedad.

LA EXIGENCIA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LA DECLARACIÓN DE UNIPERSONALIDAD O DE CESE DE UNIPERSONALIDAD, O DE CAMBIO DE SOCIO ÚNICO

IGNACIO MARTÍNEZ-GIL VICH

Notario

En la vida mercantil diaria se está consolidando por parte de los Registros Mercantiles una práctica consistente en exigir, para la inscripción de acuerdos de Junta General de una sociedad o de decisiones de socio único, que conste registralmente en el primer caso que la sociedad no es unipersonal o que en el segundo haya sido declarada e inscrita la situación de unipersonalidad. Y en supuestos en que ha cambiado el socio único de la entidad, si de la certificación resulta que el socio no es el que consta como tal en el Registro, tampoco inscriben cualquier decisión del nuevo socio único hasta que, previa escritura pública, se haya hecho constar el cambio de socio único.

Por esta vía se ha creado “artificialmente” una suerte de *inscripción obligatoria*, fundamentada en una inexistente ruptura del mal llamado principio del “tracto sucesivo”, que como tendremos ocasión de demostrar, no tiene base legal ninguna.

Para ello, primero me centraré en la regulación sustantiva de la unipersonalidad, en lo que nos pueda interesar a estos efectos, para demostrar que tampoco en este ámbito es trascendental la inscripción registral; y después acudiremos a los argumentos *registrales*, para comprobar que por ninguna de esas dos vías se justifica tal perniciosa práctica. Asimismo, me centraré en las sociedades de responsabilidad limitada, aunque las conclusiones son aplicables a las sociedades anónimas.

1) Del análisis de los artículos 126 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que son los preceptos **sustantivos** que regulan el régimen de las sociedades unipersonales –también aplicables, como sabemos, a las sociedades anónimas, art. 311 LSA–, se deducen las siguientes conclusiones:

a) La situación de unipersonalidad de una sociedad, el cese de esta situación, o el cambio de socio único de una sociedad son **situaciones de hecho**. Para que tengan lugar basta que se concentre todo el capital en una persona física o jurídica, por cualquier título válido jurídicamente, o al contrario, que el anterior único socio transmita parte o todas sus acciones a otra persona.

Centrándonos en la situación de *unipersonalidad sobrevenida*, el artículo 125 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dice claramente que se entiende por sociedad unipersonal... b) *“la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad del único socio”*.

Es decir, no hace falta ningún requisito adicional, sólo que se haya producido la transmisión efectiva de las participaciones sociales, con el requisito formal del documento público. Esta situación de “facto” es absolutamente independiente de su publicidad o no, no depende de ella. Una sociedad es unipersonal cuando lo es, aunque se ignore por completo esta circunstancia. Lo que sí dependerá de la publicidad son los efectos asociados a la limitación de responsabilidad, que es cosa distinta. Una vez que la sociedad tenga conocimiento de la transmisión el socio único puede ejercitar sus derechos de socio.

Y lo mismo cabe decir de la situación de cese de la unipersonalidad, o del cambio de socio único. Son situaciones de hecho, que sólo requieren la realización de las transmisiones correspondientes.

b) No obstante haberse reconocido explícitamente en nuestro derecho las sociedades unipersonales, el legislador mira con recelo esta figura. De ahí que procure la transparencia de estas sociedades y que los ter-

ceros que se relacionan con la sociedad tengan un perfecto conocimiento de esta situación de unipersonalidad.

Y ello lo hace en base a un *doble sistema*: a) constancia en escritura pública de esta situación e inscripción en el Registro Mercantil.

b) Constancia en la documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en los anuncios que se hayan de publicar por disposición legal o estatutaria.

A mi juicio, esta segunda vía de publicidad no depende en ningún caso de la primera. El artículo 126 LSRL habla de que *“en tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal...”*. Por tanto, en cuanto se haya producido en la realidad jurídica esa situación fáctica que llamamos unipersonalidad, la sociedad ya puede hacerlo constar en su documentación, haya o no otorgado la escritura pública declarándola, y por supuesto, se haya inscrito o no en el Registro Mercantil la escritura pública.

c) En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del “deber” de dar conocimiento a los terceros de la situación de unipersonalidad, el artículo 129 LSRL establece que *“transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad”*.

Este artículo suscita a mi juicio las siguientes consideraciones:

1.º Solamente se refiere a la no inscripción de la situación de unipersonalidad, y guarda silencio sobre qué ocurre si no se hace constar el cese de esta situación o se omite la circunstancia de haberse cambiado la persona del socio único.

Que no existan consecuencias desfavorables en caso de no hacer constar el cese de la situación de unipersonalidad parece lógico, ya que en nada perjudica a los terceros que contratan con la sociedad. El régimen de responsabilidad será el ordinario de las sociedades de responsabilidad limitada.

Cuestión más dudosa es la del cambio de socio único. El tercero que contrata con la sociedad sí que parece estar interesado en quién está detrás de la sociedad. Lo que aquí importa es dilucidar si, estando declarada la unipersonalidad en el Registro Mercantil, pero constando un socio único distinto del que lo es en realidad, también se produce esa extensión de responsabilidad. La solución debe ser negativa, porque una alteración de los principios conformadores de las sociedades capitalistas,

como es la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales, tiene que estar expresamente dispuesta por la Ley. Y el artículo, de interpretación restrictiva por lo expuesto, nada dice acerca del cambio de socio único.

2.º Del artículo se desprende que la falta de inscripción produce un importante efecto *sustantivo*: *la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria del socio único por las deudas contraídas por la sociedad*. ¿Cuál es la razón de esta radical alteración de uno de los elementos estructurales de toda sociedad capitalista, presente en la definición de la LSRL en el artículo 1? Sin duda, proteger la confianza de las terceras personas que han contratado con la sociedad en ese periodo, creyendo que la sociedad era pluripersonal y sin poder, por lo tanto, decidir la conveniencia o no de contratar o entablar relaciones con una sociedad “especial”, como es la unipersonal. Es una manifestación más del principio de la protección de la apariencia jurídica. Esto nos lleva a concluir que sólo los terceros de buena fe –desconocedores de la situación “fáctica” de unipersonalidad– pueden pretender este efecto, que por lo demás, dado su carácter excepcional, debe ser interpretado restrictivamente. Y por tanto, si la sociedad, pese a no haber declarado esta situación en escritura pública, ni haber inscrito en el Registro Mercantil, ha hecho saber por cualquier otro medio (ejemplo, la publicidad del art. 126.2 LSRL) la misma a los terceros, éstos no podrán alegar desconocimiento. Y lo mismo cabe decir si de momento sólo se ha otorgado escritura pública de declaración de unipersonalidad y se da conocimiento de ella al tercero. No se olvide que el propio artículo 9 RRM, establece en su número 4, que *“la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito...”*.

De modo que no siempre la falta de inscripción producirá tan radical efecto. Es necesario, además, que se haya ocultado de modo absoluto la situación de unipersonalidad, lo que raramente se producirá.

Lo que desde luego no dice la norma sustantiva –luego veremos las registrales– es que la falta de inscripción produzca el efecto de cerrar el Registro a la sociedad “incumplidora”. A tal disparate, al menos en este campo, no hemos llegado aún.

3.º Especialmente importante es el plazo concedido: la sociedad tiene que dejar pasar seis meses desde que se produce la situación de unipersonalidad, sin declararla de algún modo, para que empiece a producirse el radical efecto de responsabilidad aludido. De modo que el legislador deja un tiempo prudencial al socio único para decidir qué prefiere hacer. Tiempo de meditación del que sin embargo el registrador mercantil priva

al socio único, a menos que tenga la suerte o se produzca el “azar” de no tener que practicar ninguna inscripción registral en este periodo.

Es preciso detenerse en lo curioso de la situación. La sociedad es unipersonal porque se ha producido, de “facto”, la concentración de todas las participaciones en una sola mano. La sociedad, naturalmente, durante seis meses, sigue su curso natural. Contrata con terceros sin “riesgos personales añadidos”, y el socio único, notificada la transmisión a la sociedad, comienza a adoptar decisiones de todo tipo. Si concurre la fortuna de que no es preciso inscribirlas (ejemplo, presta su autorización a un supuesto de autocontratación del administrador único), nada ocurre. Si por el contrario, decide aumentar capital social o modificar un artículo estatutario, se alzaría infranqueable el muro de la calificación registral, si previamente no ha inscrito la situación de unipersonalidad en el Registro Mercantil.

Otro ejemplo servirá para poner de manifiesto lo anómalo de la situación. Imaginemos una sociedad cuyo capital íntegro es adquirido por una persona. Días después, toma unas decisiones inscribibles en el Registro Mercantil, y tres días más tarde, transmite íntegramente sus participaciones a otra persona distinta. Por supuesto, no responde personalmente de deuda alguna, puesto que no han transcurrido seis meses. Cuando semanas después el documento que contiene el acuerdo inscribible llegue al Registro, éste exige que se declare una unipersonalidad ya inexistente, ficticia, con el único propósito de practicar una inscripción intermedia.

Por tanto, de la exposición de los efectos sustantivos de la unipersonalidad no se deduce la obligatoriedad de la inscripción de la declaración de unipersonalidad, ni del cambio de socio único, ni del cese de la unipersonalidad.

Y a efectos de la responsabilidad que proclama el artículo 129 LSRL, lo decisivo no es, como hemos visto, la inscripción en el Registro Mercantil. Lo decisivo es que el tercero conozca esa situación, por cualquier medio. La inscripción sirve para presumir *iuris et de iure* ese conocimiento.

2) Analizaremos a continuación la cuestión desde el punto de vista estrictamente *registral*, y los “argumentos” que los registradores mercantiles aducen en su favor.

a) El más manejado es el mal llamado “principio de tracto sucesivo”, que así enunciado parece trascendental, pero que bien analizado

sólo es una norma de mecánica registral formal sin más implicaciones ni pretensiones. La invocación del citado “principio” (tan íntimamente ligado a espurias motivaciones arancelarias) es absolutamente improcedente en nuestro caso. En efecto, el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, en su número 1, que es el que aquí interesa, dice que “*para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto*”.

Convendremos en que el “sujeto”, en el caso de la sociedad unipersonal, es la propia sociedad, no el socio único. Luego los actos realizados por los órganos sociales de la sociedad unipersonal, una vez inscrita la sociedad (no la unipersonalidad), no encuentran obstáculo para su inscripción en virtud de este principio.

El Registro Mercantil lo es de personas, no de cosas, y la materia inscribible es *numerus clausus*. No le compete la inscripción de las sucesivas transmisiones de participaciones sociales, ya que para eso está el Libro-Registro de Participaciones Sociales, interno, que es el que legitima para actuar. La exigencia de que el cambio de socio único, o que la situación de unipersonalidad se haga constar obligatoriamente en el Registro, por exigencias del tracto sucesivo, es resucitar la inscripción de las transmisiones de participaciones sociales, en contra de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil. O dicho de otro modo, constatar la inflación grotesca de la función calificadora de que hablaba recientemente PANTALEÓN.

Imaginemos que una sociedad consta constituida en el Registro Mercantil con tres socios. Si posteriormente llega al Registro Mercantil una certificación de acuerdos de dicha sociedad en la que se hace constar que hay seis socios, el mismo principio de tracto sucesivo erróneamente alegado y aplicado implicaría que se denegara la inscripción de ese acuerdo. Y creo que hasta ahora –toquemos madera– esto no ha ocurrido.

Pero es que hay más. No se exige en ningún precepto legal o reglamentario que se haga constar el nombre del socio único en la certificación de acuerdos. Basta con omitir ese nombre, y por tanto el cambio de socio único, y los acuerdos serán inscribibles sin mayor problema. ¿Puede la aplicación de tan importante “principio” depender de la redacción de la certificación?

En definitiva, no hay obstáculo derivado del principio de tracto sucesivo, cuya invocación indiscriminada, como sabemos, ha llevado a resultados intolerables en otros ámbitos (recuérdese el paradigmático caso de las cancelaciones con ocasión de la fusión de las entidades bancarias acreedoras).

b) Podría pensarse en la aplicación del artículo 4 del Reglamento del Registro Mercantil, a cuyo tenor *“la inscripción en el Registro Mercantil tendrá carácter obligatorio, salvo en los casos en que expresamente se disponga lo contrario”*. Se trata de una formulación genérica, que nada aclara en cuanto a los efectos del incumplimiento de esa “obligación” de inscribir, y en cuanto tal, hay que tomarlo como una mera declaración general voluntarista, sin más (seguramente, dentro de poco, se creará el “principio de obligatoriedad de la inscripción” por la doctrina hipotecarista; es curioso que los escasos principios generales del derecho civil se formen tras un largo proceso de decantación histórica y los llamados principios hipotecarios surjan de modo tan espontáneo como poco riguroso).

Que no hay que tener demasiado en cuenta esa declaración general se demuestra en el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando especifica en relación con las sociedades mercantiles que *“se inscribirá obligatoriamente”*. Curiosamente, en la prolija relación (hasta diez puntos) de actos y contratos que deben inscribirse obligatoriamente, y pese a la novedad que constituía la unipersonalidad, *nada se dice acerca de la obligatoriedad de la inscripción de las situaciones de unipersonalidad, ni del cese de dicha situación, ni del cambio de socio único*. Naturalmente, porque no es obligatoria dicha inscripción; es facultativa, aconsejable en ocasiones, pero no obligatoria.

Queda por salvar el escollo del número once del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, que dice, nuevamente con gran generalidad, que se inscribirán obligatoriamente... *“11.– En general, los actos y contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento”*. ¿Prevén las leyes o el Reglamento la inscripción de las situaciones de unipersonalidad? Tampoco. Si nos fijamos detenidamente en los artículos 174 y 203 del Reglamento del Registro Mercantil, que regulan las inscripciones de estas situaciones, concluiremos que el legislador no dice que inscribirá la unipersonalidad, sino que se inscribirá *la declaración de haberse producido la adquisición o pérdida, o la declaración de haberse producido el cambio de socio único*.

Quiero con esto decir, que en todo caso, lo que será obligatorio no será inscribir la unipersonalidad, como situación fáctica, sino inscribir la escritura de declaración de unipersonalidad, que, voluntariamente, haya efectuado el socio único. No es obligatorio declarar, sino, en su caso, inscribir la declaración de unipersonalidad.

c) Ningún precepto de la legislación hipotecaria ordena el cierre del Registro en estos casos de no inscripción de la declaración. En otros

supuestos excepcionales la legislación hipotecaria sí que prescribe el cierre del Registro, pero no en este caso.

Concluyo. El único motivo de estas líneas ha sido denunciar la perniciosa práctica de los registradores mercantiles, en absoluto fundamentada en normas de derecho positivo, ya sustantivas, ya registrales.

VIVIENDA FAMILIAR Y DERECHO INTERREGIONAL

FELIPE POU AMPUERO

Notario

La protección de la vivienda familiar queda recogida en el ámbito del Código civil en su artículo 1.320. Este precepto pertenece a lo que se ha llamado el régimen económico primario de la familia y se entiende que es de aplicación imperativa a todos los regímenes conyugales sobre los que impera el Código civil, es decir, el legal de gananciales, el de separación y el de participación. La pregunta es la siguiente: ¿el artículo 1.320 del Código civil es de aplicación a los regímenes matrimoniales no sometidos al Código civil?

La cuestión ha sido planteada y resuelta por PILAR DIAGO DIAGO, "La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional", *Actualidad civil*, n.º 42 de 15 de noviembre de 1999, pp. 1343 y ss.

Antes de nada señalar que si es aplicable a todos los Derechos forales entonces resulta que se trata de una cuestión de orden público nacional y, por tanto, también resulta de imposición obligatoria a los ordenamientos extranjeros. Pero si no fuera aplicable se trataría de una regulación particular de Derecho común, que sólo podría ser aplicable a los Derechos forales en la medida en que fuera aplicable por analogía y siempre que ésta fuera posible.

La finalidad del artículo 1.320 del Código civil es la de asegurar la protección de la vivienda habitual y el mobiliario de la familia frente a la arbitrariedad o mala fe de uno de los cónyuges, aunque sea el propio titular del bien. Se trata, pues, de una ley especial que exige una aplicación preferente dentro del ámbito del Código civil como lo confirma el propio artículo 1.315.

En el Derecho navarro la Ley 55 contiene una disposición análoga al artículo 1.320 y que cumple su misma función.

En el Derecho aragonés el artículo 51 de la Compilación también contiene una norma similar de protección de la vivienda familiar.

La Ley de Derecho civil foral vasco también tiene el artículo 99 que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar.

En el Derecho gallego y en el Derecho balear no existe ningún precepto que proteja la vivienda familiar.

En el Derecho catalán el artículo 9 de la Compilación también tiene una norma equivalente de protección a la vivienda familiar.

Salvo el Derecho navarro y catalán, los demás no tienen una norma de carácter general como el artículo 1.320 del Código civil. A la vista de esto se plantea si el artículo 1.320 tendrá aplicación en los Derechos forales, balear, gallego, aragonés y vasco.

Sin embargo, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario parece reconocer que existan derechos que no exijan el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda habitual de la familia.

Se podría pensar que para los ordenamientos que ya tienen una norma similar la cuestión se resuelve en la aplicación de su propia norma. Para los demás ordenamientos que nada dicen se podría entender que por vía de supletoriedad tendría aplicación la norma de Derecho común. Pero la supletoriedad exige como cuestión previa que exista una laguna que suplir y si existe tal laguna el primer recurso es el de la autointegración del propio ordenamiento antes que la supletoriedad del Código civil.

Respecto a los Derechos aragonés y vasco, cabe sostener que la norma que cada uno tiene es imperativa dentro de su propio ordenamiento y cumple la misma función del 1.320, por lo que no es necesaria la aplicación supletoria de este artículo.

Respecto del Derecho gallego hay que tener en cuenta que el propio ordenamiento establece que la sociedad de gananciales del Código civil es el régimen legal gallego, por lo cual resulta de aplicación supletoria el artículo 1.320.

Para el Derecho balear la cuestión es diferente. No existe una norma de protección de la vivienda familiar. El régimen legal es el de separación de bienes. Y en su artículo 3-2.º se establece la total libertad de dis-

posición de los bienes privativos sin, al mismo tiempo, establecer ninguna limitación por el carácter de la vivienda familiar. Se puede concluir que no procede la aplicación supletoria del artículo 1.320 puesto que no existe una laguna legal.

Como conclusión se puede entender que en los demás Derechos forales, por una u otra vía, se protege la vivienda familiar privativa de uno de los esposos. Pero no ocurre lo mismo en el balear. De manera que para los casados bajo el régimen de separación legal balear, el cónyuge titular privativo de la vivienda familiar podrá hipotecarla sin contar con el consentimiento del cónyuge no titular.

ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN Y EXPOSICIÓN DE PROGRAMA PARA EL DESARROLLO DE ACTUACIONES INTEGRADAS Y DE PROYECTOS DE REPARCELACIÓN

MANUEL-ÁNGEL RUEDA PÉREZ

Notario

SUMARIO: **I. INTRODUCCIÓN.** **A.** Legislación valenciana. **B.** Legislación castellano-manchega. **C.** Propósito del trabajo. **II. NATURALEZA DEL ACTA.** **III. NOTARIO HÁBIL.** **IV. REQUERIMIENTO.** **1.** Sujeto del requerimiento. **2.** Objeto del requerimiento. **3.** Contenido del requerimiento. **V. CONTENIDO DEL ACTA.** **A.** Protocolización. **1.** *El proyecto de programa.* **2.** *Los avisos a los propietarios afectados.* **a)** *Momento.* **b)** *Forma.* **c)** *Destinatarios.* **d)** *Objeto de la protocolización.* **3.** *Publicaciones de anuncios.* **a)** *Forma.* **1.** *Comunidad Valenciana.* **2.** *Castilla-La Mancha.* **b)** *Momento.* **1.** *Comunidad Valenciana.* **2.** *Castilla-La Mancha.* **c)** *Costo.* **d)** *Contenido de avisos y anuncios.* **1)** *El objeto y características esenciales de la iniciativa.* **2)** *La notaría donde estén protocolizados los documentos que la comprenden.* **3)** *Los datos que permitan identificar el ejemplar depositado ante el Ayuntamiento.* **4)** *La advertencia.* **5)** *La constancia de la posibilidad de consultar y presentar en el Ayuntamiento.* **e)** *Calificación notarial del contenido.* **f)** *Posibilidad de ampliación de requisitos.* **g)** *Necesidad de protocolización.* **B.** Exhibición. **a)** *Sujeto.* **b)** *Objeto.* **c)** *Medios.*

1. *La copia.* 2. *La exhibición directa.* 3. *Las dos a la vez.* d) *Diligencia.* e) *Manifestaciones.* f) *Alegaciones.* g) *Plazo.* h) *Cómputo.* i) *Posibilidad de prórroga.* 1. *La concurrencia de iniciativas.* * *Concurrencia material.* * *Concurrencia temporal.* 2. *La prórroga.* 3. *Actuaciones cuyo plazo se prorroga.* * *En el procedimiento municipal.* * *En el procedimiento simplificado.* 4. *Conclusión.* VI. CIERRE DEL ACTA. VII. PLURALIDAD DE ACTAS. a) *La posibilidad de pluralidad de actas.* b) *La pluralidad como problema.* c) *La solución.* * *Vía notarial.* * *Vía municipal.* VIII. COPIAS. a) *Personas legitimadas.* 1. *El requirente.* 2. *El Ayuntamiento.* 3. *Las personas que hayan comparecido ante el notario, para ejercitar su derecho de información.* b) *Plazo.* IX. ESPECIALIDADES EN REPARCELACIÓN FORZOSA. A. Especialidades en la legislación valenciana. a) *Puntualización previa.* b) *Especialidades del procedimiento de aprobación de la reparcelación forzosa.* 1. *El proyecto de reparcelación.* 2. *Solicitud de certificación registral.* 3. *La audiencia añadida.* 4. *Requerimientos al urbanizador.* 5. *La notificación de la aprobación.* 6. *Otorgamiento en documento público.* 7. *Inscripción en el Registro de la Propiedad.* c) *Posibilidad de tramitación conjunta.* B. Especialidades en la legislación castellano-manchega. a) *Naturaleza.* b) *Remisión al desarrollo reglamentario.* c) *Regulación mínima.* 1. *La información pública por plazo de veinte días.* 2. *Acreditación de la titularidad y situación de las fincas originarias mediante certificación del Registro de la Propiedad de dominio y cargas.* 3. *Trámite de audiencia adicional.* d) *Silencio respecto al procedimiento simplificado.*

I. Introducción

El presente estudio tiene por objeto un tipo de actuación notarial, novedosa por razón de la materia, pero que debe ser encajada dentro de los mecanismos o esquemas documentales tradicionales de la legislación notarial.

A. Legislación valenciana

Este nuevo tipo de actuaciones notariales se inicia en la legislación urbanística valenciana, concretamente, se regula como novedad en la **Ley 6/1994 de 15 de noviembre, de la Generalidad Valenciana, reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU)**. Lleva, por tanto, cinco años de vigencia.

Como es conocido, la citada Ley introduce nuevas formas de gestión y ejecución del urbanismo. Crea la nueva figura del agente urbanizador como sujeto activo principal de la ejecución indirecta del desarrollo urbanístico, el programa para el desarrollo de actuaciones integradas (PAI) como mecanismo jurídico y técnico fundamental del sistema, y la reparcelación (voluntaria o forzosa) como único instrumento de equidistribución de beneficios y cargas y de reordenación de la propiedad.

Para la elaboración y aprobación de los PAIs regula la Ley dos tipos distintos de procedimientos: el ordinario, tramitado íntegramente ante el Ayuntamiento (arts. 45 y 46) y el simplificado (art. 48).

En este segundo, la fase del procedimiento consistente en la información pública, en lugar de realizarla directamente el Ayuntamiento, se sustituye por una actuación notarial dilatada en el tiempo, formalizada mediante acta.

La regulación básica se encuentra en materia de PAIs. Pero es también aplicable a otro tipo de actuaciones urbanísticas. Por tanto, el ámbito de actuación del procedimiento simplificado, es decir, del trámite de información pública por vía notarial, es el siguiente.

a) Regulación básica

1. Programas para el desarrollo de actuaciones integradas. Es la **regulación básica**, contenida en el artículo 48 y por remisión, el 46 LRAU.

b) Casos en materia de gestión urbanística

2. Reparcelación forzosa. Su regulación se contiene en el artículo 69, que se remite en su mayor parte a las reglas del PAI.

3. Reparcelación voluntaria. Esta modalidad de reparcelación se caracteriza por la unanimidad de todos los propietarios afectados, y su otorgamiento en escritura pública por lo que en principio se prescinde de la información pública por innecesaria. Sólo es necesaria dicha información pública cuando alguna de las fincas de origen es objeto de inmatriculación registral o de modificación en cuanto a su cabida, según resulta del **artículo 8.1 del Real Decreto 1093/1997** de inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de naturaleza urbanística. También en este caso las reglas aplicables son las de los PAIs.

c) Casos en planeamiento

En materia de planeamiento también hay determinados instrumentos que se pueden tramitar por el procedimiento simplificado. Ello resulta no sólo de la LRAU, sino también del **Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 201/1998 de 15 de diciembre (RPCV)**.

Así:

4. Planes Parciales y Planes de Reforma Interior. Su tramitación puede ser conjunta con el Programa de Actuación Integrada, o independiente; pero ésta sólo es posible cuando el promotor de la actuación es un adjudicatario previo de un Programa. Pero en cualquiera de los dos casos, se puede tramitar por el procedimiento simplificado (art. 52.1.A LRAU.)

5. Estudios de Detalle. También se pueden tramitar por el procedimiento simplificado, según resulta claramente del artículo 52.1 LRAU.

6. Proyectos de Urbanización. También en este caso cabe la tramitación conjunta con el Programa cuando dicho proyecto forma parte integrante del PAI. Pero también se puede tramitar en forma independiente, bien porque sea desarrollo del anteproyecto ya aprobado, o bien sea “ex novo”. En todo caso, se someterán al procedimiento de aprobación propio de los Programas, según resulta del artículo 53 LRAU y artículo 139.1 RPCV.

También se tramitan del mismo modo los Proyectos de Urbanización para Actuaciones Aisladas –por tanto, suelo urbano– cuando traten de urbanizar algún elemento singular, o realizar obras especiales en entornos con un valor especial, estético, cultural o paisajístico (art. 139.2.A RPCV).

B. Legislación castellano-manchega

La **Ley 2/1998 de 4 junio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (LOTU), de Castilla-La Mancha (arts. 120 y 121)**, contiene una regulación sensiblemente idéntica a la valenciana, con algunas variaciones que serán objeto de comentario.

En esta ley, el instrumento de gestión y ejecución se denomina **Programa de Actuación Urbanizadora (PAU)**, y el instrumento de equidistribución es también la reparcelación que igualmente puede ser voluntaria o forzosa.

C. Propósito del trabajo

En el presente trabajo pretendo divulgar un modelo de este tipo de actas, con algunas de las variaciones que pueden presentarse en la realidad, especialmente en el caso de la reparcelación, y una explicación, aclaración o justificación del texto del acta.

II. Naturaleza del acta

Tal como está regulada el acta de los artículos 48 LRAU y 121 LOTU, el primer problema que plantea es el de su calificación.

Se trata desde luego de un acta de **protocolización** de documentos y de **exhibición** de los mismos. Pero, ¿es sólo eso?

En mi opinión es más: los estrechos márgenes de pura técnica notarial *no deben ocultar la verdadera finalidad* de este acta: se trata de un procedimiento notarial de elaboración y exposición de un programa de Actuación Integrada o de un proyecto de reparcelación, sustitutivo, en parte, del procedimiento administrativo, que es el que se desarrolla ante el Ayuntamiento. En términos que utiliza la propia LRAU y LOTU, en el rótulo de los artículos 48 y 121, respectivamente, es un procedimiento “simplificado”, pero un procedimiento. Se trata, como dicen los propios textos legales, de “obviar las actuaciones reguladas en el artículo anterior”, y de desarrollar una buena parte de los trámites en forma privada, con el fin de agilizar la tramitación; y a la vez mediante la actuación notarial, al objeto de proporcionar fehaciencia a las fases procedimentales; es decir, acumular en el acta notarial la mayoría de las actuaciones, que se desarrollan en el ámbito privado, para después elevar al Ayuntamiento la copia del acta notarial completa. La idea es, por tanto, sustraer al conocimiento administrativo-municipal, una buena parte del procedimiento, para realizarlo por un medio privado pero que a la vez ofrezca la garantía de la fehaciencia y autenticidad de la actuación notarial.

Así considerada, el acta, es en realidad **una parte de un procedimiento administrativo**, y por tanto, participa de la naturaleza administrativa y procedimental.

Si así la consideramos, esta configuración más omnicomprendensiva del acta será una idea útil en la interpretación de determinados extremos, como luego tendremos ocasión de ver.

III. Notario hábil

El acta debe ser autorizada por “**Notario con competencia territorial en el Municipio afectado.**”

Se trata de una **medida de protección a los terceros**, destinatarios de los avisos (propietarios de terrenos afectados) y anuncios (cualquier interesado), ya que para ejercitar su derecho de información y presentación de documentos, se les debe facilitar el acceso, dentro de los límites del ámbito territorial del Municipio donde se encuentran los terrenos afectados.

Este requisito no plantea excesivos problemas. Para la determinación de qué notario es competente desde el punto de vista territorial para actuar en el Municipio afectado es preciso acudir a las normas que regulan tal materia en la legislación notarial, **artículos 116 y siguientes del Reglamento Notarial**, de los que resulta el siguiente régimen.

* Si en el término municipal en cuyo territorio se encuentre la unidad objeto de la actuación, hay notaría demarcada, sólo será competente el notario o notarios que en él tengan su residencia (art. 117 RN).

* Si en dicho término municipal no existe notaría demarcada, serán competentes todos los notarios del distrito notarial (art. 8 Ley del Notariado y art. 117 RN), que coincide con la demarcación de los partidos judiciales (art. 3 Ley del Notariado).

* Se exceptúa de lo anterior el caso de que en un determinado distrito notarial estén delimitadas zonas (arts. 121 y 122 RN), en cuyo caso el notario competente para actuar en un término municipal en que no exista notaría demarcada pero sí zona determinada, será únicamente aquel cuya zona se le haya asignado (art. 123 RN).

* Siendo varios los notarios competentes por razón del territorio, no se impone por la Ley ni por el Reglamento Notarial, ningún tipo de turno, por lo que en estos casos, habrá libre elección por parte del solicitante del acta.

En el caso de que se pretenda su inicio ante un notario no competente por razón del territorio, éste deberá denegar la autorización.

IV. Requerimiento

Los artículos 48.1 LRAU y 121.1 LOTU, se inician con la expresión del sujeto activo del acta: **“Los particulares que formulen una alternativa técnica de Programa...”**. La idea la desarrolla algo más el artículo 44 LRAU al decir que **“Los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, pueden elaborar y presentar...”**.

Veamos las principales cuestiones que se presentan en cuanto al requerimiento:

1. Sujeto del requerimiento

El solicitante del acta puede ser cualquier persona física o jurídica.

Según resulta de lo antes dicho, **no tiene que acreditar ninguna condición ni cualidad especial, sino sólo la de manifestarse autor del proyecto de programa**. Esta condición de autor del proyecto resulta claramente exigido por el 48.1 LRAU y 121.1 LOTU, **“pretendan su ejecución”**; y tiene importancia porque por el hecho de manifestarse como tal, supone constituirse en candidato a ser seleccionado adjudicatario del programa y su ejecución, adquiriendo así el estatus de agente urbanizador, con todos sus derechos y obligaciones.

Los requisitos de comparecencia e intervención son los generales de cualquier acta notarial, por lo que no parece preciso más comentario.

2. Objeto del requerimiento

Los artículos 48 LRAU y 121.1 LOTU hablan de “**alternativa técnica de programa**”.

El **sentido literal** de la expresión “alternativa” según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (vigésima edición, 1984), es el de “Acción o derecho que tiene cualquier persona o comunidad para ejecutar alguna cosa o gozar de ella alternando con otra.— Opción entre dos o más cosas.— Cada una de las cosas entre las cuales se opta.” Así entendido, la alternativa exige la existencia de dos términos entre los que se puede optar o elegir. Este es el sentido de la alternativa desde el punto de vista del sujeto optante, es decir, el destinatario, el que contempla las opciones o “alternativas”. Si lo contemplamos desde la óptica del sujeto presentante u oferente de la opción o alternativa, se ve claramente la existencia de al menos dos términos: uno anterior o previo, y otro nuevo que se contrapone al primero, que es su “alternativa”.

No parece ser este el sentido que debe dársele a los preceptos legales citados; es decir, no se trata de aportar al acta un proyecto que se contraponga a otro anterior o preexistente, sino sencillamente aportar **un proyecto de programa**, aunque éste sea, digamos, el primero. Es, en definitiva, el ejercicio del derecho de presentación de proyectos de programa, que pregonan el artículo 44 de la misma LRAU, y la concreción del derecho a promover el planeamiento de desarrollo a que se refieren los artículos 15 y 16 de la Ley 6/1998 de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

Es decir, no es la “alternativa técnica” que se regula en los artículos 46.1 LRAU y 120.1 LOTU, como contrapuesta a una propuesta ya presentada, sino que más bien se utiliza en el sentido en que la misma expresión aparece en el artículo 45 LRAU. O sea, sencillamente una propuesta de programa, sea o no la primera que se presenta.

Y la prueba de todo ello es el propio artículo 48 LRAU y 121 LOTU, que en sus apartados 3, después de regular el acta, hablan de “... una primera iniciativa de Programa...” como contenido propio del acta. Esta sí es una expresión acertada, la “**iniciativa**” de Programa, que además permite adjetivarla ordinalmente como primera, segunda, etc.

Por tanto, al iniciarse el acta, no es preciso exigir al requirente que acredite la existencia de otra iniciativa o propuesta de programa anterior, cosa que sí sería necesaria en el supuesto de que la propuesta ahora presentada fuera efectivamente una “alternativa”.

3. Contenido del requerimiento

Si se califica el acta como de mera protocolización, la conclusión inmediata es afirmar que no es posible practicar el requerimiento hasta el momento en que estén completos todos los documentos que deben ser objeto de tal protocolización, y mientras esto no sea así, no es posible iniciar el acta, entre otras razones, porque se trataría de un acta incompleta.

Sin embargo, mi opinión es la contraria. A mi juicio, se puede iniciar el acta protocolizando sólo el primero de los documentos de que se dispone, o sea, el proyecto de programa, la alternativa citada en el 48.1.B) LRAU y 121.1.b) LOTU, aunque no se tengan de momento los avisos y publicaciones que se citan en los apartados c), lo que además, como luego indicaré, será lo normal, y probablemente lo adecuado.

E incluso, si partimos de la calificación o naturaleza del acta que al principio defendí, considero que **puede iniciarse el acta sin necesidad de protocolizar documento alguno**, indicando sencillamente que se formula al notario el requerimiento inicial del acta, que luego se irá completando mediante diligencias de protocolización sucesivas. En este caso, será preciso hacer una referencia expresa al carácter especial del acta, incluso mediante la cita precisa del artículo que la regula, o bien su calificación como acta de procedimiento simplificado de programa para el desarrollo de una actuación integrada. No obstante, aun siendo posible este método, no le veo en principio ventaja alguna a iniciar el acta sin protocolizar nada, pues no parece que de ello se derive ningún efecto sustantivo ni procesal, y, desde luego, **en el momento de la remisión de los avisos y de la publicación de los edictos, el programa tiene que estar ya protocolizado**.

V. Contenido del acta

El contenido del acta se puede decir en términos muy sintéticos que es doble: de protocolización y de exhibición.

A. Protocolización

El objeto de la protocolización es doble: por un lado el proyecto de programa, y por otro los avisos y publicaciones. Veámoslos separadamente.

1. El proyecto de programa

Según el artículo 48.1.B) LRAU y 121.1.b) LOTU: “(Los particulares)... **Protocolizarán la alternativa y los proyectos que la acompañen**”.

Según lo antes dicho, el objeto esencial de la protocolización es el proyecto de Programa de Actuación Integrada en la Comunidad Valenciana y el Programa de Actuación Urbanizadora en Castilla-La Mancha, sea el inicial o novedoso, o sea el contrapuesto a otro ya existente y previamente presentado, es decir, alternativa en sentido estricto.

Aun cuando ningún artículo establece los requisitos formales de ese proyecto, es fácil comprender que debe ir **firmado** por la persona que se presenta como su promotor o autor.

El proyecto debe ir **acompañado** de “... los proyectos que la acompañen...”. Estos **documentos complementarios** no son los citados con las letras A) y B) del artículo 32 LRAU, (copia de la cédula de urbanización y anteproyecto de urbanización) porque éstos deben formar parte del proyecto de programa, según indica el 45.1 LRAU, y por tanto son integrantes, no complementarios. Deben ser los mismos que se citan en el artículo 45.1 LRAU, es decir, la propuesta de planeamiento o/y de Proyecto de Urbanización.

Sea como fuere, la actuación notarial en este punto debe ser de asepia o imparcialidad: es decir, **no debemos entrar en la calificación del contenido de los documentos que se entregan para protocolización, sino sólo en los requisitos externos de los mismos: es decir, la firma por el presentante y la manifestación del mismo de que tales documentos coinciden con los depositados en el Ayuntamiento.**

2. Los avisos a los propietarios afectados

Dice el artículo 48.1.C) LRAU que “Los particulares... **deberán remitir los avisos regulados en ese mismo precepto**”. Se refiere al 46.3 LRAU del que resulta que “**No es preceptiva la notificación formal e individual a los propietarios afectados, pero, antes de la publicación del edicto, habrá que remitir aviso, con su contenido, al domicilio fiscal de quienes consten en el Catastro como titulares de derechos afectados por la actuación propuesta.**” El 212.1.c) LOTU contiene un remisión idéntica al 120.4 LOTU que se expresa en términos prácticamente iguales.

a) Momento. En el caso del artículo 48 LRAU y 129 LOTU, este “aviso” a propietarios debe ser “antes” de realizar las mismas publicaciones a que se refieren los artículos 46 LRAU y 120 LOTU.

b) Forma. Al no indicar los artículos 46 y 48 LRAU, ni 120 y 121 LOTU, la forma en que los avisos deben realizarse, hay que defender una regla de libertad de forma, pero con la necesidad de que la remisión del aviso quede adecuadamente probada. Por tanto, será suficiente cualquier medio de prueba que así lo acredite, en especial la documental: v.gr. documento suscrito por los propietarios en que reconozcan haber recibido el aviso, o envío del mismo por correo certificado con acuse de recibo, bien directamente, o bien mediante acta notarial, lo que parece más aconsejable al objeto de acreditar no sólo el envío, sino también su contenido (art. 201 del Reglamento Notarial), y que podrá ser la propia acta de protocolización y exposición, o bien otra acta distinta con ese fin exclusivo.

En todo caso lo que parece claro es que aun cuando interesa al promotor de la propuesta tener acreditado no sólo el envío, sino también la recepción, lo cierto es que el artículo 48.1.C) LRAU y 121.1.c) LOTU, sólo obligan a “remitir”, con lo cual, **ante el notario autorizante del acta será suficiente con acreditar la remisión de los avisos aunque no vaya acompañada de la recepción.**

c) Destinatarios. Aun cuando en el documento o documentos que justifiquen la remisión de los avisos figurarán los datos de identificación de los destinatarios (nombres, apellidos, dirección), parece necesario protocolizar también una relación de los citados propietarios.

Ahora bien, si se piensa que los avisos se deben dirigir a quienes consten en el Catastro como titulares de derechos en relación con las fincas afectadas, en algún momento del procedimiento habrá que acreditar este extremo, al objeto de que el Ayuntamiento examine el cumplimiento de este requisito. Por tanto, aun cuando no hay precepto legal que así lo establezca, un mínimo de rigor debe llevar a **protocolizar una certificación catastral expresiva de los propietarios y sus domicilios**, al objeto de comprobar sobre ella si se remiten los avisos a todos ellos.

d) Objeto de la protocolización. Según lo anterior, se deberá protocolizar: copia auténtica del acta de remisión; o el documento suscrito por cada propietario reconociendo la recepción del aviso; o el certificado de depósito de los avisos en la oficina de Correos; etc. Y la certificación catastral en su caso. O bien, se hará constar la remisión de los avisos **mediante diligencia en la propia acta**, protocolizando una fotocopia testimoniada de uno de los avisos y haciendo constar que el contenido de todos ellos es idéntico, que no es el procedimiento más aconsejable.

3. Publicaciones de anuncios

Con posterioridad a la remisión de los avisos a los titulares catastrales, se deben exponer al público los anuncios, según el 48.1.C) LRAU

“en la forma exigida para los edictos municipales por el art. 46.3”. En el mismo sentido el 121.1.c) LOTU que se remite al 120.

a) Forma. En algún aspecto, este requisito se regula de modo diferente en las dos comunidades autónomas que estamos considerando.

1. En la Comunidad Valenciana, la publicación será:

1.1. “En un diario de información general editado en la Comunidad Valenciana”. Debe ser de información general, de manera que no se cumple con el requisito si la publicación se realiza en un medio de difusión especializado (v.gr. prensa económica, financiera, deportiva, etc.). La delimitación geográfica se refiere al lugar de edición, no al de distribución o difusión. Y no requiere, como nos tiene habituados la legislación societaria, un determinado grado de difusión.

1.2. Y en “el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana”. Llama algo la atención, aunque sea cuestión anecdótica, que la expresión del órgano oficial de difusión autonómico se consigne en la Ley en su expresión valenciana tanto en el texto redactado en la lengua valenciana como en el extendido en castellano.

2. En Castilla-La Mancha, la publicación será:

2.1. “En uno de los periódicos de mayor difusión en la localidad”. No se distingue el tipo de publicación periódica. Por tanto puede ser de cualquier clase, general o especializada. Tampoco se requiere que sea publicación diaria, sino periódica (semanal, quincenal, mensual, trimestral, etc.). Sí se requiere, al igual que en la legislación mercantil y al contrario de la valenciana, un determinado grado de difusión. Y en cuanto a la delimitación geográfica, no se refiere al lugar de edición, sino al de difusión; y se concreta en la localidad en lugar de en la comunidad autónoma. No queda claro si se refiere a la localidad en la que se realiza la actuación urbanizadora o en aquella en que se encuentre demarcada la notaría; en mi opinión, se refiere a la primera, pues la regla legal está en el artículo 120 LOTU, que está regulando el procedimiento municipal u ordinario, aunque sea también aplicable al notarial o simplificado por la remisión del artículo 121 LOTU, pero esa remisión no le puede cambiar el sentido; de todos modos, una publicación periódica del tipo que sea, gozará, generalmente, del mismo grado de difusión en una localidad que en otra.

2.2. Y en “el Diario Oficial de Castilla-La Mancha”, que no precisa más comentario, ya que en esta comunidad autónoma no se plantean problemas de idioma.

b) Momento. En este punto la regulación de las dos comunidades autónomas es radicalmente opuesta.

1. *En la Comunidad Valenciana.* El artículo 46.3 LRAU ordena que la publicación en el **Diario Oficial se realice “...–posterior o simultáneamente–...”** a la del medio de comunicación no oficial. No se me alcanza cuál deba ser la razón de ello, como no sea la de reservar para la prensa oficial el último lugar, habida cuenta de que a partir de su fecha se deben producir determinados efectos.

Esta simultaneidad o posterioridad del artículo 46.3 LRAU plantea la duda de si es también aplicable al caso que estamos estudiando, es decir, el artículo 48 LRAU. La remisión que establece este precepto se refiere a “la forma exigida para los edictos”. Siendo la fecha de las publicaciones uno de los requisitos formales de éstas, considero que debe entenderse aplicable también al supuesto del artículo 48 LRAU la exigencia de simultaneidad o posterioridad.

2. *Castilla-La Mancha.* El artículo 120 LOTU establece esa misma expresión –“posterior o simultáneamente”– pero en relación con la publicación no oficial. De modo que en Castilla-La Mancha, la última, aunque sea el mismo día, es la publicación en el periódico no oficial. Y del mismo modo que en el caso anterior, esta regla es también aplicable al acta notarial por la remisión del 121.1.c) LOTU.

c) Costo. Los artículos objeto de comentario establecen que estas publicaciones las realizará el promotor del proyecto “**por sus propios medios**”, expresión verdaderamente pintoresca, que trata de dejar claro que los gastos de publicación serán de cuenta del promotor, y no del Ayuntamiento como ocurre en el caso del 46.3 LRAU, cosa por otra parte obvia, si se piensa que tales publicaciones las contrata el promotor directamente con los medios de comunicación.

d) Contenido de avisos y anuncios. El contenido de los anuncios al público y de los avisos a los propietarios es idéntico, viene establecido de forma tasada por el propio artículo 48.1.C) LRAU y 121.1.c) LOTU, y debe expresarse, según estos preceptos, “... claramente...”, lo que también es una mención chocante, que trata de evitar que alguno de los extremos se exprese de forma oscura.

Los extremos que necesariamente deben contenerse son los siguientes:

1) “*El objeto y características esenciales de la iniciativa*”. Bastará, pues, una indicación somera pero precisa. Y teniendo en cuenta que una

actuación integrada o una actuación urbanizadora, puede afectar a una o varias unidades de ejecución, me parece imprescindible la identificación clara de las unidades de ejecución que se pretenda programar (arts. 29.3 y 33 LRAU). La forma de identificación debe ser la que tales unidades tengan en el plan en que hayan sido definidas. Este es un elemento esencial e imprescindible que, como luego veremos, tiene una trascendental importancia.

2) *“La notaría donde estén protocolizados los documentos que la comprenden”*. Se identificará por el nombre y apellidos del notario, su domicilio y población. Conviene aclarar que si en los avisos a propietarios y los anuncios al público se indica la notaría donde “estén” protocolizados los documentos, quiere decir que se ha iniciado ya el acta antes de remitirse los avisos y publicarse los anuncios, lo cual es un argumento clarísimo en favor de la tesis de que el acta no sólo se puede, sino que se debe iniciar antes de tales remisiones y publicaciones, como ya antes defendí.

3) *“Los datos que permitan identificar el ejemplar depositado ante el Ayuntamiento”*. Tales datos son puramente materiales, y harán referencia a la fecha y número de ingreso en el Registro de entrada de documentos del Ayuntamiento, o el número de expediente que se haya iniciado con dicho depósito. Parece que con ello debe ser suficiente. En todo caso estos datos, o los que el Ayuntamiento proporcione a efecto, serán objeto de simple indicación en los avisos y los anuncios. Para la redacción del acta será preciso protocolizar en ella una fotocopia testimoniada de la copia de la instancia de depósito del ejemplar en el Ayuntamiento, en la que conste, original, el sello del Registro de entrada.

Lo que sí queda claro con la norma comentada, es que el depósito en el Ayuntamiento tiene que ser necesariamente previo a los avisos y anuncios. Por tanto, antes de iniciarse el período de exposición al público, el Ayuntamiento ya tiene conocimiento de la propuesta de programa.

4) *“La advertencia de que, dentro del plazo de veinte días contados desde la publicación del último anuncio, cualquier persona podrá comparecer en dicha notaría para obtener copia del acta a que se refiere el precedente apartado B) o solicitar que se le exhiba la misma.”* No es preciso que la advertencia se consigne en la forma literal dicha, sino que bastaría con advertir del derecho a obtener información en la notaría por los procedimientos legales, o cualquier otra expresión similar, que resulte “clara”.

5) *La constancia de “la posibilidad de consultar en el Ayuntamiento las actuaciones derivadas de la documentación depositada en éste y de presentar ante él, para su incorporación a las mismas, tanto alegaciones como alternativas técnicas que pretendan competir con la expresada al público, así como proposiciones jurídico-económicas para ejecutar cual-*

quiera de las alternativas”. Reitero lo dicho en el apartado anterior: no es necesario reproducir en el aviso o anuncio todo el texto transcrito, sino sólo la advertencia de poder comparecer en el Ayuntamiento para ejercitar los derechos de información y presentación de cualquiera de los documentos legalmente admisibles.

e) Calificación notarial del contenido. Siendo tasado, y por lo tanto imprescindible para su validez, el contenido expresado, estimo que **el notario autorizante del acta debe calificar el texto de los avisos remitidos a los propietarios, y los anuncios publicados, al objeto de comprobar si en ellos se contienen todos los extremos legalmente exigibles, rechazando la protocolización de aquellos que estén incompletos**, a fin de que se complete por el mismo procedimiento. La razón es clara, la ausencia de alguno de los requisitos puede producir la nulidad del procedimiento, y siendo la intervención notarial un control de legalidad que pretende proporcionar garantía jurídica, es evidente que debe rechazar documentos que carezcan de los requisitos legales, y se evite así una posible contienda o una futura declaración de nulidad por defecto de forma.

f) Posibilidad de ampliación de requisitos. No me cabe duda que este contenido es el mínimo legal imprescindible. Pero es posible que alguno de los requisitos sea objeto de ampliación, aclaración o complemento. Así por ejemplo, no está de más, aclarar cuál es el horario de oficina de la notaría para poder ejercitar el derecho de consulta e información, teniendo en cuenta que tales consultas suelen ser prolongadas.

g) Necesidad de protocolización. Podría plantearse la duda o la pregunta de por qué es necesaria la protocolización de los avisos a propietarios y las publicaciones de anuncios, ya que los artículos 48 LRAU y 121 LOTU, directamente, no exigen esa protocolización.

La respuesta es clara: en primer lugar por una razón puramente funcional: si el particular tiene derecho a solicitar la exhibición del acta por los medios que a continuación se estudiarán durante el plazo de veinte días desde la última publicación, el notario debe tener en su poder las publicaciones para poder computar el inicio y el final de ese plazo. Y en segundo lugar una razón de fondo o sustantiva: si estamos ante un documento público que viene a sustituir, aunque sea parcialmente, al procedimiento municipal de tramitación para la aprobación del programa para el desarrollo de una actuación integrada, ese documento debe ser lo más completo posible. Y si se tiene en cuenta que el objeto de la sustitución es precisamente la fase de exposición al público, no cabe la menor duda de esa necesidad de protocolización.

B. Exhibición

La segunda de las actuaciones notariales del acta es la de exhibición de documentos.

El Reglamento Notarial en su artículo 207 regula el “Acta de exhibición de cosas o documentos”, pero con un sentido diferente del que es objeto de análisis en el presente estudio: el acta de exhibición del artículo 207 se contempla desde el punto de vista pasivo, es decir, se trata de hacer constar en acta la existencia y contenido de determinados documentos que al notario se le exhiben. En nuestro caso la situación es la contraria: el notario tiene en su poder, debidamente protocolizados, determinados documentos; y esta tenencia o depósito tiene por objeto la puesta a disposición de dichos documentos, temporalmente, a todo aquel que tenga interés en conocerlos. Por eso no son aplicables a nuestro caso las reglas del citado artículo 207 RN.

Hay que reconocer que la técnica legislativa en este punto no es muy depurada, pues en el apartado B), que es en el que se regula el acta, no se hace mención ninguna a esta fase del acta, consistente en proporcionar determinada información. Sólo se cita entre los requisitos que deben contener los avisos y los anuncios, pero sin regularlo directamente.

a) Sujeto. Según el tenor literal del artículo 48 LRAU y 121 LOTU, tiene derecho a la exhibición, “**cualquier persona**”. De modo que siendo mayor de edad, y capaz, cualquier persona puede comparecer ante el notario autorizante del acta al objeto de requerir la exhibición que a continuación se analizará. Y lo podrá hacer en nombre propio o en representación de otra persona, tanto física, como jurídica, acreditando en estos casos tal representación.

No debe pues justificar ningún tipo de interés especial que le legitime para solicitar la información notarial.

Pero sí deberá identificarse mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad o cualquiera de las otras formas de identificación que regula el Reglamento Notarial.

b) Objeto de la exhibición. El objeto de la exhibición es la propia acta, y por lo tanto, y esto es lo verdaderamente importante, los documentos protocolizados, o sea, la propuesta de programa con todos sus documentos complementarios, los avisos, los anuncios y la referencia al depósito municipal.

Este es el objeto de la exhibición digamos, total, lo que no impide que el solicitante pueda reducirse a un extremo o varios, concretos.

c) Medios. Los medios que el notario puede utilizar para proporcionar la información son dos: la copia y la exhibición directa.

La elección de un medio u otro corresponde al solicitante de la información.

1. La copia. No aclara la Ley si se trata de copia simple o autorizada.

La cuestión, aparentemente baladí, puede tener importancia si se piensa en el volumen de documentación que un programa puede llegar a tener.

La única copia que proporciona autenticidad a su contenido, y que está amparada por la responsabilidad del notario que la expide, es la autorizada. Por tanto puede muy bien defenderse que ésta es la única que se debe expedir.

Sin embargo, hay que pensar que la única finalidad de la entrega de la copia que estamos tratando, es en este caso la de proporcionar información al solicitante. Y según la interpretación generalmente admitida por los tratadistas, del artículo 250 de Reglamento Notarial, el efecto propio de la copia simple es el de “mera información”. Por tanto, puede muy bien defenderse con base legal, el que sea la simple, la copia que se debe utilizar al objeto de cumplir el deber de información.

Y desde luego, la copia que se expide puede ser total o parcial, a solicitud del interesado.

2. La exhibición directa. El solicitante podrá ejercer su derecho de información mediante la lectura directa del acta, sin más requisitos que los derivados de la necesaria garantía de conservación del documento que el notario autorizante pueda libremente adoptar, ya que el artículo 250 RN, que cita este tipo de actuación notarial, no establece ningún requisito especial.

3. Las dos a la vez. No plantea ninguna duda respecto de su admisión. A primera vista parece una exageración, pero en la práctica es muy frecuente que el interesado primero examine directamente la documentación y después solicite una copia de los extremos que le interesan, por tanto parcial.

d) Diligencia. De la comparecencia de cualquier persona, al objeto de obtener información, sea por el procedimiento de la exhibición directa o por la obtención de copia total o parcial, deberá dejarse rastro en la matriz mediante la correspondiente diligencia en la que conste la identificación del interesado en la forma antes expresada, la forma de exhibición y su firma.

e) Manifestaciones. Puede plantearse la duda de si al tiempo de ejercitar su derecho de información el particular, o en otro momento posterior, puede realizar algún tipo de manifestaciones en el acta.

Podría pensarse que al tratarse de un acta cuya finalidad exclusiva es la de procurar una información al público, no es posible admitir manifestaciones, pues no hay notificación o comunicación ninguna, y mucho menos requerimiento. Y podría también defenderse que en caso de que alguien quisiera realizar este tipo de actuaciones por la vía notarial, el cauce formal debe ser un acta nueva, de puras manifestaciones, aunque sea en relación con el acta de exposición.

Sin embargo, aun en el puro terreno de la información, no creo que se deba nunca impedir al ciudadano la posibilidad de realizar manifestaciones ante notario. En este sentido se expresa el artículo 204 RN (“El requerido o notificado tiene derecho a contestar ante el Notario en la misma acta, pero sin introducir en su contestación otros requerimientos o notificaciones que deban ser objeto de acta separada”). Sus amplios términos llevan a la necesidad de admitir cualquier manifestación que el compareciente quiera realizar, siempre que sea congruente con el acta y su contenido no sea constitutivo de delito.

f) Alegaciones. Y puesto que en el acta se protocoliza la propuesta inicial de programa, cabe también preguntarse si cualquier particular podrá presentar al notario para su protocolización en la misma acta, alegaciones, alternativas técnicas e incluso proposiciones jurídico-económicas, si bien éstas lo fueran en plica cerrada tal como exige el artículo 46.2 LRAU y 120.3 LOTU.

Es curioso observar que el artículo 46 LRAU, a la hora de regular el lugar o persona a quien se le presentan tales documentos, se produce en términos francamente confusos e indecisos. Así, dice en el apartado 1 párrafo segundo: “... se admitirán... podrán presentar...”. Y el apartado 4 párrafo segundo: “Se podrán presentar...”. E incluso el apartado 5 al regular la apertura de plicas no dice dónde se desarrolla el acto, aunque sí dice que “De su desarrollo y resultado se levantará acta, bajo fe pública y ante dos testigos...”, con lo que también deja en la incertidumbre de si todo ello es exclusivamente en el Ayuntamiento y el acta es ante el secretario, o cabe alguna otra posibilidad formal. Y en idénticos términos la LOTU.

Pues bien, pensando en que sea municipal, estimo que en el caso del procedimiento simplificado, la solución debe ser la misma, es decir, que la presentación de alegaciones, alternativas técnicas y proposiciones jurídico-económicas debe realizarse ante el Ayuntamiento, lo mismo que la apertura de plicas.

Y ello porque del 48.2 LRAU impone al procedimiento simplificado, la aplicación de "... todo lo dispuesto en los números 2, 4 y 5 del artículo 46..." Y también el artículo 121.2 LOTU determina la "... aplicación de todo lo dispuesto en los números 4 y 6 del artículo anterior...". Aunque sea incidentalmente debo indicar lo llamativo de ese "todo" que no deja resquicio a plantearse duda alguna sobre la universalidad de la remisión. Y sobre todo, porque el 48.1.C) LRAU y el 121.1.c) LOTU, al regular el contenido de los avisos y los edictos, citan **"... la posibilidad de consultar en el Ayuntamiento las actuaciones derivadas de la documentación depositada en éste y de presentar ante él, para su incorporación a las mismas, tanto alegaciones como alternativas técnicas..."** Esta expresión creo que ya no deja lugar a dudas de que el lugar adecuado para la presentación de alegaciones es el Ayuntamiento, y no el acta notarial.

Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad que el particular tiene de iniciar otra acta notarial de características similares, cosa claramente admitida por el propio artículo 48 en su apartado 3 LRAU y 121.3 LOTU.

De todos modos, en línea de principio, y habida cuenta de la interpretación amplia antes expuesta del artículo 204 del Reglamento Notarial, no parece imposible esa protocolización de los documentos citados, incluso de las alegaciones, ya que en definitiva todos ellos llegarán a conocimiento del Ayuntamiento a través de la copia que del acta se le entregará. Pero siempre que el interesado quede claramente informado y advertido por el notario, de que tal protocolización no tiene la consideración jurídica de presentación de alegaciones ante el Ayuntamiento.

g) Plazo. Los artículos 48 LRAU y 121 LOTU establecen un plazo de **veinte días** para el ejercicio por los particulares del derecho de información.

No dicen si se trata de días hábiles o naturales.

Por aplicación del artículo 5.2 C.c. debería entenderse que son naturales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la especial naturaleza del acta, que es, como al principio he indicado, sustitutiva de un procedimiento administrativo, en concreto municipal, y esa naturaleza se superpone a la puramente civil en que ordinariamente nos movemos en el ámbito de la aplicación del Derecho notarial.

En este sentido, estimo que es de aplicación el artículo 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en consecuencia, los días deben ser **hábiles**, excluyendo por tanto los domingos y festivos, tanto estatales como autonómicos y locales. En este último caso

podría plantearse la duda de si la inhabilidad local debe referirse al término municipal en que esté demarcada la notaría o a aquel en que se encuentre la unidad de ejecución sobre la que recae el programa. En mi opinión, la cuestión debe resolverse en favor del primero, ya que en definitiva lo que se está estableciendo es un plazo de exposición, habrá que atender a la habilidad de los días de la localidad en que la exposición se lleve a cabo.

En todo caso, y sobra el decirlo, el acta estará a disposición de los particulares en el horario normal de oficina, al que naturalmente los solicitantes deberán ajustarse.

h) Cómputo. Llama la atención la forma del cómputo del plazo: **“veinte días contados desde la publicación del último anuncio”**.

Si recordamos que el artículo 46 LRAU, al que en este punto se remite el 48, ordena que la publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana sea simultáneo o posterior al del diario ordinario, es evidente que la primera, la del Diario Oficial, será siempre la última, pues en el peor de los casos será de la misma fecha que la del diario ordinario, pero nunca anterior. Por eso, hubiera sido más exacto remitir el día inicial del cómputo no al “último” anuncio, sino al anuncio del Diario Oficial.

Y si recordamos que la LOTU, en sentido contrario a la LRAU, dispone que la publicación no oficial debe ser posterior o simultánea a la del Diario Oficial, habrá que concluir que en Castilla-La Mancha, el cómputo del plazo se inicia en la fecha de esa publicación no oficial.

Y en aplicación del artículo 5.1 C.c. el día de la publicación quedará excluido del cómputo, que empezará al día siguiente.

i) Posibilidad de prórroga. El apartado 3 del artículo 48 LRAU regula la determinada prórroga de plazo. Disponen que “Si durante la exposición al público de una primera iniciativa de Programa, alguien hubiera iniciado una segunda exposición de otra en competencia con aquella, procederá la prórroga de plazos regulada en el artículo 46.4.” En idéntico sentido se expresa el 121.3 LOTU, con remisión al 120.5.

Este precepto, aparentemente claro, plantea una serie de problemas de índole puramente funcional, de solución nada fácil.

1. La concurrencia de iniciativas. El supuesto de hecho de la norma es el de dos iniciativas de programas “... en competencia...”. Esta especial forma de denominar la concurrencia de iniciativas plantea la pregunta de cuál será el objeto o ámbito de esa “competencia”.

En mi opinión, para que se produzca la situación de “competencia”, debe darse una doble concurrencia: material y temporal.

* Concurrencia material: a mi juicio, esa concurrencia o coincidencia material sólo puede darse en cuanto al ámbito territorial del programa; si la base territorial es diferente, no acierto a imaginar dónde puede encontrarse la “competencia”. Y esa concurrencia territorial puede ser total o parcial, es decir, puede tratarse de dos programas territorialmente coincidentes o solapados; no es precisa la exactitud o identidad territorial, sino que debe bastar que alguna fracción del mismo terreno esté contemplada en las dos iniciativas de programas.

Pues bien, si esto es así, el único modo de comprobar la existencia o no de concurrencia o “competencia” entre iniciativas, es mediante una perfecta identificación de los terrenos afectados. Y teniendo en cuenta que un Programa de Actuación Integrada y un Programa de Actuación Urbanizadora, puede afectar a una o varias Unidades de Ejecución pero siempre a la totalidad de la Unidad y no una parte o fracción de la misma, el único modo fiable de llegar a comprobar la concurrencia es mediante la precisa y exacta identificación de la Unidad o Unidades que se comprenden en cada iniciativa de Programa. Por eso ya dije antes que tal mención en los avisos y edictos me parece imprescindible.

* Concurrencia temporal: sólo debe ser tomada en consideración la concurrencia territorial entre dos iniciativas de programa cuando a esa concurrencia material se le añade la temporal; es decir, cuando la tramitación del acta notarial es simultánea.

Si no se da la simultaneidad no se puede hablar de coincidencia, pues en tal caso, cuando se inicia un acta ya está terminada la otra, finalizado el período de exposición al público, y también el de presentación de proposiciones jurídico-económicas, con lo que el expediente se encuentra ya en fase de apertura de plicas y adjudicación o ya está terminado. Es decir, si no se da la simultaneidad, una de las iniciativas, la tardía, ha perdido el tren.

Ahora bien, ¿en qué momento debe iniciarse la segunda para que cumpla ese requisito de la simultaneidad?, ¿cuándo la segunda iniciativa es tardía y cuándo no?

La respuesta nos la proporcionan los propios artículos 48.3 LRAU y 121.3 LOTU, que consideran que se da la simultaneidad cuando la segunda iniciativa inicia su exposición al público durante la exposición de la primera. Concretando, se trata de que la publicación del anuncio en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana o en uno de los periódicos de gran difusión en la localidad, de la segunda iniciativa, se produzca durante el período de los veinte días siguientes a la publicación del anuncio de la primera.

Por tanto, y en conclusión, se puede afirmar que **se da la concurrencia entre iniciativas cuando dos proyectos de programa de actuación afec-**

tan total o parcialmente a la misma unidad de ejecución y coinciden en todo o en parte sus períodos de exposición al público.

2. *La prórroga.* En los casos en que se dé esa concurrencia, según el 48.3 LRAU, **“procederá la prórroga de plazos regulada en el artículo 46.4.”** En el mismo sentido el 121.3 LOTU.

Y el artículo 46.4 LRAU dice que **“Estos plazos quedarán prorrogados por veinte días adicionales...”**. Y en sentido similar se expresa el 120.5 LOTU.

Por tanto, la prórroga, como su propio concepto indica, es un nuevo plazo de veinte días, que se añade al inicial u originario, quedando por tanto establecido en cuarenta días.

3. *Actuaciones cuyo plazo se prorroga.* La cuestión tiene su complejidad y su importancia. Veámosla por separado en el procedimiento municipal y el simplificado.

* En el procedimiento municipal. En la regulación del procedimiento de tramitación municipal del artículo 46 LRAU, según el sentido claro de las palabras del texto legal, se trata de una prórroga del plazo de presentación de alegaciones, alternativas técnicas y proposiciones jurídico-económicas ante el Ayuntamiento, es decir, estrictamente, la prórroga del 46.4 LRAU y del 120.5 LOTU. Pero **no se trata de prórroga del plazo de exposición al público.**

En este sentido es aún más claro y más restrictivo el artículo 120.4 LOTU, al permitir la prórroga, **“... con el exclusivo e improrrogable objeto de la presentación de alternativas en competencia.”**

* En el procedimiento simplificado. Pero a los efectos del funcionamiento del sistema, entre el supuesto de hecho del 46.4 y el del 48.3 LRAU, hay notables diferencias. En efecto, en el caso del 46.4 LRAU se da la prórroga cuando se presenta o se anuncia la presentación, en el Ayuntamiento, de una alternativa técnica sustancialmente distinta de la inicial. Por tanto, es el propio Ayuntamiento el que toma en consideración la existencia o no de esa diferencia sustancial, el que decide la prórroga, el que la hace constar en el expediente, el que anuncia la prórroga en su propio tablón, y el que realiza la comunicación personal a quien, por desconocer la prórroga, presenta alguna plica prematuramente.

Pues bien, todo ello, en el caso del procedimiento simplificado, se complica extraordinariamente, pues aunque la concurrencia de iniciativas del artículo 48.3 (en su doble aspecto material y temporal) es más fácilmente comprobable que la sustancial diferencia del 46.4 según lo antes indicado, sin embargo, en el caso del artículo 48, se parte de la base de la existencia de dos exposiciones al público, procedentes por tanto de dos

actas notariales, e incluso una actuación notarial en concurrencia con otra municipal. ¿Quién detecta la existencia de las dos iniciativas? ¿Quién examina si tales iniciativas son o no concurrentes? ¿Quién en caso afirmativo decreta la prórroga? ¿Qué plazo es el que se prorroga? ¿El de presentación en el Ayuntamiento, o también el de exhibición del acta notarial?

En mi opinión, es claro que el sujeto activo en la constatación de la concurrencia de iniciativas es el Ayuntamiento.

Desde luego puede ocurrir que esa concurrencia la ponga de manifiesto ante el Ayuntamiento alguno de los interesados, generalmente, el que presentó la primera iniciativa. También es cierto que el Ayuntamiento, por sus propios medios puede y debe detectar la cuestión, ya que en el mismo están depositadas las dos iniciativas. Y también puede poner de manifiesto la situación, y esto será lo más frecuente, el segundo proponente, en la forma que regula el artículo 46.4 segundo inciso de la LRAU. Pero, además, puede resultar de los datos que remitan los notarios autorizantes de las actas, en las notificaciones o comunicaciones al Ayuntamiento, a que después me referiré.

En cuanto a la determinación de cuál sea el plazo que se prorroga, la conclusión, en mi opinión, debe ser la misma que en el caso anterior. **La prórroga se produce exclusivamente en el ámbito municipal, en orden a la recepción de alegaciones, alternativas y proposiciones. No en el ámbito notarial.**

Y ello por las siguientes razones:

– En primer lugar, por el tenor literal del texto legal, al decir que “... procederá la prórroga de plazos regulada en el artículo 46.4”. Es claramente imperativo y también es claro en orden a la determinación de qué plazos son los que se prorrogan. Son los del artículo 46.4, es decir, los de la de presentación de alegaciones, proposiciones o alternativas ante el Ayuntamiento. Se trata de una remisión, no de una aplicación extensiva.

– En segundo lugar, porque el hecho de que se inicie una nueva acta notarial en base a una nueva iniciativa de programa, no parece suficiente motivo para prorrogar el plazo de exhibición de la primera. Si tal prórroga se admitiera podría incluso hablarse de determinado desequilibrio en el trato de una iniciativa y otra, en cuanto al período de exhibición al público, claramente injustificado.

4. *Conclusión.* Por tanto, y en conclusión, estimo que, aun cuando el Ayuntamiento decrete la prórroga del plazo de veinte días de la primera iniciativa, por otros veinte más, esta prórroga lo es sólo para permitir la posibilidad de presentar nuevas iniciativas y alegaciones, y para el inicio

del plazo de presentación de las proposiciones jurídico-económicas (cinco días en la Comunidad Valenciana y diez en Castilla-La Mancha). Pero **en ningún caso se debe prorrogar el plazo de exposición pública de veinte días, del acta notarial.**

j) Plazos discordantes. La prórroga de los plazos de una iniciativa de programa, como consecuencia de la presentación de una alternativa, plantea también un problema de ajuste, o mejor dicho, de desajuste de plazos.

La situación puede producirse del siguiente modo: si una iniciativa se pone en exposición, por ejemplo el día uno, terminaría su plazo el día veinte (prescindiendo en este momento de días inhábiles); si durante esos veinte días se presenta una alternativa que provoque la prórroga de la primera iniciativa, ésta se ampliaría en su exposición hasta el día cuarenta, a partir del cual se empezarían a contar los cinco días de las proposiciones jurídico-económicas, que por tanto terminarían el día cuarenta y cinco, procediéndose a la apertura de plicas el cuarenta y seis. Si la alternativa inicia su exposición, por ejemplo, el día treinta de la exposición de la primera iniciativa, su plazo de veinte días coincidiría con el día cincuenta de la primera iniciativa, y el de apertura de la plica, el cincuenta y seis.

He ahí el desajuste entre ambos plazos, lo que provoca una situación claramente inadmisibile. La finalización de ambos plazos tiene que ser idéntica, no es posible admitir dos sesiones de apertura de plicas.

La LOTU tiene prevista y resuelta la cuestión en el artículo 120.5 párrafo 3, según el cual "... con la finalidad de igualar la duración del plazo de información pública para cada una de las eventuales alternativas concurrentes y con ese exclusivo objeto, tras la presentación de la última alternativa se suplementará el período de información pública en los días necesarios hasta alcanzar un mínimo de veinte días."

Este precepto deja muy claras dos cosas: una, su finalidad, igualar la duración de los plazos; y otra, el cumplimiento en todo caso del plazo mínimo de veinte días para todas las alternativas presentadas. Pero a partir de ahí, no se entiende muy bien cuál es el procedimiento que utiliza; en definitiva, parece que se trata de cumplir el plazo de los veinte días de la última de las alternativas presentadas, y llevar la terminación de los plazos de todas las demás, hasta ese último día.

Sería muy conveniente una disposición de similar sentido en la legislación valenciana.

k) Interrupción de la exposición. Cabe preguntarse sobre la posibilidad de interrumpir la exposición pública durante el período de los veinte días. Si el requirente inicia el acta, puede entenderse que del mismo modo la puede interrumpir. Sin embargo, dar esta respuesta, centrando

la cuestión en la simple contemplación del aspecto documental y concretamente notarial, me parece un error. No se puede olvidar que el acta notarial es, como ya he indicado varias veces, el revestimiento formal de un trámite administrativo, dentro de un proceso o expediente de esa naturaleza. Que por tanto está regido por principios traídos del Derecho público. Y que la exposición durante el período de información pública cumple una obligación del promotor de la actuación y el derecho de todo ciudadano a la participación en el proceso urbanístico (art. 6 Ley 6/1998). Por eso estimo que una vez iniciado el trámite del acta notarial, no es posible su interrupción por el requirente. Y por tanto el notario no puede dar por terminada el acta hasta la efectiva culminación del plazo de los veinte días, aun cuando así lo solicitara el que la inició.

VI. Cierre del acta

El notario deberá cerrar el acta una vez transcurridos los veinte días de plazo para la exposición al público.

Aun cuando no es preceptivo, sí es saludable poner una **diligencia de cierre**, expresiva del transcurso del plazo y de cierre del acta.

VII. Pluralidad de actas

Habida cuenta del respeto de la nueva Ley al derecho de libre elección de notario, sólo limitado en este caso por la necesidad lógica de la competencia por razón de territorio, se puede producir una duplicidad de actuaciones notariales.

a) La posibilidad de pluralidad de actas. Esa posibilidad resulta claramente admitida por los artículos 48.3 LRAU y 121.3 LOTU, antes enunciados.

Y, desde luego, puede ser duplicidad o pluralidad en sentido estricto, es decir, más de dos actas concurrentes.

La noción de concurrencia de iniciativas y de actuaciones notariales que determine la posibilidad de que el Ayuntamiento decrete la prórroga de los plazos de presentación de documentación ante el propio Ayuntamiento, y que regulan los artículos 48.3 LRAU y 121.3 LOTU. La desarrollé antes en el comentario de dichos preceptos. Según lo allí expresado, para que se produzca la concurrencia de iniciativas es preciso que se dé una coincidencia material (en el sentido territorial), y otra temporal (referida al tiempo de publicación o exposición al público).

Esto es lo que los artículos citados consideran simultaneidad a los efectos de permitir la prórroga de los plazos antes vistos. Sin duda es aplicable al supuesto de pluralidad de actas, que es, precisamente, el supuesto de hecho de los artículos 48.3 LRAU y 121.3 LOTU.

Por tanto, y en conclusión, se puede afirmar que **se da la concurrencia entre iniciativas y por tanto la pluralidad de actas, cuando dos proyectos afectan total o parcialmente a la misma unidad de ejecución y coinciden en todo o en parte sus períodos de exposición al público.**

b) La pluralidad como problema. Fijado el supuesto de hecho de la pluralidad de actas, cabe preguntarse cuál es el problema que en estos casos se produce o plantea; es decir, en qué punto se distorsiona el sistema por causa de esa duplicidad o pluralidad de actuaciones. A primera vista, el problema se produciría en el caso en que siguiendo adelante la tramitación de todas las actas, se llegara a una doble tramitación de expediente municipal, con el riesgo de producir una también doble o múltiple adjudicación que, siendo sobre los mismos terrenos, en todo o en parte, daría como resultado una evidente colisión de derechos entre los adjudicatarios.

c) La solución. Esta situación, naturalmente, debe evitarse. ¿Cómo? Puede serlo por una doble vía:

* *Vía notarial:* mediante el establecimiento de un sistema de control colegial de todas las actas de esta naturaleza que se autorizan, por medio de una inmediata notificación de cada notario autorizante, al estilo del que se ha creado para las actas de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, recogido en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial.

De este modo, el Colegio Notarial de Valencia, al ser de ámbito territorialmente coincidente con la Comunidad Autónoma Valenciana, único territorio en que se aplica la Ley 6/94, puede tener noticia exacta de todas las actas que se autorizan al amparo de dicha Ley, y puede notificar a cada notario el inicio de las otras actas concurrentes. Pero para ello es preciso que en el parte que cada notario remita al Colegio se cumplan al menos tres requisitos: 1) que se exprese con precisión el ámbito territorial afectado por la iniciativa de programa, 2) que el parte se remita inmediatamente que el notario tenga conocimiento de la publicación en el Diario Oficial (cuya fecha da inicio al cómputo de los veinte días) y 3) que en el propio parte se mencione la indicada fecha.

El servicio correspondiente del Colegio deberá comprobar la coincidencia o no entre proyectos, en el doble ámbito antes expresado, territorial y cronológico.

No obstante realizarse el control en la forma expresada, no veo la necesidad de suspender la tramitación de ninguna de las actas iniciadas. Desde luego, no será posible esa suspensión en el caso de que la concurrencia territorial sea parcial. Y tampoco en el caso de que sea total, ya que estando como estamos en un supuesto que reúne los requisitos del artículo 48.3, se producirá la prórroga de los plazos de presentación de escritos en el Ayuntamiento, lo que supone una garantía suficiente para proporcionar la concentración de iniciativas y alegaciones, o al menos, la intercomunicación entre las mismas.

* *Vía municipal*: con independencia de lo anterior, y teniendo en cuenta que el Ayuntamiento correspondiente ha debido iniciar un expediente administrativo con el depósito del proyecto realizado por el solicitante del acta (art. 48.1.A), debe tener conocimiento del inicio del período de exposición, por lo que en mi opinión, también el notario autorizante de cada acta debería enviar un parte al Ayuntamiento con las mismas menciones citadas en el caso anterior, es decir, idéntico o similar al que se remite al Colegio. De ese modo el Ayuntamiento tendrá base suficiente para evitar una doble adjudicación.

En todo caso, y para terminar, es este uno de los extremos en que la materia que estoy analizando está más precisa de desarrollo reglamentario, siendo esta una magnífica oportunidad para darle a la cuestión una solución satisfactoria y eficaz.

VIII. Copias

A la copia del acta notarial se aplican las reglas generales de la expedición de las copias, de los artículos 222 y ss. del Reglamento Notarial.

a) Personas legitimadas. En aplicación de dichas reglas, se puede afirmar que tienen interés legítimo, y por tanto **derecho a copia**:

1. *El requirente*, desde luego, por el mero hecho de serlo. Su interés es evidente. Y con la copia completa de acta presentada en el Ayuntamiento, cumplirá con el deber que le impone el apartado 2 del propio artículo 48, en orden a acreditar ante la autoridad municipal, el cumplimiento de los trámites contenidos en el acta.

2. Pero también, a mi juicio, **el Ayuntamiento** correspondiente, en que quedó depositado el proyecto, pues tiene, en mi opinión, interés legítimo en el conocimiento del acta.

3. También creo que tienen tal derecho las personas que hayan comparecido ante el notario autorizante, para ejercitar su derecho de información, y ello aun cuando tengan en su poder copia de la propia acta, por haber elegido ese sistema de publicidad, pues, también tienen derecho a saber si con posterioridad a su intervención hay alguna o algunas otras personas que han ejercitado el mismo derecho.

b) Plazo. No se fija de una manera directa un plazo para la expedición de la copia del acta. Según el artículo 48 apartado 2 LRAU, el requirente deberá acreditar ante el Ayuntamiento el cumplimiento de los trámites contenidos en el acta, una vez que haya terminado el plazo de presentación ante el propio Ayuntamiento de proposiciones jurídico-económicas. Y éstas, según el artículo 46.4 párrafo segundo, deben presentarse en el plazo de cinco días (también hábiles) desde la terminación del de veinte días de exposición al público. Hasta que no se presente la copia del acta notarial, no tiene lugar el acto de apertura de plicas de dichas proposiciones. Una regulación similar establece la LOTU con la única diferencia del plazo que en lugar de cinco es de diez días.

Por tanto, cabe concluir, que el requirente precisará la copia, y por tanto así habrá que hacerlo, en el citado plazo de cinco días en la Comunidad Valenciana y diez en Castilla-La Mancha.

IX. Especialidades en reparcelación forzosa

Todo lo hasta aquí expuesto se refiere a la tramitación de un PAI valenciano o un PAU castellano-manchego. Pero la tramitación de una reparcelación presenta algunas especialidades dignas de mención.

A. Especialidades en la legislación valenciana

La LRAU regula esta materia en el artículo 69.

a) Puntualización previa

Antes de entrar en la enumeración de las especialidades que aquí concurren, es preciso formular una puntualización previa.

El procedimiento que regula el 69.1 LRAU es el **de aprobación** del proyecto de reparcelación forzosa, pero **no de elaboración** del proyecto. Los pasos que deben cumplirse en la elaboración del proyecto están totalmente silenciados, omitidos en la LRAU; no existen. No están regulados.

¿Se trata de un defecto del sistema? ¿O de una laguna necesitada de integración? ¿O de una norma legal muy en germen, a la espera de desarrollo reglamentario?

Pues no. No es nada de eso. Lo que ocurre es que la LRAU no entra a regular la acción de los particulares o del urbanizador en la elaboración del proyecto de reparcelación. No hay procedimiento. No hay trámites, en el sentido administrativo. La LRAU indica lo que debe entenderse por reparcelación forzosa (art. 68). Establece los criterios de adjudicación de las fincas de resultado (art. 70). Pero deja a la iniciativa del promotor del programa o al urbanizador, la forma de hacerlo, los pasos a seguir y los documentos que debe acopiar.

Y ello es lógico si se piensa que hasta que el proyecto no se presenta ante el Ayuntamiento, carece de existencia frente a la Administración y frente a los propietarios que no hayan intervenido en él. Y es también congruente con los principios generales que informan la Ley.

La tramitación básica del acta notarial es la misma antes expuesta. A esa regulación se deben hacer, no obstante, algunos comentarios.

b) Especialidades del procedimiento de aprobación de la reparcelación forzosa

Frente a la tramitación ordinaria del PAI, el procedimiento de aprobación de la reparcelación forzosa presenta algunas peculiaridades que voy a enumerar.

1. El proyecto de reparcelación

Lo que en este caso debe ser sometido a información pública es el proyecto de reparcelación forzosa, en el que se definirá el área reparcelable, que no necesariamente tendrá que coincidir con una unidad de ejecución (art. 68.4 LRAU).

2. Solicitud de certificación registral

Con carácter **simultáneo** a la convocatoria de información pública, es preciso solicitar del Registro de la Propiedad una certificación de dominio y cargas (art. 69.1.B LRAU), que, aunque el precepto no lo dice, debe lógicamente recaer sobre las fincas incluidas en el área reparcelable.

3. La audiencia añadida

El artículo 69.1.C) LRAU establece un nuevo plazo de **diez días** de audiencia para dos tipos de personas.

1) Los propietarios no tenidos en cuenta al elaborar el proyecto de reparcelación. Es decir, aquellos que siendo desconocidos u omitidos o preteridos en el proyecto de reparcelación presentado a información pública, y que se pongan de manifiesto bien por sí mismos como consecuencia precisamente de la información pública, o bien resulten de la certificación registral de dominio y cargas.

2) Los propietarios afectados por modificaciones que “respecto del proyecto inicialmente elaborado, se acuerden durante su tramitación”. Está haciendo referencia, claramente, a las modificaciones introducidas por el proponente del proyecto de reparcelación o por el Ayuntamiento de oficio o a la vista de alegaciones, y que afecten a alguno o varios de los propietarios. En el caso de las primeras, pueden producirse efectivamente durante el período de información pública. Pero en cuanto a las segundas, las que introduzca el Ayuntamiento, éstas, por definición, sólo pueden ser posteriores a ese período.

Pues bien, a todos ellos, se les concede un nuevo plazo de audiencia, éste especial y restringido, de diez días, también hábiles.

Aunque no indica el *dies a quo*, debe entenderse que se inicia el cómputo el día de la notificación que se les debe practicar, bien municipal o bien notarial, que será lo más común, dentro de la misma acta o en otra posterior y complementaria.

La notificación se practicará en el domicilio que resulte de la certificación registral o que el propietario haya puesto de manifiesto en la correspondiente alegación en el caso de que responda a ella.

La finalidad de este nuevo plazo es la de permitir a los afectados, la consulta al proyecto de reparcelación y la presentación de alegaciones en el Ayuntamiento.

4. Requerimientos al urbanizador

No se trata en rigor de un trámite en el sentido administrativo, sino de la posibilidad de una incidencia.

Se pretende dar cabida en el acta tanto a las reclamaciones de los propietarios respecto de la valoración de los derechos, como a la contestación del agente urbanizador. Si por este método se llega a un acuerdo habrá terminado la cuestión. En caso contrario, se abrirá la vía a una nueva alegación.

5. La notificación de la aprobación

Obtenida la aprobación del proyecto de reparcelación, y una vez firme en vía administrativa, ésta se notificará a todos los interesados.

Esta notificación se puede practicar por vía municipal o también notarial, pero en este caso, será necesariamente en un acta distinta e inde-

pendiente, pues, por definición, el acta de protocolización y exposición, tiene que estar cerrada de antemano, y entregada la copia auténtica en el Ayuntamiento antes de la aprobación de éste.

Por cierto, que tal aprobación es única. No hay aprobación inicial y definitiva, sino una sola aprobación.

6. Otorgamiento en documento público

La reparcelación, una vez aprobada y notificada, deberá ser objeto del “otorgamiento en documento público que exprese su contenido” (art. 69.1 *fine* LRAU). Sin extenderme más en esta cuestión, de la que ya he tratado extensamente en otros momentos y publicaciones (“Los proyectos de equidistribución y el Registro de la Propiedad”, conferencia pronunciada el 6 de mayo de 1998 en la Academia Sevillana del Notariado y publicada en el tomo XII de dicha Academia, EDERSA, Madrid, 2000; “La función notarial en el urbanismo. Su futuro”, conferencia pronunciada el día 26 de noviembre de 1998 en la Academia Matritense del Notariado, pendiente de publicación; y *Cuaderno Notarial* número 18, “Derecho de propiedad urbana. Urbanismo” publicado por la Fundación Matritense del Notariado en 1998), es claro que el único documento público que en nuestro Derecho contiene un otorgamiento es la escritura pública autorizada por notario. Este es el documento a que el precepto se refiere.

7. Inscripción en el Registro de la Propiedad

Se regula por las disposiciones del Real Decreto 1093/1997, y no es objeto del presente estudio.

c) *Posibilidad de tramitación conjunta*

Sin duda es legalmente posible la tramitación del programa para el desarrollo de una actuación integrada y del proyecto de reparcelación.

En este caso, deberán cumplirse acumulativamente los trámites antes enunciados de los dos procedimientos.

B. Especialidades en la legislación castellano-manchega

En esta materia, la regulación de la LOTU es sustancialmente diferente a la de la LRAU en cuanto a la técnica legislativa, aunque no tanto en el fondo.

a) Naturaleza. También en Castilla-La Mancha, el procedimiento es de aprobación y no de elaboración. Así resulta claramente del texto legal (“**procedimiento de aprobación**”).

b) Remisión al desarrollo reglamentario. Sorprende que en una materia tan importante y de un desarrollo práctico tan inminente, el artículo 92.5.b), remite la regulación del procedimiento de aprobación del *proyecto de reparcelación al futuro Reglamento de desarrollo*.

c) Regulación mínima. Sin embargo, para encauzar de algún modo ese futuro desarrollo reglamentario, establece unos requisitos procedimentales mínimos.

1. *La información pública por plazo de veinte días.* Por tanto, le sería, en principio de aplicación, todo lo dicho para la información pública del PAU. En esto coincide con la legislación valenciana.

2. *Acreditación de la titularidad y situación de las fincas originarias mediante certificación del Registro de la Propiedad de dominio y cargas.* También coincide con la legislación valenciana, al menos en el fondo, pues será el Reglamento el que determine en qué momento debe solicitarse esta certificación y cuándo debe acreditarse en el expediente.

3. *Trámite de audiencia adicional.* También por plazo de diez días, y destinado a los titulares registrales no tenidos en cuenta en la elaboración del proyecto y los afectados por modificaciones acordadas tras el período de información pública. Es un supuesto similar al de la LRAU, aunque con mejor técnica.

Todos estos trámites son sustancialmente iguales a los de la legislación valenciana, por lo que en principio les es de aplicación lo antes dicho.

d) Silencio respecto al procedimiento simplificado. La regulación mínima nada establece respecto a la posibilidad del procedimiento simplificado, aunque tampoco nada en contrario. En rigor, guarda silencio respecto de esa cuestión. Por tanto, es claro que el Reglamento de desarrollo, para mantener la coherencia con el PAU, debe regular este procedimiento simplificado, por su sencillez, rapidez, certeza y claridad.

ACTA DE REMISIÓN DE AVISOS Y DE PROTOCOLIZACIÓN Y
EXPOSICIÓN DE PROGRAMA DE ACTUACIÓN INTEGRADA
(De la Unidad de Ejecución denominada....)

A instancia de:

.....

En Valencia, a.....

Ante mí, MANUEL ÁNGEL RUEDA PÉREZ, Notario de Valencia, de su
Ilustre Colegio.

COMPARECE:

DON.....

INTERVIENE:

En nombre y representación de la entidad mercantil.....

EXPONE:

A.- La entidad..... ha formulado Programa de Actuación Integrada
de la Unidad de Ejecución denominada..... del PGOU de Valencia.

B.- Con fecha..... ha sido depositado en el Excmo. Ayuntamiento
de Valencia, en su Registro de entrada, un ejemplar del citado Programa
de Actuación Integrada, acompañado de todos los documentos comple-
mentarios.

Me entrega el compareciente copia de la instancia del depósito del
Programa, con el sello de Entrada en el Registro General del Excmo.
Ayuntamiento de Valencia, que **protocolizo** en esta matriz.

C.- A los efectos de la remisión que después se dirá, el compareciente
me entrega... (número) cartas, que constituyen los avisos prescritas por la
legislación vigente. Cada una de ellas está extendida en un folio de papel
común, suscritas por el compareciente en la indicada representación.
Están dirigidas a los titulares de derechos afectados por la propuesta de
programa, y a los domicilios fiscales que constan en el Catastro.

Todas las citadas cartas tienen idéntico texto, por lo que yo, el Nota-
rio, obtengo fotocopia de una de ellas que previamente cotejada por mí
compruebo que coincide con su original, quedando así testimoniada y
protocolizo en esta matriz.

Los destinatarios de las citadas cartas son los que constan en la certi-
ficación expedida por la Gerencia Territorial del Catastro de Valencia,
que el compareciente me entrega y **protocolizo** en esta matriz.

ME REQUIERE:

A mí, el Notario, para que practique las siguientes actuaciones:

a) Remisión de avisos:

1) Introduzca las..... (número) cartas citadas en otros tantos sobres de mi membrete.

2) Envíe dichos sobres a sus respectivos destinatarios por correo certificado, haciendo constar en la presente acta diligencia de tales envíos, con consignación del resguardo o relación que de ellos se me diese.

b) Protocolización y exposición:

3) Formalice el acta a que se refiere el artículo 48 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalidad Valenciana reguladora de la Actividad Urbanística.

A tal fin, el compareciente me entrega y **protocolizo** en esta matriz un ejemplar del Programa de Actuación Integrada, que comprende:

* El propio Programa de Actuación Integrada.

* Anteproyecto de Urbanización, que comprende:

– Documento 1: Memoria

– Documento 2: (número) planos.

4) La finalidad de la anterior protocolización es la de tener los documentos protocolizados a disposición de cualquier persona que comparezca ante mí al objeto de obtener información de los mismos, durante el plazo de veinte días hábiles contados desde aquél en que se publique en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana el anuncio correspondiente, lo que haré constar por diligencia.

A tal fin, el compareciente me entregará para su protocolización, los restantes documentos exigidos por la legislación vigente, a los efectos de su exhibición a cualquier persona interesada.

Y yo, el Notario, que identifico al requirente por su Documento Nacional de Identidad que me exhibe, y le considero con interés en su requerimiento, lo acepto y levanto acta del mismo, que leo al compareciente previamente advertido del derecho a leer por sí del que no usa, la encuentra conforme y firma conmigo. Ha quedado extendida en... folios exclusivos para documentos notariales de la clase... serie... números.... De todo lo cual, yo el Notario, doy fe.

DILIGENCIA: El día... a las... horas, en la Administración Principal de Correos de esta Ciudad envío por correo certificado los... (número) sobres referidos en el acta anterior, cada uno de los cuales contiene una de las cartas originales que a tales efectos me entregó el representante de la entidad requirente, cuyos sobres van dirigidos a todos y cada uno de los destinatarios que figuran relacionados en el acta diligenciada.

Por el funcionario de correos del servicio correspondiente se me entrega relación acreditativa de tales envíos que **protocolizo** en esta matriz.

Va extendida esta diligencia en el mismo folio donde concluyó la anterior. Doy fe.

DILIGENCIA: El día..., por la representación legal de la entidad requirente se me exhibe:

- El diario... correspondiente al día... en cuya página... figura el anuncio de la presente acta.

- Y el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana número... correspondiente al... en cuya página... figura el anuncio de la presente acta.

De las citadas publicaciones obtengo fotocopia que previamente cotejada por mí compruebo que coincide con su original, quedando así testimoniada y **protocolizo** en esta matriz.

Va extendida esta diligencia en... Doy fe.

DILIGENCIA: El... ante mí, el Notario autorizante,

COMPARECE:

DON...

El objeto de su comparecencia es el de obtener información sobre el Programa de Actuación Integrada que ha quedado protocolizado en el acta anterior, lo que efectúa mediante exhibición que yo, el Notario, le hago de los extremos del Programa que al compareciente interesan.

Identifico al requirente por su Documento Nacional de Identidad que me exhibe, y le considero con interés en su requerimiento. Le leo la presente diligencia advertido del derecho a leer por sí del que no usa, la encuentra conforme y firma. Va extendida en... folios exclusivos para documentos notariales de la clase... serie... números... De todo lo cual, yo el Notario, doy fe.

DILIGENCIA: La extiendo yo, el Notario autorizante, el día..., para hacer constar que habiendo transcurrido veinte días hábiles desde la publicación en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana, doy por finalizado el plazo de exposición al público del Programa de Actuación Integrada objeto de protocolización, quedando por tanto, en el día de hoy, cerrada la presente acta.

Va extendida esta diligencia en... Doy fe.

ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN Y EXPOSICIÓN DE PROYECTO DE REPARCELACIÓN FORZOSA

(De la Reparcelación Forzosa de la Unidad de ejecución... del PGOU de Valencia).

A instancia de:

“.....”

En Valencia, a

Ante mí, MANUEL ÁNGEL RUEDA PÉREZ, Notario de Valencia, de su Ilustre Colegio.

COMPARECE:

DON.....

INTERVIENE:

En nombre y representación de la entidad mercantil.....

EXPONE:

A.- El día....., ha sido depositado en el Excmo. Ayuntamiento de....., un ejemplar del proyecto de Reparcelación Forzosa de la Unidad de ejecución..... del PGOU de Valencia.

Me entrega el compareciente copia de la instancia de presentación con el sello de entrada en el Registro General del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, número...., de la que obtengo fotocopia que previamente cotejada por mí compruebo que coincide con su original, quedando así testimoniada y **protocolizo** en esta matriz.

B.- Todo ello a los efectos de iniciar el procedimiento simplificado de aprobación del Proyecto de Reparcelación forzosa, a cuyo fin,

ME REQUIERE:

A mí, el Notario, para que formalice el acta a que se refiere el artículo 48, por remisión del 69, ambos de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalidad Valenciana reguladora de la Actividad Urbanística.

Y a tal fin, el compareciente me entrega, y yo el Notario **protocolizo**, un ejemplar del Proyecto de Reparcelación, que comprende los siguientes documentos:

- 1) Memoria.
- 2) Anexos.
- 3) Fichas de fincas de origen.

- 4) Fichas de derechos existentes sobre las fincas de origen.
- 5) Fichas de valoración individualizada de derechos afectados.
- 6) Fichas de fincas de resultado y su adjudicación.
- 7) (número) planos.

El objeto de la anterior protocolización es el de tener los documentos protocolizados a disposición de cualquier persona que comparezca ante mí, para obtener información en el plazo de veinte días hábiles a contar desde el día en que se publique en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana el anuncio correspondiente, lo cual haré constar por diligencia.

Igualmente me entregará el compareciente los restantes documentos exigidos por la legislación vigente a los efectos de su exhibición a cualquier interesado.

Y yo, el Notario, que identifico al requirente por su Documento Nacional de Identidad que me exhibe, y le considero con interés en su requerimiento, lo acepto y levanto acta del mismo, que leo al compareciente previamente advertido del derecho a leer por sí del que no usa, la encuentra conforme y firma conmigo. Ha quedado extendida en... folios exclusivos para documentos notariales de la clase... serie... números... De todo lo cual, yo el Notario, doy fe.

“Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, I. La ciencia del Derecho a lo largo de su historia”, VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, 1.267 pp.

El abrumador planteamiento que expuso JUAN VALLET para sus lecciones sobre *Metodología jurídica* en 1987, al poco tiempo de su jubilación como notario, lo está haciendo efectivo de un modo también magistralmente abrumador. No creo que en este campo haya habido autor alguno que consiguiera desmenuzar de manera tan exhaustiva los diferentes métodos que han de seguirse para la elaboración de normas de derecho, para la determinación del derecho como la *ipsa res iusta* o *quod iustum est*, y para la exposición y la explicación científica del derecho. Es decir, para las distintas metodologías jurídicas por VALLET observadas.

Con puntualidad rigurosa han ido apareciendo los volúmenes sobre: *Metodología de las leyes* (1), *Metodología de la determinación del Derecho* (Parte primera, *Perspectiva histórica*) (2), *Metodología de la determinación del Derecho, II* (Parte sistemática) (3), hasta la presente *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, I. La ciencia del Derecho a lo largo de su historia*, que aquí me ocupa.

Al comienzo de esta “tercera metodología jurídica —que no implica aislamiento ni separación de las demás—, concebida con la finalidad de enseñar cómo es y debe ser el derecho ya hecho”, advierte VALLET que “siendo la ciencia del derecho ante todo una ciencia práctica, la correlativa ciencia teórica de ella ha de tener por primordial objetivo el de servir a esa finalidad y facilitar su construcción, mediante el empleo de la terminología específica más adecuada y correcta, de una exposición sistemática que la clarifique, y de una labor crítica, orientada para observar si los logros obtenidos en la práctica se aproximan o alejan del objetivo de facilitar la consecución de la justicia: finalidad última del derecho”.

(1) Ed. EDESA, Madrid, 1991; recensión en la *Revista Jurídica del Notariado*, nº 1, enero-marzo 1992, pp. 261-267.

(2) Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, vol. I, 1994; recensión en la *Revista Jurídica del Notariado*, nº 12, octubre-diciembre 1994, pp. 309-314.

(3) Ed. Centro de Estudios Ramón Areces - Consejo General del Notariado, Madrid, 1996; recensión en la *Revista Jurídica del Notariado*, nº 19, julio-septiembre 1996.

Teniendo a la vista ese objetivo primordial aborda VALLET el estudio, en su parte primera –la ciencia del derecho a lo largo de su historia–, con la advertencia de que el jurista es un hombre al servicio de la tradición, una tradición que es condición para el progreso, el cual sería imposible sin las adquisiciones de los que nos han precedido. (Este mismo sentir lo encontramos en ALVARO d'ORS cuando escribe: “La tradición es tarea de perfección”; aunque no todo “progreso” deba calificarse de “perfecto”).

En los dos primeros títulos de este volumen se despliega el panorama de la ciencia del derecho en Roma, antigua y clásica, y en el Medievo: Alta y Baja Edad Media, con las recíprocas influencias del derecho romano y la Iglesia. En 168 páginas se pasa revista a los avatares de la ciencia del derecho en estos siglos, al auge, decadencia y revitalización del derecho –de su ciencia–, con las aportaciones destacadas, ya en la Baja Edad Media, de San RAIMUNDO DE PENYAFORT, SANTO TOMÁS, los canonistas, comentaristas y glosadores, así como la labor científica de estas escuelas y la configuración de las instituciones jurídicas (el pactismo, los conceptos en los derechos de cosas, obligaciones y contratos y sucesiones). En todos estos apartados brilla, con la gran erudición de VALLET, su conocimiento no solamente teórico, sino práctico del derecho común y de los derechos forales. Sobre todo en los últimos períodos estudiados en los que se forjaron aquéllos.

El título III ocupa 408 páginas, en las que el autor expone la evolución de la ciencia del derecho desde la incidencia en ella del voluntarismo y el nominalismo hasta 1780. Vemos el desfile de los grandes juristas y filósofos (WOLF, PUFENDORF, LEIBNIZ); civilistas (DOMAT, POTHIER), legistas, definidores del *ius* (DE SOTO, MOLINA, los VÁZQUEZ –de BELMONTE y de MENCHACA–, SUÁREZ); representantes de la escuela del derecho notarial y de gentes (GROCIO, HOBBS, VIDANÍA, ROUSSEAU); los civilistas castellanos del siglo XVI y los del “*mos gallicus*” (completísimos resúmenes de las aportaciones de todos ellos, así como de los cuerpos legales entonces vigentes); y las definiciones básicas de VICO y MONTESQUIEU, sobre derecho y leyes). Tal vez el capítulo II sea, para un jurista práctico, el más interesante de este título III. Se refiere a las tareas configuradoras de conceptos, realizadas por los autores durante la modernidad, respecto al dominio y los modos de adquirirlo (teoría del título y el modo); a las obligaciones y contratos; al derecho de familia (en los países católicos y protestantes) y la conformación en materia económico-matrimonial; y al afinamiento en el derecho sucesorio que comenzó a elaborarse en la Baja Edad Media (preterición y desheredación, mejora, legítimas, sustituciones y fideicomisos, etc.).

De todo ello VALLET ya había investigado y escrito muchísimo, especialmente en cuanto al derecho de sucesiones del que es máximo conocedor en la teoría y en la práctica.

La ciencia del derecho desde 1780 hasta hoy ocupa el título IV del libro (538 páginas en siete capítulos). Es el más extenso y, asimismo, el más denso en cuanto a contenido y autores estudiados.

La fecha elegida para abrir el periodo aunque no exacta no es arbitraria, pues en su entorno (de 1780 a 1800) se produce “un monopolio del derecho por el poder político que, en vano, la escuela histórica del derecho quiso rescatar para la ciencia teórica de éste, aunque luego se producirían sucesivas reacciones que se han acentuado en este siglo XX”.

Los autores del concepto de ciencia del derecho y su dependencia de las variaciones del concepto general de ciencia (DESCARTES, NEWTON, LOCKE, BACON,

KANT, FILANGIERI, BENTHAM, AUSTIN, STUART MILL, LIARD, SAVIGNY —el estudio sobre éste, que ocupa 28 páginas, es completísimo—, PUCHTA, IHERING, WINDSCHEID... desfilan con sus aportaciones desveladas con sencillez y claridad por VALLET); las concepciones filosóficas del siglo XIX que han transcendido en la concepción de la ciencia del derecho [COMTE —también son bastantes las páginas a él dedicadas—; los sociólogos: MAINE, SPENCER, LE PLAY, DUGUIT, GÉNY, DURKHEIM, CARBONNIER; los pragmáticos como SALDAÑA, y los norteamericanos del “*legal realist*” HOLMES, DEWEY, los partidarios del neohegelianismo jurídico: LARENZ, DE BINDER, SCHÖNFELD; y los del retorno a la teoría de los valores y a la fenomenología: BOLZANO, BRENTANO, HUSSERL, MAX SCHELER (estudiado por Juan Pablo II con detenimiento), REINACH, HEIDEGGER, RICOEUR; y los existencialistas: KIERKERGAARD, JASPERS, FECHNER, WELZEL, MAIHOFER]; todo este inmenso cúmulo de autores y doctrinas nos presenta VALLET en el capítulo II.

No es menor el elenco que aparece en los demás capítulos del mismo título IV, en los que el autor estudia las corrientes iusnaturalistas que inciden en la ciencia del derecho (desde ARISTÓTELES a SANTO TOMÁS, de ULPIANO a DEL VECCHIO, de HAURIU a RENARD, de JOSSE RAND a LECLERQ, y al iusnaturalismo práctico español desde CASTÁN a DE CASTRO) y las corrientes doctrinales históricas e historicistas del derecho con sus diversas escuelas, especialmente la alemana y su influencia en los códigos y legislaciones, también en el Código Civil español y en las Compilaciones forales. De la concepción tradicional histórica de los territorios históricos de derecho especial foral, VALLET nos presenta un resumen de lo que él mismo había estudiado, más extensa y específicamente en sus otros valiosos trabajos sobre las fuentes y perspectivas históricas en los derechos de Cataluña, Aragón, Navarra, etc.

Si hasta aquí el autor describió las tendencias de la doctrina hacia el positivismo legalista y el conceptualismo dogmático, en el capítulo V de este título IV, nos expone las reacciones de la ciencia del derecho en el siglo XX en direcciones opuestas a las referidas en el siglo XIX; es decir, el retorno a considerar la ciencia del derecho orientada a la justicia en sus concreciones prácticas; con precedentes en las anticipaciones de GIERKE, GÉNY y COSTA, entre otros juristas. La escuela de la llamada “jurisprudencia de intereses” (HECK, IHERING) encamina el derecho en dirección opuesta al conceptualismo dogmático, aunque no sale del positivismo legalista hasta que por influencia de las teorías de RADBRUCH y STAMMLER se transforma en la “jurisprudencia valorativa”, a su vez con tendencias diversas de valoración: la naturaleza de las cosas, los principios supraliberales, etc.

En este denso capítulo, VALLET recoge la influencia de ROSCOE POUND en el derecho angloamericano al enlazar el originario “*common law*” con la consideración del derecho como ingeniería social; la propuesta de BIONDI para el pleno retorno a la ciencia del derecho como ciencia de lo justo; y al desarrollo de esa propuesta en los trabajos de MICHEL VILLEY; autor que, como dice VALLET, “no combate sólo la dogmática conceptualista y el positivismo legalista, sino que apunta a su misma raíz, que se halla en el nominalismo, de la cual brotaron aquéllos, pero también los empirismos, los racionalismos idealistas, los formalismos constructivistas”.

Como una síntesis de todas las doctrinas y tendencias expuestas con anterioridad, en los dos capítulos últimos (VI y VII) del título IV, y ocupando 116 páginas, VALLET reúne, pienso que exhaustivamente también, las definiciones de la palabra “derecho” más representativas de las distintas corrientes de los siglos XIX y XX,

desde KANT a GÉNY, pasando por todos los autores y escuelas cuya doctrina se resumió antes (cap. VI); y las de los autores que en el siglo XX han tratado de salir del positivismo legalista, desde KANTOROWICZ a POUND, concluyendo con el intento de los más grandes juristas españoles de este siglo por definir el derecho sin perder su carácter de naturalmente justo (DE DIEGO, CASTÁN, DE CASTRO, DÍEZ-PICAZO, RECASENS, ROCA-SASTRE, PUIG BRUTAU y HERNÁNDEZ GIL); y con el retorno a la genuina definición del derecho (aristotélica-romana-tomista) por BIONDO BIONDI y MICHEL VILLEY, a la cual hay que añadir la de VALLET (el derecho es lo justo, *quod iustum est*, la cosa justa, *res iusta*). Siguiendo en parte la reflexión teórica de VILLEY, VALLET acentúa la determinación del derecho, que no lo halla únicamente en el *iudex* sino también mediante la configuración negocial y hasta unilateral, como expresa en la defensa constante que hace de la libertad civil (4).

El título V, último del libro, lo dedica el autor al repaso de las orientaciones de la metodología del derecho seguidas en el período de tiempo antes referido, comprensivo de los siglos XIX y XX. Es decir, el de la metodología en Alemania desde SAVIGNY a RADBRUCH; en Francia de GÉNY a CARBONNIER y VILLEY; en Italia de BONFANTE a CARNELUTTI; en Portugal de CABRAL DE MONCADA a BRONZE (capítulo I del título). Despliega (capítulo II) el panorama de los dos últimos siglos de la metodología de la ciencia del derecho en España desde COSTA a ENRIQUE GIL ROBLES, desde ALGUER, CASTÁN, BONET y HERNÁNDEZ GIL a DE CASTRO, BADENES, LOIS ESTÉVEZ y DE LOS MOZOS, estudiando de nuevo sus aportaciones metodológicas con gran amplitud y glosándolas de modo magistral y extendiendo las aportaciones metodológicas de los civilistas a los administrativistas GARCÍA DE ENTERRÍA, VILLAR PALASI y GALLEGO ANABITARTE; y la de algunos autores ibero-americanos, el brasileño REALE y el mexicano FIX-ZAMULIO.

En el capítulo III, último del título V y del libro, VALLET, en catorce páginas, vuelve de nuevo, a modo de propia conclusión, a concretar las líneas fundamentales de la *Wertungsjurisprudencia*, o jurisprudencia de la valoración, en la elaboración de la ciencia del derecho y su influencia en la metodología de muchos juristas actuales (COING, HENKEL, LARENZ, FIKENTSCHER), que dejando atrás la sistematización conceptualista de la pandectística alemana la sustituyen: de una parte en la *naturaleza de la cosa* y, de otra, en los *principios ético-jurídicos* y los *valores* inherentes que deben relacionarse con la valoración de los hechos. Un método, pues, filosóficamente idealista y realista en el nivel inferior de la naturaleza de la cosa (*Natur der Sache*), que diverge tanto de la perspectiva meramente idealista y racionalista de la escuela del derecho natural y de gentes, como la del realismo metódico de ARISTÓTELES, los juristas romano-clásicos SANTO TOMÁS y autores del *mos italicus*, a la que hoy se aproximan GÉNY, RENARD y ROSCOE POUND; y a la que trata de retornar plenamente MICHEL VILLEY. Esta visión realista considera el derecho fundamentado en el *ordo creationis* insito por Dios en la naturaleza de las cosas, de las cuales el hombre con su sentido natural y su razón, abstrae la determinación de lo que es justo o injusto, equitativo o inicuo, valiéndose de la mediación de principios, reglas, pautas valorativas, máximas de experiencia, costumbres, leyes y jurisprudencia judicial y científica. Y esta es la perspectiva con la cual

(4) CANTERO NÚÑEZ, E., *El concepto del derecho en la doctrina jurídica española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*. Ed. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p. 569.

entiende VALLET debe considerarse el derecho. Se trata, pues, de un retorno al pensamiento tradicional.

Un índice de autores (1580, salvo error en mi cuenta), con los nombres destacados en negrita y con exactas referencias a las páginas del texto, cierra este nuevo y hercúleo trabajo de nuestro compañero, notario y jurista completo, JUAN BMS. VALLET, al cual no parece puedan aplicarse las palabras del Libro Sagrado: "Puesto que mucha sabiduría trae consigo muchas obligaciones, quien acrecienta el saber debe acrecentar el trabajo" (5), puesto que tal deber VALLET lo cumple con creces y suma perfección.

Javier Nagore Yáñez

(5) *Eclesiastes*, 1,18.

EL CARÁCTER PROFESIONAL DEL NOTARIO. UNA PERSPECTIVA

JUAN-FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL

Notario

Profesor de Derecho Civil

El objeto de este “Observatorio Notarial”, no es otro que el recoger de manera abreviada y sucinta algunas novedades surgidas en algunos notariados en torno a cuestiones que puedan tener especial importancia, bien por su actualidad o bien por su especial significación para el notariado español.

No se trata, pues, de recoger la opinión propia sino las ajenas y aprovechar esas iniciativas para su posible incorporación vía legislativa o doctrinal a nuestro entorno jurídico.

Se está produciendo en el seno de los más importantes notariados europeos un reforzamiento del aspecto profesional de nuestra función, consecuencia por un lado de la evolución liberalizadora de los mercados que algunos incluyen dentro del fenómeno que denominan del “capitalismo tardío” y por otro lado efecto de la calidad que el consumidor exige cada vez más de los prestadores de servicios. Se trata de una evolución que ya constató con nitidez el **“Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de derechos de los ciudadanos sobre la situación y la organización del Notariado en los Estados miembros de la Comunidad”**, de 9 de diciembre de 1993, y la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la **“Situación del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad”** cuando señalaba como uno de los elementos comunes al notariado comunitario el de ejercer “una actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público bajo la forma de profesión liberal”. Es importante esta referencia porque determina perfectamente cuál es el ámbito estatutario en el que debe encuadrarse ese aspecto profesional: el propio de la delegación que el Estado hace de una parte de su soberanía, con el fin de asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas, y el control de su legalidad.

Cuando hablamos por tanto de **un reforzamiento del aspecto profesional**, nos estamos refiriendo a una consolidación de su papel de jurista cualificado, que asume la responsabilidad derivada de su trabajo profesional, y presta un servicio especializado a todo aquel ciudadano que solicita su intervención asesorándole con el mayor nivel de competencia posible en todos aquellos aspectos jurídicos que se relacionan, derivan y son consecuencia directa o indirecta del documento que autoriza y cuya legalidad controla. Documento cuya relevancia jurídica más eminente deriva, insistimos, de la delegación del Estado que ejerce quien lo autoriza.

Creemos oportuna esta aclaración, porque la interpretación que en algunos sectores metajurídicos se está haciendo, dirigida a entender que se es más profesional en cuanto más profesional libre se es, no sólo resulta equivocada en este caso sino contraria a la realidad. Entiendo por tanto que **el notario será más profesional en cuanto que sea cada vez más jurista**. Quizás a la postre ambas posturas coincidan en parte puesto que muchas características del profesional libre coinciden con las del jurista, pero estamos hablando de un jurista de unas características muy bien perfiladas en el seno de la Unión Europea. Junto a ello habrá que añadir que como todo profesional, mejor lo será en cuanto tenga una mayor competencia técnica y en cuanto desarrolle una más rápida adaptación a las necesidades del mercado y de los servicios, de acuerdo con su función pública.

Vamos a observar en breve panorámica algunas reflexiones al respecto, unas ya conocidas y otras recientemente incorporadas al mundo de la

información jurídica. El carácter breve y de simple comentario de estas líneas espero me eximan de referencias bibliográficas que lógicamente aportaré a los compañeros que tengan interés en ello, a fin de no hacer pesada su lectura.

1. La relevancia de la accountability y su relación con la profesión notarial

Con el término anglosajón de “**accountability**” se quiere hacer referencia en los ámbitos profesionales, a la íntima relación que debe existir entre la profesionalidad y la necesaria **transparencia y responsabilidad** que el profesional debe mantener en su actividad. **Transparencia** no sólo en cuanto al contenido, naturaleza y justificación de una profesión sino también en cuanto a su funcionamiento. Solamente así se justificará por parte de la sociedad su existencia y solamente así podrá garantizar una presencia real y no sólo artificial dentro de ella, como desgraciadamente sucede con otras profesiones jurídicas. En el caso del notario esta transparencia no parece que vaya a suponerle una especial dificultad a la hora de acreditarla. Diariamente pasan por los despachos notariales miles de ciudadanos que ante el propio notario, firman escrituras, piden su consejo y asesoramiento y reciben de manera palpable el resultado obtenido mediante la copia de la escritura, el dictamen solicitado o la resolución a su consulta. Pero la transparencia exige también desde el punto de vista económico la **racionalidad** del coste del servicio prestado y su absoluta claridad en la forma de su percepción.

La **responsabilidad** supone añadir al trabajo que se ha realizado, la seguridad al cliente de que va a recibir en perfectas condiciones el producto que ha adquirido, la escritura pública, y su sustitución indemnizatoria en caso de que a causa del servicio prestado no consiga el fin pretendido, o éste sea defectuoso. Indemnización que además deberá hacerse realidad por medio de procedimientos ágiles y efectivos. El prácticamente inexistente porcentaje de reclamaciones solicitadas al seguro de responsabilidad civil, en relación con el número de documentos autorizados, (por debajo del 0,0016%), demuestra que el sistema funciona, si tenemos en cuenta que el índice de reclamaciones de responsabilidad civil aumenta sin cesar en todas las profesiones y que en el caso de la profesión notarial ha habido en 1999, sobre 5.820.000 instrumentos, 70 reclamaciones, de las que sólo en nueve había responsabilidad del notario.

Se trata, por tanto, de apreciar el carácter recíproco con el que ambas características se predicen de la profesión y a su vez ésta conlleva. No existe profesionalidad si no hay transparencia y responsabilidad. Y ambas cualidades son exigibles de manera inmediata de cualquier actividad que quiera considerarse como profesional.

2. La libre elección del profesional como elemento de salvaguarda del interés general

Pero existe una tercera cualidad que es imprescindible para que pueda hablarse de profesional. Me refiero a la **libertad de elección**. No es posible aplicar la calificación de “profesional” a los miembros de una corporación que no permita al consumidor, al cliente, elegir a quien él prefiera, no sólo y fundamentalmente por razones de cualificación profesional sino incluso de amistad o familiares. Con ello no queremos decir que la libertad de elección del profesional sea buena o mala, simplemente queremos decir que no cabe aplicar a un jurista, a un arquitecto, a un ingeniero, el carácter de profesional, si no existe una garantía efectiva de libertad de elección.

Ciertamente, las características de cada profesión (en el caso de la notarial el ejercer una delegación parcial de la soberanía del Estado) determinan que entre todas ellas existan aspectos que permiten apreciar diferencias accidentales, como son el régimen de remuneración, el sistema de acceso, las normas disciplinarias, pero está claro que existen aspectos sustanciales que es decisivo observar para que se pueda aplicar a quien desempeñe determinadas actividades el carácter de profesional y quizás entre ellas la más importante sea la de que se garantice la libertad de elección.

Las razones son claras. **En primer lugar** porque como ha puesto de relieve **DI NUCCI** en su trabajo “Identità di una professione”, la competencia técnico profesional es perfectamente mensurable. Es decir, el cliente puede apreciar la capacidad y competencia profesional de acuerdo con los criterios y parámetros que mejor se adecuen a sus necesidades y elegir conforme a ellas quién quiere que le preste el servicio que pretende de acuerdo con las necesidades del caso. **En segundo lugar**, porque si incluso a nivel de los servicios públicos, en algunos países como Francia la jurisprudencia empieza ya a aceptar el principio de libre concurrencia, basándose en el hecho de que con ello se satisface de una manera mucho más efectiva el interés general, en aquellas profesiones como la notarial en las que se ha querido confiar a un jurista profesional el ejercicio de una función de indudable interés general, esa libre elección debe estar debidamente garantizada. ¿Y cuál es este interés general? La respuesta de **HADAS-HEBEL**, miembro del Consejo de Estado francés, es clara. El interés general no es el interés nacional. **Es el interés europeo.**

El tema es de gran importancia para el notariado puesto que incide de nuevo en dos aspectos cada vez más relevantes: la necesidad de proceder a una regulación a nivel comunitario de la libre circulación del documento notarial y su presupuesto previo, la necesidad de un conocimiento cada vez más profundo del Derecho Privado Comunitario y de las normas de conflicto. Pero desde el punto de vista que ahora nos interesa, lo que quiero destacar es que el interés europeo no puede desmarcarse del mantenimiento y protección del principio comunitario de la

libre competencia, y que en consecuencia los poderes públicos deberán procurar **para la mejor protección del interés general**, que en todas las actividades de carácter no funcionarial, quede debidamente garantizada la libre elección del profesional.

Y es que ambos principios están íntimamente unidos. El principio de libre elección de notario no puede desvincularse del principio de libre competencia, según afirmó hace ya tiempo la Resolución de la DGRN de 20 de junio de 1986. Es más. Ni siquiera queda desvirtuado, como señala la propia Resolución, por las normas de reparto desigual establecidas en el párrafo 3º del artículo 134 del Reglamento Notarial, puesto que éste siempre tendrá carácter excepcional y normalmente transitorio, y porque su existencia favorecerá la aplicación del principio de libre elección al prever con el mismo una “decorosa subsistencia” de los notarios de la plaza, que obvie cualquier desequilibrio en la prestación del servicio.

Precisamente ahí radica una de las razones por las que el régimen arancelario del notario debe ser fijo: evitar que por la competencia en los precios el servicio se deteriore, las demandas judiciales como consecuencia de ese mal servicio aumenten, y el nivel de conflictos jurídicos en el país se desborde. Al final el ciudadano tendrá que pagar tres veces más por conseguir un buen juicio (ya no digamos si es malo) que lo que pagaría por haber hecho una escritura.

3. El control de legalidad y su relevancia como aspecto consustancial de la profesión notarial

La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de enero de 1994, al señalar cuáles son las características de la actividad notarial, incluye junto a la asistencia preventiva e imparcial prestada a las partes interesadas para liberar a los tribunales, la de ser una delegación parcial de la soberanía del Estado, para asegurar el servicio público del establecimiento de los contratos, su autenticidad, **legalidad**, fuerza ejecutoria y probatoria.

Esta característica se destaca de un modo más evidente en la Declaración firmada en Madrid el 23 de marzo de 1990 por los Presidentes de los notariados de la Comunidad Europea, al señalar que el notario es el **autor** del documento otorgado de acuerdo con las partes y en consecuencia “responde de su total conformidad ante la ley en virtud de la misión de **control de la legalidad** que el Estado le ha conferido.”

Esta misión procede de antaño. Ya las Partidas (P13,18,1) señalaban en efecto, que “Escritura de que nace todo averiguamiento de prueba es toda carta que sea fecha de mano de escribano... que hayan sido **otorgadas con arreglo a derecho**” y ha quedado incorporada a la vigente Ley del Notariado en su artículo 1º: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, **conforme a las leyes**, de los contratos y demás

actos extrajudiciales”, y al vigente Reglamento Notarial por medio del artículo 145 “...el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la intervención notarial cuando... el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos». Precepto interpretado por la DGRN en el sentido de justificar la negativa a pretendidos otorgamientos cuando éstos o sus presupuestos adolezcan de un defecto legal que haga inviable el otorgamiento del instrumento público pretendido (Rs. 7-2-1994).

Control de legalidad que se inserta en el ámbito de la jurisprudencia cautelar que ejerce el notario, dentro de la cual, en opinión de **DÍEZ-PICAZO**, “**el Notario lleva a cabo asimismo un proceso de calificación, que es previo a cualquier otro, de la legalidad y de la licitud de los actos y contratos, debiendo rehusar la prestación de sus funciones en los actos de carácter ilícito.**”

No menos clarificadora es la opinión de PAU PEDRÓN cuando afirma que “la enérgica eficacia del instrumento público tiene su base en tres pilares fundamentales: la especial formación técnico-jurídica del Notario... la prestación necesaria, incondicionada, de asesoramiento,... y el **control de la legalidad**, que obliga al Notario a negar la prestación de su función cuando el acto o contrato en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la validez de los mismos” (*Prólogo a la Legislación Notarial*. Tecnos, Madrid, 1993, p. 20). Postura coincidente con la ya manifestada en su magnífica intervención en el “Seminario sobre Seguridad Jurídica” organizado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, en 1989, y editada junto a las demás ponencias, por el Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, p. 232, donde al analizar el contenido de la 1ª Directiva sobre sociedades deduce de su texto “dos rasgos de la escritura pública: que el Notario realiza un **control de la legalidad** antes de la autorización y que el Notario da fe del contenido de ella”.

En el fondo el control de legalidad por el notario forma parte de su función de *gatekeeper* (guardabarreras) tan magistralmente estudiado por **CÁNDIDO PAZ-ARES** en relación con la profesión notarial y que trata de “asegurar el cumplimiento o realización del derecho y de este modo minimizar los efectos externos negativos que pueda tener la transacción sobre terceras partes” ...añadiendo: “la denegación de cooperación –la denegación del ministerio– es justamente la forma que tiene el Notario de contribuir a la realización del Derecho. Es la forma más discreta y menos agresiva de realizar **el control de legalidad** de la actividad privada... El Notario es, pues, un gatekeeper y yo diría más: es la figura arquetípica del gatekeeper.” Y concluye: “**el control (pasivo) de la legalidad constituye –según se ha dicho con acierto– la espina dorsal de los sistemas del Notariado latino.**” (*El sistema notarial. Una aproximación económica*. Madrid, 1995, p. 92).

I. EL NOTARIO Y LAS TRANSACCIONES JURÍDICAS ELECTRÓNICAS

Informe de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) (Buenos Aires, REP. ARGENTINA, 18 de septiembre de 1998)(*)

Comentarios preliminares

La Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la UINL ha estudiado las cuestiones surgidas en torno a las transacciones jurídicas por vía electrónica y ha afirmado claramente que las mismas constituyen un tema de suma importancia para el notariado. La comisión se ha propuesto las siguientes tareas:

- definir y difundir las funciones notariales en el marco de las transacciones jurídicas por vía electrónica;
- elaborar recomendaciones en procura de prácticas notariales uniformes en las transacciones jurídicas por vía electrónica a nivel mundial;
- elaborar propuestas para una formación notarial básica en materia de transacciones jurídicas por vía electrónica;
- proveer de información a todos los notariados que lo soliciten;

(*) Publicado en la *Revista Internacional del Notariado (RIN)*, número 97 (año 1999 - primer semestre), pp. 126-132, y número 98 (año 1999 - segundo semestre), pp. 134-139.

- desarrollar el concepto de una infraestructura notarial de seguridad a nivel mundial, basada en las estructuras internacionales (UINL) a la cabeza, y cuerpos nacionales (Consejos Nacionales) y notarios de los estados miembros como base.

Luego del análisis de los elementos que ha tenido a su disposición, la Comisión ha concluido que las bases técnicas de las transacciones jurídicas electrónicas y las oportunidades que éstas abren al notariado de todo el mundo están evolucionando rápidamente en cuanto a sus estructuras fundamentales. La diversidad existente entre los sistemas jurídicos se manifiesta igualmente en el ámbito de las transacciones jurídicas por vía electrónica. A título de ejemplo, podemos citar los requerimientos de la forma escrita, que incluso hasta ahora se han sustentado en diferentes circunstancias prácticas. Con relación a si los documentos electrónicos pueden ser considerados documentos escritos, existen, de *lege data*, respuestas muy diferentes. Asimismo, la viabilidad de los documentos en soporte papel y de los documentos electrónicos como medios de prueba varía de forma considerable de un sistema jurídico a otro. Desde el punto de vista notarial, la posibilidad de utilizar documentos electrónicos está ligada a la cuestión de saber si la comunicación de diferentes interlocutores se efectúa por vía electrónica. En lo que concierne al documento notarial, que reposa en la forma escrita, se ha podido establecer como posición común del grupo de trabajo que, en principio, el documento electrónico y el documento notarial no se excluyen mutuamente (basándose en el hecho de que la distinción entre el simple documento escrito y el notarial radica en la sustancia –intervención notarial– sobre la forma –documento en soporte papel–), además de que la creación de un documento notarial electrónico resulta indispensable para aquellos casos en que el estado lo requiera (registros públicos, relaciones de derecho administrativo entre las autoridades y el notario). Más aún, en el ámbito de las transacciones jurídicas en general, existe la necesidad de contar con documentación electrónica segura que acompañe a los servicios jurídicos en el sector no contencioso, necesidad que los notariados deben satisfacer en conformidad con sus respectivas legislaciones. En tal sentido, es función de las organizaciones profesionales nacionales desarrollar una infraestructura técnica de certificación notarial, así como prepararse para responder ante cualquier requerimiento en materia legislativa.

El grupo de trabajo ha elaborado el presente documento con el objeto de colaborar con los estados miembros en la puesta en marcha de las acciones necesarias a nivel nacional y planear los próximos pasos. Los comentarios de los notariados miembros relativos al contenido del presente documento serán tenidos en cuenta en la elaboración de los futuros trabajos a realizar por la comisión y en la actualización del presente documento.

A. Introducción

I. Características de las transacciones jurídicas electrónicas

La creciente sustitución de la escritura en la vida legal y de los negocios ha hecho que las ventajas y riesgos típicos de las declaraciones realizadas por vía electrónica sean evidentes para todo el mundo. En efecto, el documento electrónico, si bien de una naturaleza menos tangible que el documento en soporte papel, no ha perdido por completo su esencia corporal. Permite su reproducción a voluntad y ser transportado en cuestión de segundos, sin importar la distancia. Es volátil y puede ser manipulado fácilmente. En tanto que el emisor de la declaración no resulte visible, la información también puede ser fácilmente manejada. Por lo expuesto, el destinatario de una declaración electrónica no puede confiar en la identidad de su interlocutor ni en la autenticidad del texto que le ha sido transmitido.

Visto las considerables ventajas económicas que su utilización implica, se tiende a dejar de lado por un instante los inconvenientes planteados, para reconocer que las garantías de seguridad tecnológicas y jurídicas disponibles son superiores a aquellas que se aceptan para el mundo papel. Sin embargo, dada la naturaleza revolucionaria de esta tecnología, se deben tomar medidas tendentes a lograr su perfección, a fin de evitar que estas herramientas tan ventajosas puedan ser destruidas por la crítica. La única objeción a la demanda de medidas que procuren dotar a dichas soluciones de mayor seguridad jurídica, demandas que día a día se hacen escuchar con más fuerza, se basa en que el mundo de los negocios únicamente aceptará regulaciones simples y sin grandes exigencias.

Los técnicos sugieren diversos mecanismos y alegan que dichos mecanismos pueden resolver los problemas derivados de la necesidad de garantizar la identidad y la autenticidad en el marco de las transacciones por vía electrónica. La firma digital es considerada la técnica que permite alcanzar dicho objetivo. Sin embargo, esta tecnología únicamente puede operar a gran escala en tanto que se desarrollen e introduzcan en paralelo medidas técnicas estandarizadas, una legislación especial y una infraestructura de seguridad.

II. Funcionamiento de la firma digital

La firma digital se basa en el axioma matemático que establece que siempre resulta posible obtener el producto de dos factores dados, incluso en el caso de números primos grandes, en tanto que aún no ha sido descubierto el proceso aritmético que permita rápidamente dividir el pro-

ducto (conocido) de dos números primos grandes (desconocidos) en sus factores. Dado que el producto y los números son suficientemente grandes, la división basada en prueba y error sólo es posible con un esfuerzo de cálculo muy grande.

Introducción a la criptografía

Gilbert desea enviar un documento a Nancy.

Gilbert y Nancy desean que se cumplan los siguientes principios:

- Confidencialidad.
- Integridad.
- Autenticación de los interlocutores.

La criptografía permite la implementación del comercio electrónico. Tradicionalmente, la criptografía consiste en la técnica de proteger el secreto de un texto convencional, secreto conocido únicamente por la persona que lo ha escrito y por la persona destinada a leerlo. Dado que el código utilizado para encriptar el texto debe ser compartido por estas dos personas, el sistema es conocido como “sistema de clave simétrica”. Este sistema responde a los siguientes criterios:

a) la confidencialidad está garantizada por el hecho de que la lectura del texto no puede ser realizada por quien no posea el código de cifrado;

b) la integridad del mensaje está garantizada por el hecho de que su alteración lo torna indescifrable para el destinatario, aun en el caso de que la alteración provenga de un desconocido;

c) la autoría del mensaje está garantizada por el conocimiento del destinatario de que sólo el autor se encuentra en posesión del código, y, por lo tanto, descifrar el mensaje constituye la prueba de su procedencia.

La criptografía

Definición: es el arte de proteger el secreto de un texto por medio de una escritura convencional conocida únicamente por la persona que lo redacta y por la persona que lo lee.

Sin embargo, la criptografía de clave simétrica presenta varios inconvenientes.

Sistema de claves simétricas

Inconvenientes:

- la comunicación de la clave compartida debe realizarse por medio de un canal seguro;
- se necesita una clave diferente para cada par de interlocutores.

Para n pares de interlocutores se necesitan $n(n-1)/2$ claves simétricas distintas; la comunicación debe establecerse por medio de un canal seguro entre interlocutores que se conocen entre sí, de otra manera, la eventual interceptación impediría la utilización sucesiva; el número de claves requeridas aumenta proporcionalmente al número de conexiones que cada persona desea mantener: una llave para cada par de interlocutores, seis llaves para dos pares, 499.500 para 1.000 pares.

El sistema de clave asimétrica ha puesto remedio a los inconvenientes enunciados.

Sistema de claves asimétricas

En este sistema, cada usuario detenta un par de claves distintas y relacionadas entre ellas:

- la clave pública, que puede ser divulgada;
- la clave privada, conocida y conservada únicamente por su propietario.
- No resulta posible conocer la clave privada a partir de la clave pública.
- Es posible cifrar con la clave pública y descifrar con la clave privada y viceversa, cifrar con la clave privada y descifrar con la pública.

Este sistema permite a cada usuario hacer suyos un par de claves inseparables e íntimamente relacionadas entre sí: una clave denominada “secreta” o “privada”, destinada a ser conservada en forma reservada por su titular; otra clave denominada “clave pública” destinada a su difusión y publicación.

Las características matemáticas de este par de claves son tales que:

- el conocimiento de una de ellas no permite el conocimiento de la clave que le corresponde;
- se puede descifrar con una clave el texto cifrado con la otra;
- cualquier otra clave que no haya sido creada en correspondencia con la clave del par utilizada para la codificación no puede descifrar el texto;

- toda alteración –incluso un solo *bit* del texto cifrado–, será detectada por la aplicación de la clave correspondiente.

Como se puede notar, la utilización de las claves de codificación cubre perfectamente dos de los tres principios esenciales: seguridad e integridad. Sin embargo, no cumple con la tercera condición, es decir, la autoría: resulta evidente que, utilizando los caracteres de la ilustración, si Chuck quiere hacer creer a Nancy que el mensaje enviado pertenece a Gilbert, debe asegurarse de que Nancy reciba una clave pública generada a nombre de Gilbert. Luego, cada mensaje encriptado con esta clave será recibido por Nancy como enviado por Gilbert, sin que ella tenga la posibilidad de darse cuenta de que en realidad el mensaje no ha sido encriptado y enviado por Gilbert, sino por Chuck.

Lo expuesto demuestra que el comercio electrónico requiere de otro elemento: la Autoridad Certificante.

La Autoridad Certificante tiene como objetivo primordial:

- controlar si la clave pública pertenece a la persona que dice ser su titular, por medio de la identificación física realizada con anterioridad a la utilización del par de claves;
- certificar el procedimiento de identificación;
- publicar la clave pública en un repertorio o registro especial;
- administrar el proceso en general, de manera que implique una revisión periódica del proceso de identificación y verificación;
- proceder a la inmediata publicación de toda causa de extinción, suspensión, revocación o modificación de la clave pública.

Cumplido el proceso de identificación y publicación, tanto Gilbert como Nancy podrán estar razonablemente seguros de la procedencia de un mensaje, cada vez que sea descifrado con la clave pública que corresponde a la clave privada perteneciente al emisor.

Sistema de claves asimétricas: utilización

Gilbert desea garantizar a Nancy la autoría del documento.

Gilbert cifra el documento con su propia clave privada y lo envía a Nancy.

Gilbert envía un documento a Nancy, y desea garantizarle la procedencia del documento: lo encripta con su clave privada y lo envía por intermedio de la red.

¿Cuál es la clave pública de Gilbert?

Autenticación de interlocutores: Nancy está segura de que el documento le ha sido enviado por Gilbert (sólo él conoce su clave privada) y de que el documento no ha sufrido alteraciones.

Luego de haber recibido el mensaje, Nancy procede a descifrarlo aplicando la clave pública de Gilbert, obtenida del registro publicado por la Autoridad Certificante. De esta forma se cumplen dos condiciones:

- **autoría:** el resultado positivo del proceso de descifrado mediante la utilización de la clave pública de Gilbert (que corresponde a la clave pública con la que él ha cifrado el documento) constituye la garantía de su procedencia;
- **integridad:** el resultado positivo del proceso de descifrado garantiza que el mensaje no ha sido alterado (ni un solo *bit*).

Como se puede observar, la primera condición, confidencialidad, no se cumple en esta primera hipótesis de utilización; sin embargo, toda vez que la función notarial está dirigida en general a actos destinados a tener publicidad y no a tratamiento confidencial, la presente descripción no planteará la posibilidad de hacer al documento absolutamente ininteligible a terceros.

En la síntesis realizada hemos simplificado el sistema criptográfico: dado que cualquier persona puede consultar el registro de claves públicas, resulta innecesario el encriptado de la totalidad del documento con la clave privada. Otra característica del sistema resulta necesaria para lograr cumplir con los principios de autoría e integridad: el sistema conocido como *hashing*, la compresión o resumen del mensaje que produce la firma digital propiamente dicha.

La firma digital

Se obtiene asociando el sistema de claves asimétricas a una codificación *hash* (resumen) del documento a enviar.

La función *hash* produce el *message digest*, una suerte de resumen digital del mensaje.

La función *hash* implica que la clave privada no se utiliza para codificar todo el mensaje, sino para obtener un resumen encriptado del mismo. A este resumen del mensaje (que se encuentra encriptado, a diferencia del texto íntegro que lo precede y que se encuentra en texto claro) se aplica la clave pública correspondiente a efectos de asegurar su procedencia e integridad.

Firma digital: utilización

a) Gilbert firma digitalmente el documento y envía a Nancy el texto plano del documento conjuntamente con la firma digital.

En la práctica, Gilbert, luego de crear el resumen del documento que enviará a Nancy, sólo deberá codificar este resumen. Dicho resumen encriptado constituye la firma digital que acompañará a cada documento.

b) Nancy codifica el texto claro recibido con la misma función *hash* utilizada por el emisor y descifra la firma digital con la clave pública del emisor.

La computadora de Nancy recibirá el documento de Gilbert íntegro, perfectamente legible y sin codificar, seguido de un mensaje encriptado (firma digital) al que Nancy aplicará la clave pública de Gilbert.

c) A efectos de controlar el procedimiento, el programa dará a Nancy el resultado de la verificación, notificando si el proceso ha concluido válidamente y por lo tanto el documento pertenece a Gilbert y no ha sufrido alteraciones, o si la verificación resultó negativa, ya sea, a) por no provenir el documento de Gilbert, b) habiendo sido enviado por Gilbert, ha sido alterado por terceros, de forma tal que el texto claro no corresponde al resumen encriptado (firma digital) adosado debajo del documento, o c) debajo del mensaje de Gilbert ha sido agregada una firma digital creada con la clave secreta de Gilbert pero agregada a otro documento, del cual ha sido extraída para ser insertada en el documento que estamos examinando. En este último caso, dada la total ausencia del procedimiento de encriptado, no existirá certeza alguna acerca de su procedencia. En este estado, resulta evidente la necesidad de certificación por parte de las diferentes autoridades certificadoras, a efectos de que sus clientes puedan interactuar entre sí y, sobre todo, a fin de que los usuarios de un país puedan comunicarse con usuarios de otros países.

Autoridad certificante: interoperabilidad

Esta infraestructura de certificación crea nuevas posibilidades para el notariado, que podrá proponerse como garante de la procedencia de actos públicos de un estado a otro, brindando a la función notarial la plenitud y prestigio de los que ha gozado en la era del papel. Este procedimiento aporta, en teoría, una solución al problema de la determinación de la identidad y autenticidad antes descritas. Sin embargo, presenta las siguientes debilidades:

- Primero, no resulta posible determinar exactamente qué tipo de manipulación ha tenido lugar; una verificación negativa descalifica la totalidad del mensaje.

- La fiabilidad de los componentes técnicos, así como la confianza en la actividad ejercida por la instancia de certificación, juegan un papel decisivo en la determinación del nivel de confianza atribuible al resultado de la verificación.

- El principal inconveniente que en la actualidad presenta este procedimiento radica en el hecho de que sólo permite deducir la identidad del emisor de manera indirecta. Podemos comparar este problema con lo que sucede cuando una persona, por ejemplo, ha hecho una llamada telefónica desde un número determinado o bien cuando las extracciones de una cuenta bancaria han sido realizadas con una tarjeta “EC”, extracción que el titular de la tarjeta puede desconocer. Esta interfaz entre el hombre y la máquina puede ser eliminada en los próximos dos o tres años mediante la utilización de procedimientos biométricos. Los códigos secretos serán almacenados en tarjetas inteligentes; para su utilización, el tenedor deberá identificarse con la misma tarjeta por medio de sus huellas dactilares, análisis de retina u otra característica corporal similar. En orden a asegurar el documento en forma independiente del sistema, debemos estar en condiciones de integrar estas formas de identificación en el algoritmo de firma digital, de forma tal que el documento electrónico pueda ser evidente por sí mismo como el documento en soporte papel lo es en la actualidad, y no simplemente contentarnos con la utilización de técnicas biométricas para negar acceso al sistema a aquellos que no cumplan los parámetros fijados.

Según los técnicos, el sector comercial y autoridades nacionales de seguridad, la firma digital presenta en la actualidad un grado de seguridad preferible al de la forma escrita, y se aproxima a la seguridad de la certificación de firmas. Con la utilización de sistemas biométricos se espera que las firmas digitales alcancen finalmente un mayor grado de seguridad que la certificación de firmas. En este contexto, no se ha puesto demasiada atención en el hecho de que la certificación de firmas se realiza y acompaña a cada operación de firma, mientras que el certificado de clave pública se emite una sola vez, agregándose a las futuras firmas. Una solución que podría acercarse a la certificación de firmas sería el denominado *transactional certificate*, cuya utilización es requerida para determinadas operaciones relacionadas con el interés general. La importancia de estos procedimientos para el documento escrito y el documento notarial resulta evidente. Además de ello, las dudas se plantean en torno a quién ejercerá en el futuro las funciones propias de las autoridades

des certificantes. Finalmente, se plantea el tema del grado de informatización que la administración de justicia preventiva puede o debe alcanzar, y del grado de seguridad técnica necesaria para ello (informatización de registros públicos, por ejemplo). Debemos, asimismo, señalar que ya disponemos de una buena demostración acerca de la posibilidad de extender la utilización del documento electrónico a la jurisdicción contenciosa (ver la experiencia de la Judicial EDI en el estado de Utah).

Traducción: Not. Mauricio Devoto