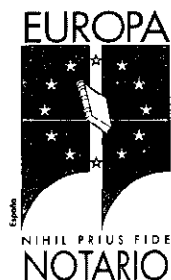


REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

OCTUBRE - DICIEMBRE 2000



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 36, octubre-diciembre 2000

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

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

Consejo de Redacción

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

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

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

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

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
BLANQUER UBEROS, Roberto: “Desde la accesoriedad de la hipoteca a la accesoriedad del crédito. Los problemas de una inversión”	9
BOLÁS ALFONSO, Juan: “Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial”	31
CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: “El derecho judicial, fuente positivadora del ordenamiento. Un concepto postkelseniano de derecho”	65
CERDÁ GIMENO, José: “Una recapitulación sobre un tópico permanente y un recuerdo de un influyente jurista (en torno al tema de la codificación y a la figura de Don Antonio Hernández Gil)”	105
GARRIDO DE PALMA, Víctor M.: “La sociedad de responsabilidad limitada, cinco años después. ¿Principios configuradores?”	195
PÉREZ PASCUAL, Eduardo: “La Ley de Propiedad Horizontal. El nuevo papel del Presidente, el Vicepresidente, el Secretario y el Administrador”	223
SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, Alberto: “Notario & Notario, C.B. (En torno a las sociedades profesionales entre notarios)”	243
SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “Responsabilidad civil notarial”	261

PRÁCTICA NOTARIAL

BELDA CASANOVA, César: “La adjudicación o participación homogéneas”	287
IRURZUN GOICOA, Domingo: “Reflexiones suscitadas por la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000”	303
POU AMPUERO, Felipe: “Donaciones hechas por una SA”	307

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado. (Crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala 1ª del TS)”	313
Texto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de junio de 2000	327

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

TENA ARREGUI, Rodrigo: “Protección de los consumidores. Especial referencia al «time-sharing»”, conferencia pronunciada en el seminario “Futuros desafíos para el notariado europeo”, Academia de Derecho Europeo, Bruselas, 20 de septiembre de 2000	335
Conclusiones de la IX Jornada Notarial Iberoamericana, Lima (Perú), 12, 13 y 14 de octubre de 2000	343

DESDE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA A LA ACCESORIEDAD DEL CRÉDITO

Los problemas de una inversión (*)

ROBERTO BLANQUER UBEROS
Notario

Excelentísimos e Ilustrísimos señores:

Señoras y señores; compañeros juristas y notarios (empleo el neutro, comprensivo de femenino y masculino):

Cumplido el trámite formal permítanme que me dirija a Vds. como amigos, pues sólo la amistad puede explicar que hayan decidido contraer el riesgo de acompañarme en este acto, por lo que les quedo especialmente agradecido, singularmente al Secretario de Estado de Justicia y al Decano Presidente del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles por su amabilidad al acompañarnos.

A la Junta de la Academia Matritense del Notariado y a la Junta directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid les atribuyo exceso de confianza al invitarme una vez más a ocupar esta silla; espero no defraudar su confianza.

(*) Conferencia de clausura del curso 1999/2000 de la Academia Matritense del Notariado, en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 18 de mayo de 2000. Pendiente de publicación en los Anales de la Academia.

Tengan Vds. por seguro que la amable presentación que ha hecho nuestro Decano, Don Juan Bolás Alfonso, ha estado presidida por su afecto hacia mí, al que lealmente correspondo.

Había manifestado a la Junta de la Academia mi preocupación por la materia que ahora voy a expresarles y mi interés por su estudio, y a la vez mis dudas acerca de la prudencia de su exposición; estas dudas iniciales quedaron despejadas por mi absoluta incapacidad para excusar cualquier requerimiento de trabajo recibido desde las altas instancias del notariado, pero no han hecho sino incrementarse durante el tiempo dedicado a preparar esta intervención. El tema del que quería ocuparme, el enfoque de las cuestiones que plantea y la obtención de alguna conclusión, me ofrecían perspectivas y sugerencias diversas al ir transcurriendo el tiempo dedicado a la recopilación de información y de conocimientos a través del cual iba tomando cuerpo el desarrollo de mi pensamiento. La dimensión del texto que iba surgiendo unida a la convicción segura de los matices y detalles que quedaban pendientes de componer, me ha inducido a ofrecerles la exposición reducida de mis reflexiones, una síntesis del pensamiento o de las convicciones que he ido acumulando a lo largo de mis trabajos de preparación.

Por otra parte, lo confieso sin reserva alguna, he aceptado la ocurrencia de construir mi intervención al dictado del criterio que les he manifestado porque en mis trabajos preparatorios, que confío rematar, no he profundizado en las diversas construcciones doctrinales, ni en su análisis ni en el debate que pueden provocar, sino que he tratado de desarrollar mis argumentos, aunque a buen seguro Vds. apreciarán la posición que adopto respecto de las doctrinas tenidas como dogmas al recibir mis opiniones y puntos de vista en la exposición que sigue. Ello es consecuencia natural de la idea básica a la que ha obedecido mi preocupación al escoger el tema y que, por natural consecuencia, ha presidido las reflexiones que he plasmado en mi trabajo. Mejor que una detallada exposición, que resultaría prolija e inapropiada en una conferencia, de las distintas cuestiones del nivel operativo y práctico a las que he dedicado atención cuyo estudio y presentación, repito, espero poder concluir, les expondré retazos, que creo significativos y sugerentes de las ideas generales en las que se apoya mi pensamiento.

I. La accesoriidad de la hipoteca

No nos cabe duda alguna, a ninguno de nosotros, de la altura a la que llega el pensamiento jurídico al delimitar y matizar el concepto de hipoteca; se puede decir que se llega al más alto nivel en el mundo de la cultura

del derecho. No voy a caer en la tentación de entrar en ese nivel, en el mundo de las teorías destinadas a explicar la hipoteca mediante el análisis de los preconceptos que son el punto de partida de las reflexiones de los estudiosos; entiéndase bien, no es que vaya a prescindir de lo que la hipoteca significa en la teoría del derecho, ni de las construcciones realizadas acerca de la hipoteca y de los correspondientes desarrollos según la lógica dogmática, que los tengo bien presentes en cuanto precisos como bagaje intelectual y sustento del pensamiento, o provocadores de reflexión y de crítica. Pero debo advertir, quizá repetir, que no voy a reflexionar acerca de los conceptos, de las construcciones y de la labor deductiva sino que voy a tratar de trasladar a Vds. mi pensamiento desde la realidad del tráfico, en un intento de proporcionar una adecuada respuesta a sus demandas desde la perspectiva del derecho. Insisto que me sitúo, o trato de situarme, en el punto de vista de los partícipes en el tráfico, que nosotros llamamos tráfico jurídico y que desde otros lugares o perspectivas llaman tráfico económico, por lo tanto, teniendo en cuenta el observatorio desde el que trato de construir mis reflexiones puedo llegar a decir cosas o a apuntar ideas que pueden parecer, o resultar, heterodoxas según los criterios de lo que por algunos, o más bien por muchos, se considera como la más depurada construcción técnica y a la vez como la más elegante expresión de la dogmática jurídica.

La razón de ser de la hipoteca está en la seguridad; en la seguridad patrimonial proporcionada por la jurídica resultante de la regulación legal de la hipoteca. Primera advertencia, la hipoteca, como institución jurídica o tipo legalmente configurado, nace, o se regula, con la finalidad de proporcionar seguridad a algo que está fuera de la hipoteca, a la obligación principal cuyo cumplimiento asegura. Segunda advertencia: la certeza de una afirmación que asevera la necesidad de que un instrumento de seguridad sea en sí mismo seguro no justifica que el trato y consideración que debe prestarse a la seguridad atribuida al instrumento se sobreponga, llegue a sobreponerse, a su propia finalidad que consiste en proporcionar seguridad a lo principal, a aquello que debe resultar asegurado. Dicho de otra manera, debe evitarse que el mismo prestado a la configuración técnico-jurídica del instrumento de seguridad conduzca a un perjuicio o a una disminución de la seguridad proporcionada a aquello que se pretendía asegurar.

II. Los elementos de la función de seguridad

La función de seguridad se realiza mediante un instrumento idóneo para prestar seguridad a una realidad, que está fuera de él, que se preten-

de asegurar y resulta asegurada. Claramente se perciben dos elementos: el que presta seguridad y el que la recibe. Y no podemos ignorar que si la índole natural del elemento que presta la seguridad debe venir determinada por aquello que debe resultar asegurado, no es menos cierto que su estructura y sus características, las del instrumento de seguridad, condicionan la manera de prestarla y los resultados que puede proporcionar en beneficio de aquello que asegura.

Vamos, pues, a hacer un somero repaso de las notas que resultan de la índole de la hipoteca como instrumento de seguridad. La intención de síntesis no es tan intensa como para evitar que este diseño de la hipoteca, vista con sentido práctico, se refiera a diversos momentos de su vida y a su coordinación cronológica con la vida de aquello que asegura.

Se constituye sobre un bien o derecho, y en adelante sólo emplearé la palabra bien como expresión de cualquier objeto que sea materia de la hipoteca o me referiré, usando una expresión propia del Código civil, a la cosa en que consista; a este bien, a consecuencia de la constitución de la hipoteca, se le atribuye una determinada situación actual que tiene una natural proyección en el futuro; el bien hipotecado queda sujeto, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación asegurada (me permitirá ahorrar las citas legales, bien conocidas por todos Vds.). Esta primera nota, la de sujeción, se valora de ordinario en frentes o aspectos positivos; en efecto: la hipoteca prévalece sobre cualquier derecho, carga o gravamen posterior sobre la cosa dada en hipoteca; pero no deja de tener un correlativo aspecto negativo; el bien hipotecado, sujeto a la seguridad de una obligación, queda sustraído, si no en su íntegra identidad sí en cuanto al importe de la garantía que presta, a la valoración global de la responsabilidad patrimonial del obligado, al menos en consideración a la eventual realización de la hipoteca. Este aspecto negativo de la sujeción hipotecaria se aprecia claramente al contrastarlo con la noción de los riesgos y con el criterio de su valoración en el mundo de los negocios o actividades propias de las empresas o establecimientos crediticios y financieros; la sujeción de un bien a una hipoteca provoca la reducción del crédito patrimonial de su propietario (de la confianza que despierta su situación patrimonial) y aumenta la estimación o cuantificación del riesgo que pueden generar otras operaciones que más adelante pudieran celebrar con él dichos establecimientos. Merece la pena recordar el reflejo que esta nota de sujeción, relacionada con la de preferencia, tiene en caso de declararse concurso, entendido como concurrencia general, de acreedores por la insolvencia de la persona de cuyo patrimonio forma parte el bien hipotecado, pues el normal funcionamiento del crédito, como confianza en la seguridad, demanda el respeto a las consecuencias de la sujeción y de la correlativa preferencia.

La segunda nota aparece con un cierto circunloquio: la hipoteca sujeta al bien en que consiste al cumplimiento de la obligación asegurada, pero la seguridad que proporciona la hipoteca sólo se realiza una vez que vencida la obligación resulta incumplida; en realidad la hipoteca no proporciona la seguridad del cumplimiento sino la seguridad de la satisfacción o del pago después de incumplida, exigible vencida y líquida, la obligación asegurada; por eso se ha podido decir que la hipoteca “sujeta al cumplimiento” en un sentido psicológico, puesto que al deudor le interesa cumplir la obligación asegurada para evitar las consecuencias del incumplimiento y de la realización de la hipoteca, y empleando términos de la realidad económica, resulta apropiado decir que la hipoteca sujeta con la finalidad de dar satisfacción o pago al acreedor que resultó insatisfecho por causa de incumplimiento en el momento debido u oportuno; en efecto, vencida e incumplida la obligación principal asegurada, la hipoteca faculta al acreedor al que presta garantía para provocar la enajenación de la cosa en que consiste como medio de poder ser pagado con el precio obtenido. Adviértase que la Ley a la vez que establece que pueden ser enajenadas las cosas en que consiste la hipoteca advierte que el acreedor que goza de la garantía hipotecaria no puede apropiarse ni disponer de ellas; no sólo se prohíbe su apropiación (tradicional proscripción del pacto comisorio) sino que también excluye la posibilidad de que la disposición se realice por el propio acreedor (expresa exclusión de la autocomposición de su interés por el acreedor mediante la gestión personal de la enajenación). En conclusión, la segunda nota de la hipoteca consiste en que atribuye la facultad de promover la enajenación del bien hipotecado en caso de que una vez vencida la obligación asegurada sea incumplida (por supuesto que en caso de incumplimiento no excusable); también esta nota tiene un aspecto contrario, al que no considero oportuno llamar negativo: en caso de oportuno cumplimiento de la obligación asegurada la hipoteca queda sin fundamento, sin razón de ser, extinguida la obligación asegurada queda extinguida la hipoteca y procede el reflejo registral de su extinción. El pagador tiene derecho a la cancelación de la inscripción de hipoteca, esto es, al reflejo registral de la extinción de la garantía, ya innecesaria; no parece que se haya encontrado el adecuado equilibrio entre el derecho del acreedor a la conservación de la garantía mientras no conste que ha quedado extinguida o que ha llegado a ser innecesaria y el derecho del deudor cumplidor a obtener la liberación del bien en que consista la hipoteca extinguida por el agotamiento de su función de garantía y la consiguiente recuperación de su nivel de crédito o de confianza patrimonial.

La tercera nota aparece al contemplar el destino que debe darse al precio obtenido mediante la enajenación: debe aplicarse en primer lugar,

empleando una expresión vulgar podríamos decir: antes que nada, a pagar al acreedor de la obligación principal, considerándose principal, tanto por nosotros como por la Ley, a toda obligación asegurada respecto de la hipoteca que la asegura; y también tiene esta tercera nota, como casi todo lo que se contempla con visión jurídica, su necesaria matización, que no es negativa ni es contraria a ese sentido propio pero que se hace precisa; ocurre esta matización en el caso de concurrencia de otros derechos, cargas o gravámenes que pesen registralmente sobre el bien que resulte enajenado para la efectividad de la hipoteca, los cuales en cuanto sean de rango posterior a ésta deben quedar extinguidos por consecuencia de realizarse la enajenación del bien hipotecado libre de tales derechos, cargas o gravámenes posteriores. El destino del precio y su aplicación ordenada según la prelación, de lo que se sigue el pago por el orden sucesivo determinado por el rango de los asientos y por la cuantía resultante de los importes consignados en cada inscripción; sin dejar de apuntar, pero sin entrar en ella, la problemática que aparece cuando se hubiesen trabado, por causa de sus deudas, los créditos del acreedor garantizado con hipoteca o de otro de los concurrentes.

III. Apunte de historia con llegada a la actualidad

No teman que entre a saco en la evolución histórica. En este punto me limitaré, también, a una breve exposición de lo que tengo por ocurrido en relación con cada una de las tres notas aludidas.

No es difícil apuntar cómo se ha perseguido a través de los tiempos la búsqueda de un instrumento o medio que permitiese lograr con seguridad la sujeción efectiva de un bien determinado hasta el momento de proceder a su enajenación en caso de incumplimiento de la obligación asegurada para, con el precio obtenido, pagar o satisfacer al acreedor. La estación de llegada de esta búsqueda está en el sistema de publicidad registral basado en la hoja representativa de la finca y en la eficacia sustantiva que proporciona a los títulos inscritos y a los derechos nacidos de ellos o constituidos en su otorgamiento. Resulta superfluo recordar las razones por las que la LH de 1861 fue publicada como ley especial sin esperar a la promulgación del Código civil; pero no resulta vano advertir que la coexistencia de la primera LH con el resto de la legislación que seguía vigente llevó a que el doble requisito de la escritura en la que se conviniera constituir la hipoteca y de su inscripción en el registro que establecía dicha ley se requiriese como necesario para que la hipoteca voluntaria “pueda perjudicar a tercero”; en efecto, la entrada en vigor de la LH de 1861 atribuía a la hipoteca inscrita efecto de sujeción en perjuicio de

tercero pero no impedía la contratación, valga la manera de decirlo, de hipotecas al amparo del resto de las leyes vigentes cuyos efectos no gozaban de las ventajas del amparo registral. Para estas hipotecas constituidas al margen del registro que estableció la LH de 1861 siguió rigiendo el principio de “reipersecutoriedad” operativo en el marco de las normas de procedimiento vigentes a la sazón; la traba del bien en que consistía esta clase de hipotecas se obtenía al tramitarse la demanda judicial de ejecución contra el deudor mediante el “embargo del bien hipotecado” y después de procederse a la enajenación del bien sujeto a la hipoteca contratada aunque no registrada se procedía a la liquidación de todas las cargas, incluida la hipoteca en concurrencia con las cargas anteriores y preferentes que se le anteponían en el pago, según la prelación resultante de las normas sustantivas aplicables. Sin olvidar que este sistema de liquidación se aplicaba a las hipotecas inscritas, si bien el rango registral determinaba la prelación de las cargas consideradas anteriores o preferentes.

El C.c., de conformidad con el espíritu de la codificación, vino a culminar el sistema excluyendo la posibilidad de hipotecas no inscritas de manera que existiese un solo tipo de hipoteca, y para ello atribuyó a la inscripción de la escritura en la que se hubiese constituido la hipoteca voluntaria carácter constitutivo o necesario para la existencia de la hipoteca. Volveré sobre ello. La inscripción del título constitutivo de la hipoteca es elemento constitutivo de la garantía; y, a la vez y además, elemento constitutivo de los efectos de la publicidad registral en beneficio del rango y oponibilidad de la garantía hipotecaria, al igual que ocurre con todos los asientos registrales, según los efectos propios de los de cada clase, en particular con los que son declarativos de la mutación jurídica inmobiliaria producida en el ámbito de la realidad del tráfico patrimonial y jurídico.

La nota referente a la enajenación de la cosa en la que consiste la hipoteca tiene un ritmo de evolución temporal diverso puesto que la LEC de 1881 no significó cambio en la forma o facultad de proceder atribuida al acreedor que usase o realizase una garantía hipotecaria, tanto si pudiese perjudicar a tercero por haberse practicado la necesaria inscripción de su título como había venido rigiendo para el caso ya no posible de no haberse inscrito el título. Subsistió en esencia el esquema tradicional: el acreedor disfrutaba de garantía con hipoteca y podía obtener su efectividad una vez incumplido su crédito; en efecto, una vez vencido podía proceder a reclamar por la vía del juicio procedente, declarativo o ejecutivo, la satisfacción de su derecho y llegado el trance de remate, una vez recorridos los trámites oportunos, se llegaba al embargo del bien hipotecado y a su posterior enajenación en pública subasta. De ahí, quizás, la convicción de que la enajenación de la cosa en que consiste

la hipoteca tiene las características propias de una actuación exclusiva de la autoridad judicial; puede considerarse fruto derivado de su trato como “ejecución”. Fue con ocasión de la reforma de la LH en 1909 que se produjo una innovación grande en este punto; y aludo a innovación porque sin derogar ni revocar ninguna de las normas de procedimiento entonces existentes y vigentes, introdujo el procedimiento judicial sumario, que vino a sumarse a los existentes ofreciendo al acreedor una posibilidad más. Sin entrar en detalles, este procedimiento sumario, también llamado hipotecario, vino a prescindir de los trámites de procedimiento previos a la decisión, o sentencia de remate y, en consecuencia, se ocupó de regular, con detalle que no nos corresponde estudiar, la enajenación de la cosa en que consiste la hipoteca según el cuadro resultante de los asientos extendidos en el Registro, prestando especial atención a las consecuencias de la extinción de los extendidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca que se realiza para proceder a la adecuada guarda de los derechos e intereses de las personas a cuyo favor hubiesen estado extendidos, mediante la ordenada aplicación del precio obtenido según la prelación correspondiente al rango de los asientos. También introdujo la LH de 1909 muy importantes novedades en relación a las consecuencias de la enajenación resultante del remate respecto de los derechos cuyos títulos hubiesen causado los asientos registrales anteriores o preferentes al de la hipoteca realizada; pero esto corresponde al tercer punto.

La enajenación de la cosa hipotecada produce efectos en dos frentes. Uno es el del destino del precio obtenido y otro es el de la manera en la que el rematante recibe la cosa enajenada en realización de la hipoteca, en particular en cuanto a su posición respecto de los derechos cuyos títulos hubiesen causado los asientos anteriores a la hipoteca. Me referiré a esta faceta en primer lugar, dejando advertido que cuando me refiero al “rematante” dejo incluido en esta expresión al “acreedor adjudicatario” en pago de su crédito pues a los efectos que interesan en este trabajo no parece necesario marcar diferencias. Desde la promulgación de la LH de 1861 y hasta la de su reforma de 1909, el bien enajenado por consecuencia del trance de remate en realización de la hipoteca era recibido por su adquirente libre de toda carga o gravamen; desde la LH de 1909 todo rematante, tanto en procedimiento regulado por la LEC de 1881 como en el sumario de la LH, recibe el bien gravado con las cargas anteriores y preferentes a la hipoteca que se realiza (la expresión “se ejecuta”, tan usual incluso en textos legales creo que facilita entendimientos erróneos), las cuales subsisten y deben ser soportadas por el rematante, pero lo recibe liberado de las cargas posteriores y de las de rango inferior; en consecuencia el trámite de liquidación de todas las cargas, que afectaba tanto a las anteriores como a las posteriores, mediante la aplicación orde-

nada del precio —primero las anteriores a la hipoteca, aunque no pudiera pagarse la obligación asegurada—, se modificó substancialmente y quedó reducido a la liquidación de las posteriores que deben quedar extinguidas, aplicando a esta finalidad el sobrante del precio después de hacer efectiva la garantía hipotecaria. Se dio por tanto pleno sentido al principio de perjuicio de tercero provocado por la hipoteca, o nacido de su inscripción, y al juego de sus límites, pues si bien es cierto que por su aplicación no puede resultar perjudicado quien tuviese un derecho anterior o preferente cuya existencia no sufre en modo alguno la realización de una hipoteca posterior, por el contrario sí perjudica a los de rango inferior cuya extinción se produce a consecuencia de la realización de la hipoteca, puesto que a su satisfacción se acude después del pago al acreedor garantizado con hipoteca, aplicándose al respecto el sobrante del precio por el orden determinado por el rango registral. El rematante que debe asumir expresamente (claro arrastre histórico) la sujeción del bien a los subsistentes derechos y cargas preferentes y anteriores (pero no las obligaciones personales que aseguren) tiene derecho a recibir el bien libre de las posteriores y de las de rango inferior y a obtener la correspondiente de los asientos que los contienen. Se atiende a la coordinación de la satisfacción en la medida de lo posible de los derechos de rango inferior con la cancelación de los asientos que los amparaban. Se aprecia con facilidad el primer frente; el precio del remate se destina preferentemente a pagar al acreedor que goza de la garantía de la hipoteca; más adelante trataré con detalle si el límite de preferencia que opera cuando concurren con él los titulares de derechos con rango registral posterior, frente a los cuales la hipoteca es preferente en los términos y cuantía expresados en su inscripción, debe operar también cuando no existen asientos posteriores y sólo concurre a la liquidación del precio de remate con el acreedor el propietario del bien enajenado por realización de la hipoteca.

Es oportuno señalar la llegada a la actualidad representada por la LEC ya promulgada, aunque está pendiente de llegar la fecha de su entrada en vigor.

La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (entiéndase que me refiero a ella cuando cite la LEC a secas) contiene unas llamadas disposiciones finales dedicadas a reformar otras leyes, entre ellas la LH. Precisamente aquellos preceptos de la LH calificados usualmente como normas procesales o de procedimiento. No afectan directamente a la sujeción que genera la hipoteca. En cuanto a la sujeción del bien en que consiste la hipoteca, confirman la situación resultante desde hace años por la acumulación de novedades aportadas por el C.c. y por la LH de 1909: la constitución de la hipoteca resulta desde la inscripción del título constitutivo y en esta inscripción se basa la posibilidad de un procedimiento de ejecu-

ción directa contra los bienes hipotecados para su realización; pero se introduce una novedad en los textos de la LH reformados por la Ley 1/2000; en efecto, en el nuevo artículo 130 LH se precisa que los extremos del asiento de inscripción de la hipoteca son la base de su realización. Aunque esta redacción atribuida al nuevo artículo 130 de la LH en la Ley 1/2000 tiene ciertas diferencias con los textos de la LEC, a la postre vienen a coincidir en cuanto a la práctica de las operaciones de liquidación del precio del remate y de su aplicación al pago de los titulares de los extinguidos derechos contenidos en los asientos posteriores cuya cancelación es procedente; en la LEC se regulan “las particularidades de la ejecución de bienes hipotecados” y se dispone que “la acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados” (destaco las expresiones “acción para exigir el pago” y “ejercitarse directamente”) y se establece que en el curso del procedimiento abierto por el ejercicio de dicha acción se procederá a la subasta de la finca o del bien hipotecado, pero finalmente se precisa algo que parece encorsetado por los términos de la inscripción: que el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; y añade que el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares inscritos o anotados sobre el bien hipotecado; y concluye, finalmente, que satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente del precio del remate al propietario del bien hipotecado. En mi opinión, se trata de la solución tradicional para la operación de liquidación de las cargas posteriores puesto que los límites de la garantía que proporciona la hipoteca son, a la vez, el punto de comienzo de la esfera de intereses propia de los asientos posteriores, perjudicados hasta el límite pero en su propio campo a partir del mismo.

En realidad la LEC no afecta a la sujeción y conserva la enajenación del bien hipotecado como modo de llegar a pagar o satisfacer al acreedor cuyo derecho no fue oportunamente satisfecho a su vencimiento. Pero de lo que hemos apuntado hasta aquí parece resultar que el importe o cuantía de la garantía, según la inscripción de hipoteca, sirve como límite a la posición o a la garantía a favor del acreedor siempre, tanto si procede la liquidación de cargas o derechos posteriores como si el propietario de la cosa enajenada en que consistía la hipoteca fuese el único que concurriría con el acreedor en el reparto o liquidación del precio del remate. Así nos lo parece confirmar el artículo 132 LH 00 (así la identificaré al referirme a los artículos reformados por la Ley 1/2000) puesto que de su apartado 3º resulta que para las inscripciones y cancelaciones a que den lugar

los procedimientos de ejecución directa de los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá al extremo de que lo entregado al acreedor no excede del límite de la cobertura hipotecaria por principal del crédito, por intereses devengados y por costas causadas; esta norma parece que viene a reiterar la dicción del artículo 130 LH 00 al expresar que los extremos del asiento de inscripción de la hipoteca son la base de su ejecución. Pienso que no obstante la generalidad de los términos en los que dichas normas están redactadas, su aplicación deberá ajustarse a las operaciones de pago y liquidación que el juez competente hubiese realizado de manera real y efectiva conforme a lo previsto por la LEC (art. 692.1.párrafo segundo); por lo tanto, el juez deberá ajustarse a la norma procesal que distingue el caso de ser propietario del bien el propio deudor, del caso de no serlo por ser propietario un tercer poseedor no deudor (valga la redundancia) que merece el trato de titular de un derecho inscrito de rango posterior a la hipoteca; y siendo propietario el deudor, diferencia o atribuye un trato distinto según que existan o no existan inscritos o anotados créditos o derechos de rango posterior a la hipoteca y finalmente añade que pagados los que existieran de esta clase se atiende con el remanente al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante antes de su entrega al propietario deudor. O sea, puede suceder que en el caso apuntado de ejercicio de la realización de la hipoteca frente al deudor propietario sin que existan asientos posteriores, cargas o derechos de rango posterior, el juez entregue al acreedor la totalidad de lo que se le deba en estricto cumplimiento de lo establecido en la norma de procedimiento citada, en cuyo caso será difícilmente conciliable lo actuado por el juez, que será lo expresado en su mandamiento, con la previsión calificatoria citada; esperemos que se dé adecuada solución a esta contradicción. Quizá el desarrollo reglamentario conjunto del artículo comentado con el artículo 133 LH 00 sea el camino para la muy deseable solución que evite demoras y perjuicios.

IV. Valor de la inscripción constitutiva

Según el artículo 130 LH 00 el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita “y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”. Dos proposiciones destaco. Una viene a coincidir con la situación vigente hasta ahora: la inscripción del título constitutivo es imprescindible para la constitución de la hipoteca y para la producción de todos sus efectos, a los que me he referido antes como notas peculiares de la hipoteca. Otra viene a suponer

una cierta novedad: los extremos del asiento de hipoteca son base de su realización “dado su carácter constitutivo”. Pero antes de entrar en el comentario de esta proposición es oportuno destacar que si bien este artículo 130 omite toda referencia al título del crédito, ignorándolo en su doble significado fuente del crédito asegurado con la hipoteca y de título ejecutivo para el ejercicio de la acción para exigir el pago de la deuda garantizada, el texto de la LEC, promulgado por la misma ley formal, de manera bien diversa precisa que el procedimiento se inicia mediante el ejercicio de la acción para pedir el pago de la deuda garantizada y que, en consecuencia y en general, la demanda debe acompañarse del título de crédito revestido de los requisitos que la Ley exige para el despacho de ejecución. Seguidamente la LEC se ocupa de los trámites siguientes, cuya exposición no nos compete.

Volviendo a la LH de 1861 bueno es recordar que requería la inscripción de la hipoteca para que ésta produjese perjuicio a tercero; que después el C.c. considera a la inscripción como elemento constitutivo de la hipoteca en sus aspectos o notas de sujeción y de preferencia, por lo que sólo después de la inscripción existe la hipoteca y resulta desterrada la hipoteca sin inscripción (sin que sea lugar oportuno para estudiar el valor que puede tener y debe reconocerse a la escritura de constitución de hipoteca que no hubiese sido inscrita, en el caso de que fuese a la vez fuente de la obligación asegurada y de que ésta hubiese sido incumplida antes de obtenerse la inscripción, en particular su valor como documento de señalamiento de un bien embargable en trance de demandarse el pago de la obligación constituida en base a dicha escritura como título ejecutivo). Este es el sentido propio de la atribución a la inscripción de la hipoteca del carácter o cualidad propios de la inscripción constitutiva. Pero la inscripción de la hipoteca, aunque constitutiva de la garantía y de sus efectos, no se separa de las normas generales que en nuestro sistema registral regulan la práctica de los asientos en el Registro de la Propiedad. La inscripción se practica en virtud de un título, esto es, de un contrato de constitución de hipoteca otorgado en escritura pública, y el texto de la inscripción, puesto que a la inscripción corresponde la naturaleza propia de un documento expresivo de un texto, debe reseñar o testimoniar las cláusulas y estipulaciones que configuren la hipoteca, tanto en su aspecto de gravamen (que sujeta al bien en que consiste a la efectividad del resultado perseguido) como en su aspecto de garantía (que asegura la satisfacción del acreedor a cuyo favor se constituye); y a este respecto no se debe olvidar que la LH impone al registrador la obligación de procurar la conformidad de la inscripción con el título (con la copia de la que se hubiese tomado), pues establece que su firma, la del registrador, supone dicha conformidad. El Registro tiene como misión la publicidad de los

títulos que acceden a él, y del hecho de su publicidad deduce la integridad de las situaciones jurídicas y de los derechos que constan por la inscripción de los títulos y atribuye, en consecuencia, facultades a los sujetos titulares de dichas situaciones y derechos y a los que confiados en el contenido de los asientos registrales adquiriesen a título oneroso las repetidas situaciones o derechos. El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca explica los casos en los que la perfección del préstamo para cuya seguridad se constituye aquélla, se posponga a la práctica del asiento registral; se trata de un intento de armonizar o coordinar la relación de causalidad entre la garantía y la confianza, o el crédito, que se manifiesta en la concesión del préstamo.

La inscripción de la hipoteca produce, ya lo apunté, los efectos propios de toda inscripción y aunque sea constitutiva, y sin perjuicio de serlo, no queda a salvo de los efectos de la nulidad del título (al que no convalida) y la protección que le proporciona quedar bajo la salvaguardia de los Tribunales no impide la posibilidad de corregir la inexactitud resultante de haberse cometido error material o error de concepto en los términos establecidos en la misma LH, por lo que debe coordinarse con el deber a cargo del registrador de corregir los errores materiales o de concepto que se hubiesen cometido al extender un asiento y de asumir la responsabilidad por los daños causados por consecuencia de la inexactitud resultante de un asiento erróneo. Y si debe considerarse erróneo a todo asiento que no sea conforme con el título, y si todo asiento debe ser, en el aspecto documental, fiel testimonio del título, no parece fácil comprender, mucho menos aceptar, la pretendida *función configuradora de la inscripción respecto del derecho*, pues la configuración de éste se produce en nuestro derecho en el momento del otorgamiento del título, que ocurre en el tráfico económico y jurídico al celebrarse el negocio entre las partes interesadas en el ejercicio de la autonomía patrimonial que nuestra Constitución reconoce a los ciudadanos, sometido ciertamente a control judicial el que se realice en el ámbito legalmente reconocido; el ejercicio de las facultades nacidas de la autonomía patrimonial privada en la esfera legalmente delimitada no puede resultar modulado o modificado por la pretendida eficacia configuradora del asiento registral por la razón ya explicada de que el asiento debe ser fiel y completo testimonio de la configuración establecida en el título, de cuya razón resulta que la separación del contenido del asiento respecto del contenido del título supone una conducta antijurídica y además provoca la perturbación de un derecho constitucional del ciudadano realizada por alguien absolutamente incompetente.

Por otro lado, corresponde al sistema que el asiento de hipoteca sea a la vez instrumento motivador y límite del perjuicio al tercero. Motivo

porque, frente al tercero, el contenido del asiento marca la extensión por la que la garantía hipotecaria le perjudica y límite porque no puede exceder el perjuicio que sufra quien adquiriera posteriormente un derecho o una carga de la extensión por la que se constituye la garantía hipotecaria; pero esto sucedería tanto si la inscripción de la hipoteca fuese constitutiva como si no lo fuese; y así ha venido sucediendo desde la LH de 1861, antes de que el C.c. estableciese el carácter constitutivo o necesario de la inscripción para la existencia de la hipoteca. El peligro de la dicción del artículo 130 LH 00 no está, según lo que creo demostrado, tanto en su aplicación directa, como en su invocación para emplearlo como premisa de deducciones de lógica escolástica, de consecuencias tan peligrosas como las puestas de manifiesto en las reiteradas críticas que se han formulado a la dogmática jurídica desde la perspectiva de las concepciones realistas del derecho considerado como ordenamiento de justa convivencia social y no como construcción teórica.

Como se puede apreciar con facilidad, tenemos ante nuestros ojos una evolución de la que resulta claramente la tendencia a atribuir a la hipoteca, y a su reflejo registral, relieve por encima del crédito asegurado y de la finalidad de prestarle garantía.

V. La importancia del crédito

Mientras el artículo 129 LH 00 comienza refiriéndose a la “acción hipotecaria” el artículo 681 LEC se ocupa de la “acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por hipoteca”. Ya sé, como todos Vds., que se puede decir que la expresión acción hipotecaria es una manera abreviada de decir lo mismo que se dice en la LEC. Pero no se me oculta la posibilidad, que temo, de que se sostenga un concepto especial amparado bajo la denominación de acción hipotecaria como se sostiene, derivado de la expresión “crédito hipotecario” –en principio expresión sintética de “crédito con garantía hipotecaria”– un concepto de crédito hipotecario como peculiar realidad jurídica, considerando sus defensores que ésta consiste en una simbiosis de crédito y de hipoteca y que es merecedora del trato propio de los derechos reales, incluida la posibilidad de proporcionar al adquirente de un crédito garantizado con hipoteca, cuyo crédito estuviese extinguido y también, en consecuencia, su garantía hipotecaria, la protección que dispensa el artículo 34 LH al tercer adquirente de buena fe a título oneroso, sin dar la importancia que merece, al menos a mi juicio, la nulidad del propio título por falta del elemento objetivo, imprescindible para su validez, desde el mismo momento de su nacimiento o de su perfección, y requisito necesario para la protección que propor-

ciona el sistema registral, si se admite que la inexistencia es un supuesto diverso de la resolución o de la anulación de un derecho existente, aunque viciado.

Me temo que voy llegando al abuso de su atención y de su tiempo, por ello me limitaré a señalar alguno de los numerosos aspectos que nos ofrece la dual realidad de crédito y de hipoteca.

Si puede parecer natural y fácil, y aunque sea errónea en cierto punto admisible, la simbiosis entre el crédito y la hipoteca en el caso muy singular de que aquél, por su índole, no sea susceptible de variación, salvo novación, durante el tiempo que transcurre desde la constitución de la hipoteca hasta su vencimiento, por lo que puede surgir cierta coincidencia entre la mera acción de cumplimiento y la acción para exigir el pago mediante realización de la hipoteca, es por el contrario clara la diferencia entre el ámbito en el que vive el crédito y aquél otro en el que se desarrolla su garantía hipotecaria; diferencia ésta de ámbitos jurídicos que, en mi opinión, se manifiesta de manera bien patente en numerosos casos que podemos apreciar en la realidad del mundo de los negocios financieros o de crédito que, como es bien conocido, se desenvuelven con apoyo en la seguridad, o confianza, que proporciona la garantía hipotecaria. Me referiré, aunque sea someramente, a algunos casos.

Pensemos en los frecuentes casos de préstamos o de créditos ya dispuestos cuya devolución debe realizarse mediante pagos aplazados a realizar en sucesivos vencimientos periódicos; en aquellos otros no menos frecuentes, diría que en la práctica vienen a coincidir con los que acabo de aludir, en los que el pago del principal se vincula inescindible o inseparablemente con el de los intereses devengados al vencimiento de cada plazo generando obligaciones únicas en cuanto a su cumplimiento pero separables o individualizables en el trance de reclamación contra el bien hipotecado en cuanto en la liquidación o pago al acreedor hipotecario con el producto de su enajenación, debe precisarse la cuantía del crédito o derecho cuyo pago se reclama por cada concepto, sea principal, sean intereses ordinarios o moratorios o sean costas y gastos accesorios o de ejecución; en estos casos debemos considerar, en atención a las peculiaridades de las operaciones financieras de crédito y al régimen de las empresas que las realizan como actividad empresarial habitual, cuál sea la solución más apropiada en caso de falta de pago de uno de los vencimientos periódicos. Una de las soluciones parte de considerar rígido e inalterable el plazo o tiempo inicialmente establecido y el número de vencimientos convenido y deduce, en consecuencia, que incumplida la obligación de pago en uno de los vencimientos sólo puede reclamarse mediante la acción para exigir el pago de la deuda correspondiente al vencimiento insatisfecho; es la solución clásica y legal para el caso de hipoteca en

garantía de rentas y prestaciones periódicas. Otra solución es la que admite la validez y eficacia de la cláusula de vencimiento anticipado en caso de incumplimiento del pago de uno de los vencimientos periódicos, de manera que producido el vencimiento anticipado es debido por el deudor, prestatario o acreditado, la parte del principal no restituido mediante los anteriores pagos periódicos oportunamente realizados, y el pago de esta deuda, vencida y líquida, puede reclamarse mediante el ejercicio de la acción adecuada para pretender la realización de la hipoteca mediante la enajenación de la cosa en la que consiste. Esta segunda solución es la más congruente con el trato que según las normas de las empresas y de las actividades financieras merece la conversión de una “situación de riesgo” (la nacida de la entrega de un préstamo o de la realización de un crédito) en una “situación de fallido” (la nacida del incumplimiento de sus obligaciones por el prestatario o el acreditado, que hace fallar la confianza o crédito que mereció). Si es función de la hipoteca el servicio a la seguridad del crédito, como actividad básica para el desarrollo de la economía, parece que la invocación de exigencias derivadas de la naturaleza o de la estructura de la hipoteca para negar o dificultar la realización de la finalidad que la justifica de la manera más ajustada a las necesidades del tráfico y de sus protagonistas, carece de toda justificación, al menos para los que concebimos el derecho como un instrumento para la convivencia. En el ámbito jurídico la adopción de la que he denominado segunda solución ofrece la posibilidad de interesantes reflexiones; por una parte, es cierto que la hipoteca se constituye para la seguridad del buen fin del contrato celebrado, sea de préstamo o de crédito, y por otra parte, no es menos cierto que la garantía hipotecaria se constituye para asegurar la efectividad de la acción para exigir el pago de la deuda vencida y líquida por consecuencia del vencimiento anticipado; me temo que en la práctica del derecho no hemos deducido las consecuencias más directa y fácilmente deducibles de la realidad que acabo de poner de manifiesto.

También son usuales aquellas operaciones crediticias, dicho sea en términos generales, en las que se pacta que el devengo de intereses se producirá según tipos variables, determinados con criterios objetivos, concretándose la vigencia temporal del tipo resultante de cada determinación y su renovación periódica. La relación entre la deuda por intereses y su garantía hipotecaria tiene en este caso dos factores diferentes que no son fijos sino variables, una es el tiempo y otra es el tipo vigente en el tiempo de devengo. La regulación tradicional de la garantía hipotecaria por el devengo de intereses tomaba en consideración la variable del tiempo, por ello del artículo 114 LH resulta que el pacto de intereses y el señalamiento de un tipo genera, por sí solo sin necesidad de mayor detalle, garantía

hipotecaria por los de los últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, aunque en el momento de reclamarse la efectividad de la garantía hipotecaria se deban intereses de mayor tiempo; resulta en este caso de intereses a tipo fijo que el tiempo de devengo de los garantizados con la hipoteca, sea el resultante de la valoración legal “ex” artículo 114 o sea el expresamente convenido, funciona como máximo, como tope máximo, de la garantía hipotecaria, con la consecuencia natural de que el acreedor sólo podrá reclamar, en trance de realización de la hipoteca, los intereses realmente devengados y no prescritos; si devengados por tiempo inferior al máximo la reclamación gozará de preferencia en su totalidad pero si devengados por tiempo superior la reclamación, según nos dice la LH en su artículo 114, no prosperará en perjuicio de tercero sino por los devengados durante el tiempo al que se extiende la garantía hipotecaria. Cuando el tipo de devengo de intereses es variable resulta variable, según la regla de cálculo de los intereses devengados y según los periodos de vigencia de cada tipo resultante de la variación, el importe adeudado por los devengados al vencimiento de cada periodo de devengo en función de la variación del tipo, y ello nos coloca, como consecuencia necesaria, en situación de estimar el caso como de hipoteca de máximo, de manera que uno es el importe de la garantía hipotecaria, determinado en función de un tiempo máximo y de un tipo máximo a efectos hipotecarios, o con perjuicio de tercero como dice la LH, y otro el importe adeudado por haber sido devengado al tiempo de reclamar la realización de la hipoteca y por no haber prescrito.

La separación entre la vida de la obligación asegurada y la de su garantía resulta evidente en los casos últimamente contemplados. Con mayor precisión diría que es patente, según las peculiaridades de las operaciones a las que me he referido, la natural diferencia entre la situación inmediatamente posterior a la celebración y perfección de la operación crediticia y la situación de ella en el momento en el que se reclame la realización de la hipoteca, lo que obliga a contemplar la regulación de la justificación o prueba de esta última de una manera concreta y determinada. No es vano que haga una leve referencia a la repercusión que esta separación pueda tener durante la vida de la operación crediticia, préstamo o crédito, entre la relación garantizada y la hipoteca que la garantiza, teniendo bien presente que la garantía hipotecaria se proyecta respecto de la acción para reclamar el pago de la obligación que, nacida de aquella relación, resulta anticipadamente vencida y líquida, pues si no se produjese su vencimiento anticipado no surgiría la posibilidad de reclamar con fundamento, o de manera justificada, la realización de la garantía hipotecaria. En este punto parece oportuno precisar la índole, o la individualización, de la deuda cuyo pago resulte garantizado por hipoteca al ejerci-

tar la acción adecuada para exigirlo, en particular respecto de los préstamos cuya restitución se sujeta al régimen de amortización francés; en efecto, si es cierto que la hipoteca se constituye para asegurar el buen fin del contrato de préstamo, no es menos cierto que la deuda garantizada es la que resulte a cargo del prestatario al producirse el vencimiento anticipado, pues si no se produjese vencimiento anticipado, no nacería la acción para exigir el pago de la deuda garantizada por hipoteca (cfr. art. 681 LEC 00). No me cabe duda alguna de la conveniencia, quizá fuese más adecuado hablar de necesidad, de adaptar la redacción de las cláusulas de constitución de hipoteca para dejar precisadas, en los casos a que me refiero y en otros en los que se estime adecuado, las deudas garantizadas con hipoteca cuyo pago podrá exigirse por acción ejercitada directamente contra los bienes hipotecados al amparo de la extensión convenida para la garantía y expresada en su inscripción registral. Doy por supuesto, como ya he dicho antes, que a las entidades que ejercen actividades financieras y crediticias no les interesa proceder a la reclamación separada del pago correspondiente a cada aplazamiento vencido e insatisfecho, sino que les interesa vincular el agotamiento del plazo inicialmente convenido y la exigibilidad de la parte del préstamo pendiente de restituir y de los intereses, remuneratorios o moratorios, ya devengados al incumplimiento de la obligación de pago de uno o de varios vencimientos, de manera que el cumplimiento de esta deuda pueda exigirse mediante el ejercicio de acción de pago directamente contra el bien hipotecado.

La comentada separación entre la vida de la relación contractual, o en términos más generales, jurídica, cuyo buen fin se asegura con hipoteca y la extensión de la hipoteca constituida para garantía del pago de concreta deuda que pueda ser exigible, nacida en el marco de aquella relación, no sólo se pone de manifiesto en trance de ejecución sino que es perfectamente apreciable en todos los casos en los que las incidencias ocurridas a lo largo del tiempo, incluso por novación, en la relación contractual que es fuente de la concreta obligación o deuda asegurada, no precisen tener reflejo en la inscripción de la hipoteca por no afectar, según el común acuerdo de las partes interesadas, a la extensión de la garantía que ofrece la hipoteca ni a su duración, y tampoco, según lo establecido en las leyes de acuerdo con el tipo o con la índole de la relación contractual, a la reclamación o demanda en ejercicio de la acción para exigir el pago de la deuda garantizada por la hipoteca.

En relación con las cuestiones que estoy exponiendo creo interesante sugerir el planteamiento de la necesidad, más que conveniencia, de articular, al amparo de las previsiones legales, la preparación de los títulos revestidos de los requisitos mediante los que se complete el título originario del crédito y constitutivo de la hipoteca de manera que la acción para

reclamar el pago de la deuda garantizada pueda despacharse y resulte efectivo su ejercicio directo contra los bienes hipotecados. Creo justificado apuntar que la regulación de la manera y forma de acreditar el saldo de la cuenta operativa en una relación de apertura de crédito sea aplicable a la fijación del importe actual de la deuda resultante de la relación crediticia o de préstamo cuyo pago, vencida y liquidada de dicha manera, se exija mediante la adecuada acción ejercitada directamente contra los bienes hipotecados.

Todo esto merece atención, y también las particularidades de las hipotecas en garantía de otros muy diversos supuestos de obligación futura o condicional, o de obligación nacida de la disposición de crédito abierto, sea o no en cuenta corriente, y de la hipoteca en garantía de deuda en moneda extranjera, y en general de las hipotecas en garantía de obligaciones que precisan de concreción o de precisión cuantificadora en el momento de la reclamación de su pago o de la demanda de su cumplimiento, puesto que la necesaria cuantificación sólo puede lograrse mediante un nuevo documento que la acredite con el valor de un complemento documental del título constitutivo en su faceta de título ejecutivo.

Como un supuesto más de este tipo de hipoteca, merece atención la que se pretenda constituir en garantía de la acción para exigir el pago de las obligaciones futuras que puedan nacer en el marco de relaciones que tengan su origen en contratos de un tipo o de una especie determinada, que sean propios de la habitual actividad empresarial del acreditante o prestamista, que puedan celebrarse en el futuro entre las mismas partes que pretenden constituir anticipadamente la garantía hipotecaria que permita y sirva de base para fundamentar o causalizar la efectiva celebración futura de contratos del tipo o especie individualizados para que éstos nazcan ya garantizados, sin necesidad de la múltiple y reiterada constitución de singular garantía para cada contrato y con cobertura previa del riesgo financiero que supone su celebración; como habrán adivinado me refiero al intento, hasta ahora fallido por la rigidez de las concepciones imperantes en la práctica registral y de los criterios de la superioridad, que persigue delimitar hasta dónde llega la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de obligaciones futuras o, más bien, en dónde se puede situar el límite “de la cualidad de futuras” de las obligaciones que se aseguren con hipoteca; todo esto en relación con la rechazada hipoteca llamada “flotante” y con el grado de determinación necesaria de la índole o naturaleza de las relaciones contractuales en cuyo marco se generen las deudas cuyo pago se asegure con la hipoteca.

Entre la colección de supuestos a los que me voy refiriendo no puedo dejar en olvido el caso reciente y poco estudiado, muy singular, de las novaciones de las relaciones contractuales de préstamo garantizadas con

hipoteca cuando no resulta precisa la modificación de ésta y no se desea por las partes la modificación de las circunstancias cuantitativas y temporales definitivas de la garantía hipotecaria, aunque sin embargo los interesados juzgan adecuada la constancia registral en cuanto a la novación meramente modificativa de la relación contractual asegurada, de cuya relación de crédito o de préstamo puede nacer la deuda líquida y exigible para cuyo cumplimiento puede demandarse la realización de la hipoteca, con la justificada pretensión de obtener coordinación entre el título ejecutivo y la constancia registral del crédito asegurado o de la deuda cuyo pago puede exigirse ejercitando la acción directamente contra el bien hipotecado.

En este lugar merece ser recordado otro caso no menos reciente y también necesitado de estudio, que es el que se plantea cuando se solicita el acceso al Registro de la novación entre prestamista y prestatario para hacer constar que el pago de los intereses será subsidiado por entidad pública, que asume el pago al prestamista de la parte subsidiada de los intereses devengados en cada periodo; se trata de otro supuesto de hecho, como el anterior, que puede repercutir en la ejecución contra el prestatario aunque no tengan efecto respecto de la extensión cuantitativa de la hipoteca por intereses, pues en nada se reduce el derecho del prestamista a recibir la totalidad de los intereses, que en parte han de ser pagados por el prestatario y en la parte restante, la subsidiada, han de satisfacerse por la entidad que concedió la subvención. Vale para este supuesto lo argumentado para el anterior.

El desarrollo detallado de los argumentos referentes a cada uno de estos temas desborda las posibilidades propias de una conferencia; intentaré completar su estudio de manera apropiada en otro lugar.

Pueden Vds. imaginarse, por lo dicho, que defendiendo posiciones que considero realistas, o que me apoyo en criterios de realismo jurídico, conducentes a facilitar la solución que, con pleno respeto al juego de la hipoteca y a los derechos de rango inferior o posteriores amparados por la publicidad del Registro, resulte más práctica y ágil. En definitiva, entiendo que la hipoteca sujeta al bien sobre el que recae con la finalidad de que el acreedor pueda obtener de la manera más fácil y sencilla el mejor resultado del ejercicio de la acción que le corresponda, según las singulares características de la relación en la que tenga su origen, para lograr el pago de la deuda garantizada, y que una vez constituida la hipoteca, la obligación, o la relación obligatoria asegurada pueden y deben gozar, según su índole o naturaleza en relación con las notas de la hipoteca, de la adecuada autonomía dentro del marco de su origen y de su identificación en los términos que deben figurar en la inscripción de hipoteca.

En mi opinión, puede ser razonable, útil y justificado que tengan constancia registral las incidencias ocurridas en la vida de la obligación garantizada o en la vida de la relación contractual en cuyo marco puede nacer la obligación asegurada, como puede ocurrir en el caso de una relación de préstamo cuando éste debe restituirse mediante pagos periódicos indisolublemente unidos al pago de los intereses devengados en cada vencimiento; y la hipoteca asegura, no puede ser de otro modo, el derecho a obtener el pago de “todo lo que resultase debido” en caso de vencimiento anticipado. Es razonable, por otro lado, que se pretenda obtener el acceso al Registro de estas incidencias, incluso en el caso de que no sea preciso, y no se desee, la modificación de la extensión cuantitativa o temporal de la hipoteca, en la medida en la que puedan tener trascendencia en el ejercicio de la acción para exigir el pago de la deuda garantizada con la hipoteca; por lo tanto, creo justificado insistir en el estudio dirigido a demostrar el fundamento de las soluciones propuestas y a obtener la respuesta apropiada de quien corresponda.

Les reitero mi agradecimiento por su asistencia y su atención. He dicho.

FIRMA ELECTRÓNICA, COMERCIO ELECTRÓNICO Y FE PÚBLICA NOTARIAL (*)

JUAN BOLÁS ALFONSO
Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: LA COBERTURA NORMATIVA DE UNA NUEVA REALIDAD. **II.** LA SEGURIDAD COMO PRESUPUESTO PARA EL DESARROLLO DE LA NUEVA VÍA DE CONTRATACIÓN A DISTANCIA. A) La contratación a distancia. B) La seguridad jurídica contractual y la seguridad de la comunicación del mensaje. **III.** LA FIRMA ELECTRÓNICA Y LA FIRMA MANUSCRITA. A) Concepto y funciones de la firma manuscrita. B) La firma electrónica. C) El principio general de equiparación legal entre ambos tipos de firma. D) La firma como mecanismo identificador, no contractual. E) La firma como expresión del consentimiento contractual. **IV.** NOTARIOS Y PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN: ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS. **V.** EL DOCUMENTO PRIVADO Y EL DOCUMENTO PÚBLICO: LA AUTENTICACIÓN DE FIRMAS Y LA AUTORIZACIÓN DE DOCUMENTOS. **VI.** EL NOTARIO Y LA CONTRATACIÓN. **VII.** PERSPECTIVA NOTARIAL DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: FIRMA ELECTRÓNICA Y FE PÚBLICA NOTARIAL. **VIII.** EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y EL NOTARIADO INTERNACIONAL. 1. Significado y alcance de la nueva tecnología. 2. Necesidad de una regulación. 3. Las garantías de seguridad. 4. El papel del notario. **IX.** TENDENCIAS EN EL NOTARIADO EUROPEO. **X.** CONCLUSIONES.

(*) Publicado en el libro *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, octubre 2000, pp. 27 a 54.

I. Introducción: la cobertura normativa de una nueva realidad

Según la opinión dominante, cada día más extendida, el siglo XXI está llamado a ser el siglo de la revolución electrónica.

La Historia demuestra que la humanidad ha ido desarrollándose y evolucionando a impulsos de la técnica. Desde el invento de la rueda hasta la tecnología espacial, pasando, entre otros, por el papel, la imprenta, la máquina de vapor, el automóvil, la energía eléctrica, el telégrafo, el teléfono y la televisión, han transcurrido muchos siglos y se han producido muchas conmociones.

Ahora le ha llegado el turno a la electrónica y a las telecomunicaciones que están adquiriendo un papel protagonista en una sociedad globalizada, y, especialmente, en la llamada Sociedad de la Información.

Las nuevas técnicas permiten eliminar el tiempo y la distancia en las comunicaciones a través de la red, bien se trate de comunicar algo a una persona determinada, a través de una red cerrada, o bien se trate de enviar mensajes o comunicaciones a un conjunto indeterminado de personas a través de una red abierta, como es, por excelencia, INTERNET.

Este nuevo fenómeno, de posibilidades ilimitadas, hasta el punto de poder tener mayor repercusión en la sociedad que la que en su día tuvo la denominada “revolución industrial”, recibe distintas lecturas y genera expectativas diversas según el sector al que se aplique. Así: para el empresario, es un imponente instrumento para la expansión ilimitada de sus relaciones comerciales; para el inversor, es un nuevo campo en el que invertir con grandes posibilidades de beneficio, de lo que las Bolsas actuales son un claro ejemplo; para los consumidores, además de hacerles más cómoda y fácil su vida cotidiana, es un medio inigualable para facilitarles sus compras, ampliando la oferta real y reduciendo precios; para los políticos, la revolución electrónica supone el gran reto de saberla encauzar para el progreso social; para los profesionales, es un instrumento de trabajo y de comunicación imprescindible, si quieren estar en el mundo; y, finalmente, para los juristas, las relaciones telemáticas constituyen una realidad nueva que plantea la cuestión fundamental de su regulación.

El reto que este nuevo fenómeno plantea al jurista es el de ser capaz de proporcionarle un marco legal adecuado, unas normas claras, sencillas y homologables a las que puedan existir en los ordenamientos jurídicos de otros países. Se reabre de nuevo el eterno diálogo entre la técnica, el Derecho y la economía.

La respuesta a este reto no es sencilla porque, a diferencia de lo que sucede con la regulación de las cuestiones de ámbito estatal, las características de este fenómeno impiden proceder con los métodos tradicionales

pues no se trata simplemente de regular una situación nueva, que esté enmarcada dentro del territorio de un Estado soberano, sino de regular algo que tiene un funcionamiento mundial, sin estar asentado físicamente en un territorio determinado sino en "La Red".

Las nuevas técnicas telemáticas permiten el envío de mensajes electrónicos que pueden tener diversos significados. Pero no cabe duda que la implantación de INTERNET como red abierta, de ámbito mundial, ha potenciado el llamado comercio electrónico, aumentado enormemente las posibilidades de las transacciones comerciales entre empresarios y la potencial demanda de bienes y servicios por parte de los consumidores.

Por ello, una categoría específica, dentro del comercio electrónico, es la contratación electrónica que obliga a los juristas a revisar las normas contenidas en nuestros viejos Códigos decimonónicos reguladoras de la contratación a distancia. Porque, la contratación a distancia ha sido siempre admitida y regulada por las leyes que contemplaron especialmente la contratación por carta y por telegrama. La novedad hoy la constituye el medio empleado para esta contratación. Se trata pues de revisar estas normas y, ante la evidente insuficiencia normativa, proporcionar a la contratación a distancia una nueva regulación sin interferir la regulación general de las obligaciones y contratos contenida en los distintos ordenamientos jurídicos.

En este punto, como europeos, observamos que, de una parte, la Unión Europea está haciendo un gran esfuerzo para marcar las directrices de esta regulación, de este nuevo marco legal. Los trabajos de la Comisión se han plasmado en diversos proyectos o propuestas de Directivas sobre firma electrónica, comercio electrónico, ventas a distancia y servicios financieros a distancia. En concreto, el 13 de diciembre de 1999 se aprobó la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

Pero, de otra parte, estamos muy retrasados respecto de los EEUU que, según las últimas estadísticas, copan más del 80 por 100 del comercio electrónico e imponen sus reglas.

Las posibles discrepancias entre estas reglas, europeas y norteamericanas, las resolverá la ley del mercado, pues evidentemente ninguna empresa europea estará dispuesta a perder su cuota de mercado en EEUU por sujetarse a reglas no admitidas en dicho país.

El único elemento que puede proporcionar cierta cohesión es el principio de defensa de los consumidores, que es la única frontera real ante la invasión y prepotencia de las empresas que actúan libremente a través de la red.

En lo tocante a nuestro país, se está haciendo también un notable esfuerzo para no quedar descolgados de este movimiento internacional. Ejemplos concretos de ello son:

1. El Real Decreto de 23 de julio de 1999, sobre la Real Casa de la Moneda, que desarrolla el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en materia de prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones con las Administraciones Públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

2. El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, convalidado en el Congreso el 21 de octubre de 1999, sobre firma electrónica anticipándose así España a la aprobación definitiva de la Directiva comunitaria. Su tramitación como Ley está pendiente pero es de esperar que no tropiece con especiales dificultades dada la nueva composición del Congreso y del Senado tras las elecciones del 12 de marzo de 2000.

3. El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

4. A principios de este año 2000 el Gobierno ha elaborado un anteproyecto de Ley de comercio electrónico. Por las razones indicadas anteriormente, su tramitación como Ley no deberá plantear ninguna dificultad en la nueva legislatura.

5. Cabe también hacer referencia a las normas contenidas en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor el 8 de enero de 2001.

El artículo 299.2 admite como medios de prueba “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. La Exposición de Motivos resuelve la duda de la naturaleza de estos medios de prueba –documental, dictamen de peritos o reconocimiento judicial– al declarar que la ley 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”.

Y es especialmente interesante, a los efectos de este trabajo, el contenido del artículo 812.1.1.^a del que resulta que puede acudir al proceso monitorio, para reclamar el pago de deuda, vencida y exigible, de cantidad no superior a cinco millones de pesetas, cuando la deuda se acredite “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”.

II. La seguridad como presupuesto para el desarrollo de la nueva vía de contratación a distancia

A) La contratación a distancia

Si, como antes decíamos, la novedad que introduce la contratación electrónica no consiste en la alteración de las normas generales de la contratación sino en el nuevo medio de contratar entre distantes, resulta razonable que para comprender el alcance de esta novedad tomemos como punto de partida los principios básicos que rigen nuestro sistema contractual así como las normas existentes en materia de contratación a distancia, puesto que, respecto de estas últimas, a la vista de nuestros textos legales, principalmente del Código Civil y Código de Comercio, podemos comprobar que la contratación entre distantes fue ya tenida en cuenta por nuestro legislador decimonónico.

a) Los principios básicos de nuestro sistema contractual son, en síntesis, los siguientes:

1.º El sistema contractual español, desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348 (Ley única del Título XVI), se rige por el principio de libertad de forma. Es un sistema espiritualista en el que tan sólo en contadas ocasiones se exige una forma determinada para la validez de un contrato.

Así resulta, entre otros, de los siguientes artículos del Código de Comercio y del Código Civil:

Artículo 51.1 C. de Co.: “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos...”.

Artículo 52.1 C. de Co.: “Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

1. Los contratos que, con arreglo a este código o a leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia”.

Artículo 1.254 del C.c.: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

Artículo 1.258 del C.c.: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...”.

Artículo 1.278 del C.c.: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

Por su parte, el artículo 1.280 del C.c. enumera una serie de contratos que deben constar en documento público *ad regularitatem*. Nuestro Código Civil únicamente exige la escritura pública, *ad solemnitatem*, para la validez del contrato, tratándose de donación de inmuebles (art. 633), capitulaciones matrimoniales (art. 1.327), censo enfiteútico (art. 1.628) e hipoteca (art. 1.875).

En suma, en nuestro Derecho Contractual, la forma no condiciona la validez del contrato. No obstante, la forma escrita o documental tiene una evidente presencia en el mundo de la contratación por su innegable utilidad en cuanto que produce ciertos efectos psicológicos, impide precipitaciones, introduce fijeza y certidumbre en el contrato, y cuando es pública tiene una especial eficacia legitimadora, ejecutiva, probatoria y registral.

2.º Cualquiera que sea la forma empleada, todo contrato exige para su validez tres requisitos que no pueden faltar, a saber: consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 C.c.).

La esencia del contrato es el consentimiento de las partes, que puede prestarse personalmente o por representante legal o voluntario debidamente autorizado al efecto (art. 1.259 C.c.); no pueden prestarlo los menores no emancipados ni los incapacitados (art. 1.263 C.c.); y es nulo si se prestó por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1.265 C.c.).

Pero la simultaneidad no es presupuesto para la validez del consentimiento contractual. La ley no exige simultaneidad en la prestación del consentimiento por las partes del contrato. Por ello, según venimos diciendo, nuestros textos legales admiten plenamente la validez de los contratos celebrados a distancia, es decir, aquellos en los que el consentimiento contractual es prestado por cada una de las partes en lugares y momentos distintos.

El C. de Co. reguló la contratación a distancia mediante telegrama o carta. A tenor del párrafo 2.º del artículo 51:

“La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos

convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado”.

Artículo que, como vemos, sancionó ya en nuestro Derecho el sistema de claves o signos preestablecidos por las partes, de común acuerdo, y cuya existencia es la base de la fuerza vinculante del contrato formalizado a distancia mediante telegrama.

Y conforme al artículo 54: “Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”.

Por su parte, el artículo 1.262 del C.c. dispone que:

“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

Estas reglas del C. de Co. y del C.c. tratan de dar solución a alguno de los complejos problemas planteados tradicionalmente por la contratación a distancia, tales como la determinación del momento y lugar en que debe entenderse perfeccionado el contrato. Otros problemas, como los de la estabilidad y revocabilidad de la oferta, y el de la determinación de la ley aplicable al contrato y de los Tribunales competentes, quedaron a la discusión de la doctrina y a la decisión de los Tribunales.

Las nuevas técnicas electrónicas de contratación a distancia permiten la contratación en tiempo real pero no eluden los citados problemas que, incluso, puede decirse que se agudizan por la especial incidencia que en esta materia tiene la protección del consumidor. Así, se discute si en este tipo de contratación a distancia debe tener el consumidor un derecho de arrepentimiento; si el contrato se debe entender perfeccionado al teclear el OK o hay que admitir un plazo de reconfirmación; si la ley y/o los Tribunales son los que correspondan al país del proveedor o cabe que el consumidor opte por los de su país, etc.

Al respecto, en el anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico se prevé que, en todo lo atinente a los derechos de los consumidores y de los usuarios derivados del contrato, se entenderá que éste se ha celebrado en España y ello determinará la competencia de la jurisdicción española para conocer de los posibles litigios que se susciten. Este criterio no es, ni mucho menos, pacífico tal como se demostró en la elaboración de la correspondiente propuesta de Directiva comunitaria, en cuanto que obliga a las empresas a disponer de un servicio de asesoría jurídica mundial.

Pero el problema fundamental que plantea en todos los países el desarrollo de esta nueva vía de contratación a distancia es el de dotarla de

un grado aceptable de seguridad jurídica. Problema en el que nos vamos a detener.

B) La seguridad jurídica contractual y la seguridad de la comunicación del mensaje

En efecto, estamos viviendo una época fundamental en la que deben establecerse las reglas básicas que permitan el desarrollo de esta nueva forma de contratación que está llamada a ser el principal instrumento del comercio en la Sociedad de la Información. Y la preocupación de los expertos se centra en fomentar la seguridad y la confianza en la red.

Este es el reto actual, la seguridad en el comercio electrónico. Seguridad que, sea a través de firmas electrónicas y otros mecanismos complementarios de autenticación de datos o de cualquier otro instrumento fiable, es presupuesto indispensable para el desarrollo de dicho comercio.

Un comercio desprestigiado está condenado de antemano al fracaso. Un comercio pujante se basa en la confianza que merece a los operadores económicos y a los consumidores.

El problema surge porque la confianza en el mundo del comercio ha derivado siempre de la relación directa, personal y habitual entre las partes y, sin embargo, esta relación personal es impensable en las redes electrónicas.

Hace falta dotar a la contratación electrónica de mecanismos que le permitan alcanzar ciertas cotas de fiabilidad y confianza en beneficio de sus potenciales usuarios. Ahora bien, estos mecanismos han de ser tanto técnicos como jurídicos. Por ello, cuando se habla de la seguridad en las transacciones electrónicas debe distinguirse entre:

- La seguridad jurídica contractual, es decir, la seguridad jurídica que afecta al proceso de elaboración de un contrato, a la válida prestación del consentimiento contractual y a la producción de sus efectos.

- Y la seguridad de la comunicación del mensaje, que implica garantizar no sólo que el mensaje llegará a su destinatario sino también la procedencia o identidad de quien lo envía, la integridad del mensaje y su confidencialidad.

Ambas seguridades, técnica y jurídica, deben obtenerse. En la medida en que se logre la seguridad técnica de la comunicación podrá darse un paso más para proporcionar seguridad jurídica a su contenido.

La cuestión es una vez más de equilibrio. El comercio necesita seguridad jurídica, pero la agilidad de los mecanismos de seguridad jurídica y su

coste han de ser razonables pues no puede pretenderse obtener seguridad jurídica a cualquier precio.

Por ello, al igual que sucede con el tradicional sistema documental, en el que son varios los niveles de seguridad que proporciona un documento, según sea documento privado, documento privado con firmas legitimadas notarialmente o documento público, también en la contratación electrónica hay que admitir la existencia de distintos niveles de seguridad. Esta apreciación, sobre la que volveremos más adelante, es necesaria para entender cómo se combinan las nuevas normas dictadas, o que se dicten en el futuro, a propósito de la firma electrónica con las normas sustantivas que integran el ordenamiento jurídico privado de cada país.

III. La firma electrónica y la firma manuscrita

De cuanto llevamos dicho cabe extraer una primera conclusión: las nuevas técnicas que permiten la contratación electrónica no han venido a alterar las reglas generales de la contratación sino a crear un nuevo medio de comunicación. Lo mismo sucedió, como vimos, con la aparición del telégrafo (cfr. art. 51.2 del C. de Co. transcrito anteriormente).

No hay cambio de fondo sino de forma, de ahí que el apartado 2.º del artículo 1.º del Real Decreto de firma electrónica establezca que *“Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-Ley no alterarán las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones”*.

En consecuencia, dado que estamos ante un medio de comunicar la voluntad contractual, el problema de su utilidad y valor jurídico, en un sistema de libertad de forma como el nuestro, se reconduce al tema general de la prueba de los requisitos exigidos por la ley para la validez y eficacia de los contratos, requisitos a los que antes hemos aludido someramente.

Por ello, si la contratación electrónica se basa en una depurada técnica y para su seguridad jurídica se acude hoy, fundamentalmente, al mecanismo de la llamada “firma electrónica” deberemos reflexionar sobre si tal firma electrónica puede ser un medio suficiente para garantizar la validez y eficacia de un contrato protegiendo a las partes ante posibles impugnaciones por razón de suplantaciones de personalidad, falta de capacidad, *inexistencia o insuficiencia de poderes, consentimiento viciado por error, dolo, violencia o intimidación*, etc.

El valor jurídico de la firma electrónica se apoya en su equiparación legal a la firma manuscrita. Estudiemos el alcance y significado de tal

equiparación, a cuyo efecto comenzaremos precisando el concepto de ambos tipos de firma.

A) Concepto y funciones de la firma manuscrita

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por firma manuscrita “El nombre y apellido, o título, acompañado o no de rúbrica y puesto al pie de un documento”.

Así entendida, la firma tiene una doble función: como forma de identificación de la persona que la pone; y como expresión de la conformidad o aprobación del contenido del documento en que se pone.

Pero la firma no siempre es firma negocial o contractual. La firma puede estamparse en un escrito para dejar constancia de la presencia en determinado lugar, en un manifiesto, en una reclamación, en una carta, o en una simple instancia, etc. En estos casos se habla de firma ordinaria.

Lo que ahora interesa destacar es que, por su distinto significado y trascendencia, existen importantes diferencias entre la firma ordinaria y la firma contractual.

Así, para que la firma ordinaria cumpla su función identificadora, basta comprobar la identidad o semejanza de la firma con la firma habitual de la persona a quien se atribuye. Comprobada la firma queda acreditada la identidad del firmante.

En cambio, la firma como expresión de una voluntad negocial, requiere además que el firmante tenga capacidad para contratar, esté legitimado para disponer de los bienes objeto del contrato, y conozca el contenido de éste por su previa lectura, circunstancias que, evidentemente, la sola firma por sí misma no acredita.

Ello explica que un documento privado con firma manuscrita adolezca de una gran debilidad jurídica y que no esté a salvo del ejercicio de acciones judiciales de impugnación dirigidas a obtener la declaración de nulidad o de ineficacia, cuestiones que deberán dirimirse ante los Tribunales de Justicia.

Más adelante, al tratar de los documentos públicos, volveremos sobre el valor y eficacia del documento privado.

B) La firma electrónica

El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, define la firma electrónica, que más que una firma es un sello, en su artículo 2, distinguiendo entre la firma electrónica simple y la avanzada.

La firma electrónica simple es “un conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con

ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o autores del documento que la recoge”.

La firma electrónica avanzada se concibe como “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”.

El legislador concibe estos dos tipos de firma electrónica atendiendo al distinto grado de fiabilidad. Únicamente la firma electrónica avanzada, que cumpla los requisitos necesarios, tendrá el mismo valor jurídico que la firma manuscrita.

Veamos ahora cuál es el alcance de esta equiparación y qué transcendencia tiene, en su caso, respecto de los documentos firmados electrónicamente.

C) El principio general de equiparación legal entre ambos tipos de firma

El artículo 5.º de la Directiva de firma electrónica sanciona los efectos jurídicos de dicha firma distinguiendo entre la firma electrónica avanzada y la simple. Como hemos indicado, esta última no tiene un especial valor jurídico quedando su valoración al arbitrio de los Tribunales. La primera se equipara a la firma manuscrita.

Desarrollando estas ideas, el artículo 3 del Real Decreto-Ley de 17 de septiembre de 1999 dispone lo siguiente:

“1. 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 criterios de apreciación establecidos en las normas procesales...”

“2. A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”.

Estas normas se completan hoy con los artículos de la nueva LEC transcritos al principio de este estudio [art. 299.2 que recoge entre los medios de prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. Y sobre todo, hay que destacar la nueva regulación del proceso moni-

torio (art. 812) al que puede acudir para reclamar el pago de una deuda dineraria, vencida y exigible y que no exceda de cinco millones de pesetas, cuando la deuda se acredite... “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”].

Hasta aquí las normas legales. Pero el análisis de la equiparación real entre la firma manuscrita y la firma electrónica avanzada debe hacerse atendiendo a la distinción entre la firma manuscrita ordinaria y la firma negocial, como forma de expresar el consentimiento contractual.

D) La firma como mecanismo identificador, no contractual

En esta función la equiparación entre ambos tipos de firma, con ciertas limitaciones, parece clara. Precisamente, con la creación de la firma electrónica avanzada se ha tratado de alumbrar un mecanismo alternativo que permita la identificación del autor del mensaje electrónico.

No obstante, la equiparación no es absoluta por las limitaciones que afectan a la firma electrónica.

En efecto, la firma manuscrita es inseparable de la persona. La firma personal va unida al sujeto. La inseparabilidad de la firma manuscrita (tesis del “brazo”) explica que, como dijimos anteriormente, comprobada la firma el firmante queda identificado a todos los efectos. Además, por la misma razón, la firma manuscrita implica necesariamente que el firmante vive al tiempo de estamparla.

Por el contrario, la firma electrónica es un mecanismo separado de la persona y, por tanto, puede ser utilizado por otra distinta del titular. En rigor la firma electrónica no garantiza que una persona concreta haya firmado sino que la firma utilizada está registrada a su nombre. De ahí que pueda incluso hablarse de la firma electrónica del “muerto”.

Todo ello sin perjuicio de que una misma persona pueda tener varias firmas electrónicas registradas para su utilización en distintos ámbitos, mientras que la firma manuscrita es personal y única aunque se pueda alterar a lo largo de la vida.

E) La firma como expresión del consentimiento contractual

Como dijimos, la firma manuscrita no es suficiente por sí sola para garantizar la validez y eficacia de un contrato, en este sentido ambos tipos de firma son equiparables, pues la firma electrónica tampoco puede por sí sola cubrir las anomalías de que puede adolecer el contrato electrónico.

Pero la equiparación tampoco es absoluta. En efecto, la firma manuscrita acredita la inmediatividad del firmante. Y si ambas partes firman simultáneamente el contrato, esa presencia permitirá apreciar algunas de las condiciones personales de los firmantes. Así, cabe a simple vista, detectar la minoría de edad de una de las partes, su desequilibrio psíquico, su estado de embriaguez, etc. Y por supuesto, esta inmediatividad presupone la existencia del firmante. En este sentido cabe traer a colación el artículo 1.227 del C.c. que admite la eficacia frente a terceros de la fecha de un documento privado “desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron”.

Además, la firma electrónica avanzada está sujeta a importantes limitaciones en cuanto a su vigencia temporal e, incluso, pueden establecerse limitaciones relativas al valor o cuantía del precio del contrato a la que puede ser aplicada.

Nada de ello sucede, por hipótesis, en la firma electrónica, en la que las partes ni se ven ni, seguramente, se conocen. Incluso, dado que, según vimos, la firma electrónica avanzada lo que garantiza es la identidad del titular de las claves utilizadas no que sea éste quien las haya utilizado realmente, cabe, en la práctica, la firma electrónica “del muerto”, supuesto impensable en la firma contractual manuscrita debidamente identificada.

Por lo demás, al igual que la firma manuscrita contractual, la firma electrónica avanzada no prejuzga la capacidad, la legitimación, ni el consentimiento libre de vicios. Ni siquiera acredita el conocimiento “cabal” del signatario en relación a los datos consignados en el documento digital.

Por ello, ante la mera firma manuscrita, de carácter contractual o negocial, el legislador proporciona determinados medios para potenciar su valor, medios que son básicamente dos:

a) El reconocimiento, voluntario o judicial, de la autoría de la firma y del contenido del documento contractual (cfr. art. 1.225 C.c.).

b) La formalización del contrato y de sus firmas ante notario o empleado público competente, bajo la responsabilidad del fedatario (cfr. art. 1.216 C.c.).

Pues bien, en coherencia con el principio legal de plena equiparación entre firma manuscrita y firma electrónica avanzada, el régimen aplicable a su validez y efectos debe ser, con las limitaciones apuntadas, idéntico.

Dicho de otra forma, el hecho de que la firma electrónica avanzada cumpla con todos los requisitos y presupuestos exigidos por la Ley, incluida, por supuesto, la intervención en su proceso generador de un prestador

de servicios de certificación, no la convierte en firma pública sino en firma manuscrita.

Y no podría ser de otra manera, atendidas las distintas circunstancias que concurren en la formalización de la firma electrónica avanzada y en la formalización de un documento público, así como el distinto régimen jurídico aplicable al prestador de servicios de certificación y al notario que está sujeto a un importante compendio de obligaciones previas, simultáneas y posteriores a la firma del documento público. En cambio, como veremos a continuación, la intervención del prestador de servicios de certificación se produce en un momento muy anterior a la celebración del contrato para garantizar, entre otros extremos, la pertenencia de la firma digital a determinada persona. Incluso el titular de dicha firma puede no llegar a utilizarla nunca y cuando la utilice lo hará sin intervención del prestador del servicio que es totalmente ajeno al contenido del contrato y a la concurrencia o no de los requisitos a los que la ley vincula la validez y eficacia de éste.

IV. Notarios y prestadores de servicios de certificación: analogías y diferencias

Al hilo de cuanto llevamos dicho, resulta imprescindible hacer un parangón entre los notarios y los prestadores de servicios de certificación.

El examen de sus respectivas notas distintivas y de sus funciones puede servirnos para comprender mejor la relación existente entre la fe pública y la firma electrónica.

Vaya por delante que no existe ninguna incompatibilidad entre la función notarial y la labor de los prestadores de servicios de certificación, que no se excluyen entre sí.

Pero ello no supone que sea correcta la afirmación, que a veces se escucha, según la cual: “los prestadores de servicios de certificación autorizados, una vez inscritos en el Registro correspondiente del Ministerio de Justicia, ejercen como Notarios de las transacciones electrónicas”.

Las cosas son lo que son con independencia del nombre que se les dé.

Tampoco se trata de utilizar las normas legales vigentes, en su mayoría de origen decimonónico, como barrera que frene el progreso. Se trata simplemente de encajar las nuevas técnicas de la contratación dentro de un sistema legal que funciona razonablemente bien desde hace más de un milenio.

Las diferencias entre el notario y el prestador de servicios de certificación son notables y derivan de su distinta naturaleza y función y del proceso que sigue su actuación.

El prestador de servicios de certificación es de naturaleza privada. Puede definirse como “la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica” (cfr. art. 2.K del Real Decreto-Ley 14/1999 y art. 14 de su Reglamento, aprobado por Orden de 21 de febrero de 2000).

No es ni jurista ni funcionario público que tenga delegada una función pública. No tiene ningún carácter público. Incluso, la misma denominación clásica de “Autoridad de certificación” que se prestaba a equívocos, ha sido sustituida en los textos legales por la de prestador de servicios de certificación.

Es un profesional libre que actúa en el mercado en libre competencia, con las libertades comunitarias de libre circulación y libre establecimiento y sin que se le pueda exigir una autorización estatal previa.

Su función típica consiste en la expedición de certificados, se trate de simples certificados o de certificados reconocidos, conforme a unos determinados parámetros de calidad y seguridad técnica.

En consecuencia con lo dicho, estos certificados, incluso los reconocidos, no pueden ser considerados como documentos públicos, conforme al artículo 1.216, por estar expedidos por una persona privada. Los documentos expedidos por los prestadores de servicios de certificación son documentos privados con los especiales efectos que les reconozca la ley.

La intervención del prestador de servicios de certificación no tiende a garantizar la validez y eficacia del contrato sino, esencialmente, la seguridad de la comunicación del mensaje, en un triple plano:

- La identidad del titular de las claves utilizadas.
- La integridad del mensaje.
- La confidencialidad.

Pero el prestador de servicios de certificación no tiene como objetivo de su intervención garantizar la legalidad del contrato, lo cual es lógico por diversas razones:

1. En primer lugar, porque su actuación es eminentemente técnica, no jurídica.
2. En segundo lugar, porque el contenido del contrato le es totalmente ajeno.
3. Y, en tercer lugar, porque el contrato no se otorga con su intervención.

Aclaremos esto último porque, en ocasiones, hemos oído hablar, con cierta sorpresa por nuestra parte, del otorgamiento de contratos mediante un prestador de servicios de certificación.

Otorgar es consentir, estipular. Otorgamiento es el acto de consentir, de prestar el consentimiento al contenido de un documento.

En un sentido más estricto y técnico, el otorgamiento es la parte propia sólo de las escrituras públicas en la que las partes hacen suyo tanto el texto del documento leído como el negocio en él contenido. (Por ello en las actas notariales, que no recogen declaraciones de voluntad sino la narración de determinados hechos, no hay otorgamiento.)

El otorgamiento es el consentimiento al contenido del contrato bajo la fe pública notarial, por ello es lógico y natural que la lectura del documento, su asunción por las partes mediante su firma y la autorización del notario, se produzcan de forma simultánea, sin interrupción.

Esta simultaneidad recibe el nombre técnico de unidad de acto, cuyo significado es distinto según se predique del negocio jurídico o del documento en que éste se formaliza, hablándose en este sentido de una unidad de acto sustantiva-negocial y formal-documental.

La unidad de acto sustantiva implica que, en un contrato bilateral o plurilateral, todas las declaraciones deben producirse simultáneamente en unos mismos lugar y tiempo. Nuestro Derecho, ni histórica ni actualmente, exige esta unidad de acto sustantiva, como resulta de las diversas normas, ya comentadas, que regulan la contratación entre distantes. Todo ello sin perjuicio de reconocer que, como recordara la DGRN en su resolución de 18 de marzo de 1986, la comparecencia simultánea ofrece grandes ventajas al proporcionar a las partes una última y decisiva reunión en la que se pueden deshacer equívocos y erróneas interpretaciones y aclarar o corregir, en su caso, el texto propuesto.

Cabe pues que las diversas declaraciones que integran el contrato se formalicen en escrituras separadas, mediante la técnica de los otorgamientos sucesivos a través de escrituras complementarias de adhesión y/o de ratificación, o, incluso en la misma escritura mediante la técnica de las diligencias de adhesión (cfr. art. 176 del RN).

La unidad de acto formal, exigencia de nuestro Derecho, consiste en la necesidad de que cada documento se otorgue en unidad de acto respecto del otorgante, que debe leer y firmar el documento en presencia del notario.

Nada de lo dicho resulta de aplicación al prestador de servicios de certificación cuya función no puede conllevar la exigencia de presenciar el otorgamiento del contrato, lo que, por hipótesis, sería inviable.

El artículo 11.a) del Real Decreto-Ley 14/1999 impone al prestador la obligación de comprobar, por sí o por medio de una persona física o

jurídica que actúe en nombre y por cuenta suyos, la identidad y cualesquiera circunstancias personales de los solicitantes de los certificados, relevantes para el fin propio de éstos, utilizando cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Y según el artículo 12.d), los prestadores que expidan certificados reconocidos están además obligados a emplear personal cualificado y con la experiencia necesaria para la prestación de los servicios ofrecidos en el ámbito de la firma electrónica.

Con independencia de las garantías que adopte el prestador para la expedición del certificado a quien lo solicite, lo cierto es que su actividad queda al margen de la celebración ulterior de contratos haciendo uso de las claves pública y privada.

En síntesis, el proceso y sus protagonistas son los siguientes:

a) El signatario es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma, es decir, con un programa informático que sirve para aplicar los datos de su creación, datos únicos, en una clave privada que será la que utilizará para codificar sus mensajes.

b) Para obtener esta clave privada acudirá a un prestador de servicios de certificación que tiene la obligación, entre otras, de poner a disposición del signatario los dispositivos de creación de firma electrónica, de la clave privada, sin poder almacenar ni copiar los datos de creación de esta firma salvo que el signatario lo autorice.

c) El prestador del servicio de certificación produce al mismo tiempo los datos y el dispositivo de verificación de la firma (la clave pública pareja a aquella clave privada) que quedará en su poder a fin de poder extender sus certificados. La clave privada prueba quién envía el mensaje y la pública lo descifra.

d) Tras las comprobaciones a que nos referíamos, el prestador entrega al signatario, junto al dispositivo de creación de firma electrónica o clave privada, el certificado, o el certificado reconocido de la correspondiente clave pública.

e) Con tales certificados el signatario podrá comenzar ya a contratar dentro de los límites temporales y de valor de las transacciones que se hayan fijado.

En suma, al extenderse y entregarse al signatario el certificado de la clave pública para la verificación de la clave privada, por hipótesis aún no hay contrato alguno al que se haya aplicado la firma electrónica, sino que será a partir de ese momento cuando el signatario podrá empezar a contratar si lo considera conveniente.

Parece claro que en ningún caso los documentos electrónicos se otorgan mediante un prestador de servicios de certificación que ni siquiera

tiene conocimiento, de momento, de los contratos que el signatario puede llegar a firmar en el futuro.

Vemos pues que no cabe ninguna analogía entre la función del prestador de servicios de certificación y la labor notarial, ampliamente descrita anteriormente, que abarca la fase previa a la firma –con la identificación personal de las partes y la comprobación de su capacidad y legitimación, y con el asesoramiento y consejo para la redacción definitiva del contrato–; la fase de la firma –con el otorgamiento del documento, su lectura y firma en presencia del notario que controlará la observancia de los requisitos legales (cfr. art. 145 RN) debiéndose negar a la autorización del documento si falta alguno de éstos–; y la fase posterior a la firma –con la expedición de copias autorizadas y la conservación indefinida del original en el protocolo, a salvo de ulteriores manipulaciones del contrato–.

Por ello tampoco admiten comparación los efectos privilegiados del documento público con los efectos limitados del documento privado, lleve éste firmas manuscritas o digitales como veremos a continuación.

V. El documento privado y el documento público: la autenticación de firmas y la autorización de documentos

En primer lugar hay que denunciar el error, muy frecuente, de equiparar el documento privado con firmas auténticas al documento público, o lo que es lo mismo, equiparar la autenticación de firmas a la autorización de documentos.

Una vez más, debemos partir de nuestros textos legales.

Según el artículo 1.216 del C.c.: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades establecidas por la ley”.

Los documentos públicos notariales, y en especial la escritura pública, precisamente por haber sido autorizados notarialmente, es decir, por haber asumido su autoría un notario, bajo su responsabilidad, tras controlar la observancia de todos los requisitos legales, tienen una eficacia privilegiada.

Por ello, dispone el artículo 1.218 que “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste”, y “También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”.

Frente a los documentos públicos, los documentos privados, cuya elaboración es fruto exclusivo de los particulares, tienen una eficacia mucho

más limitada y supeditada al reconocimiento o conformidad de los propios contratantes.

Baste tener a la vista lo dispuesto en los artículos 1.225 y 1.227 del C.c. de los que resulta que:

“El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que los hubiesen suscrito y sus causahabientes” (art. 1.225).

“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” (art. 1.227).

Más adelante examinaremos con detalle el significado y alcance de la actuación del notario en la autorización de documentos públicos. Por el momento baste señalar que los efectos privilegiados del documento público notarial son consecuencia directa de las garantías que ofrece su elaboración.

Lo que ahora interesa es recordar los niveles de garantía documental que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, al igual que, como vimos, el legislador admite dos niveles de firma electrónica, según su fiabilidad, en nuestro sistema hay tres niveles de calidad documental:

1.º El documento privado ordinario. Su eficacia la concretan los artículos 1.225 y 1.227 del C.c. anteriormente transcritos.

2.º El documento privado con firmas autenticadas. El hecho de que sus firmas sean auténticas no lo convierte en documento público, pues su elaboración es estrictamente privada. A diferencia del anterior tendrá una fecha fehaciente, la de la autenticación de las firmas y éstas no podrán ser contradichas por los firmantes.

3.º El documento público, en particular, por lo que afecta a este estudio, el documento público notarial, cuya elaboración y autoría ha de ser asumida por el notario que responderá de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse a las partes y que sean consecuencia de su falta de pericia.

Atendiendo a estos tres niveles, el documento con firma electrónica avanzada es equiparable al documento privado ordinario. No puede equipararse al documento privado con firmas autenticadas por cuanto que el Real Decreto-Ley de 17 de septiembre equipara la firma electrónica avanzada a la firma manuscrita y no a la firma manuscrita autenticada o legitimada.

Ello es así porque el legislador es consciente de las diferencias existentes entre el documento privado, con firma manuscrita o electrónica, y el documento público, lo que le lleva a disponer en el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto-Ley, tantas veces citado, lo siguiente:

“Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-Ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos”.

Esta norma viene a consagrar, de un lado, la no interferencia de la regulación especial de la prestación de servicios de certificación de firma electrónica en el sistema general de la documentación pública, y, de otro, el reconocimiento de la exclusividad de la dación de fe extrajudicial.

No obstante, la dicción de esta norma deja bastante que desear pues refleja cierta influencia de la concepción anglosajona en la que el notario es un simple fedatario, no jurista. Ello explicaría que en lugar de definir la actuación notarial como de *autorización de documentos públicos* se refiera a la mera dación de fe de las firmas o a la elevación a públicos de documentos privados, actuaciones estas que no son, ni mucho menos, el grueso de la labor diaria del notario.

Esto no debe sorprendernos pues los tópicos y los estereotipos existentes en torno a la función notarial son numerosos, la mayoría de ellos provocados por la confusión entre el notario y el fedatario de tipo anglosajón. En este sentido, es fácil escuchar la opinión del experto afirmando que los prestadores de servicios de certificación son “notarios de la red”... “notarios electrónicos”.

En esta misma línea, en un artículo publicado en *Expansión* el 21 de febrero de 2000, pueden leerse curiosas afirmaciones, como las siguientes:

– “La valoración notarial de la capacidad de los contratantes... no es más que una presunción de capacidad que puede ser desvirtuada en juicio por la pericia de un psiquiatra”. ¡Claro!, pero se olvida el articulista de que para la valoración de dicha capacidad hay que estar presente en el momento del contrato y no unos años después...

– “La estimación de la capacidad para transmitir o disponer, por ejemplo como propietario, puede ser hecha por la misma parte adquirente o compradora a su riesgo...”. ¡Por supuesto!, pero de lo que se trata es de garantizar al máximo al comprador evitándole correr riesgos.

– Y, comentando la noción de documento público contenida en el artículo 1.216 del C.c., el articulista afirma lo siguiente “Una reforma

legal puede extender el concepto de público a los documentos contractuales con firma electrónica...”. ¿Sabrá realmente el autor la diferencia entre un documento público y un documento privado?

En mi opinión, debemos hacer un esfuerzo por no involucrar unas cuestiones con otras y, fundamentalmente, por no caer en la tentación de contraponer el sistema vigente de seguridad jurídica preventiva al sistema de seguridad que seamos capaces de proporcionar a la contratación electrónica de acuerdo con sus necesidades reales.

Ambos sistemas son perfectamente compatibles y pueden, además, ayudarse uno al otro.

La firma electrónica avanzada y la actividad de los prestadores de servicios de certificación sobre la que se apoya, tienen una gran importancia como instrumentos que sirven para potenciar la contratación comercial, tradicionalmente incardinada, sin problemas, sobre el documento privado.

Debe delimitarse esta contratación electrónica de la que tiene lugar mediante documentos públicos.

Una vez delimitada, estaremos en condiciones de examinar las posibilidades, y la conveniencia o no, de utilizar la Fe Pública Notarial al servicio de la seguridad jurídica del comercio electrónico y, especialmente, de la contratación electrónica, según los niveles de seguridad que convengan a ésta.

Siguiendo este razonamiento, más adelante examinaremos las distintas actuaciones notariales que pueden resultar beneficiosas a los indicados fines.

Así las cosas, creo que está justificado que hagamos a continuación un breve excursio sobre el papel del notario en la contratación en general antes de examinar la relación existente entre contratación electrónica y fe pública notarial.

VI. El notario y la contratación

El punto de partida ha de ser necesariamente la referencia a la especial naturaleza de la función notarial y su significado y alcance.

En efecto, la naturaleza de esta función es compleja pues el notario tiene en nuestro ordenamiento jurídico el doble carácter de profesional del Derecho y de funcionario público. Es funcionario público en la medida que ejerce, por delegación del Estado, la fe pública, pero para la mayor eficiencia del sistema el notario actúa con una estructura similar a la de un profesional.

La razón de ser del notario es proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos en sus relaciones jurídicas –personales, familiares y económicas–.

La seguridad jurídica es un derecho de todos los españoles, conforme al artículo 9 de la Constitución, pero, por su carácter abstracto, no siempre se comprende su significado y valor.

La noción de seguridad jurídica tiene un doble aspecto:

– En un sentido objetivo, la seguridad jurídica supone la existencia de leyes, claras y suficientes, sin lagunas, y su aplicación efectiva por los Tribunales.

– En un sentido subjetivo, la seguridad jurídica consiste, de una parte, en la posibilidad de todo ciudadano de conocer la ley, su significado y alcance y de otra, en la libertad de actuar con arreglo a aquella confiando en la eficacia de lo actuado.

En este sentido la seguridad jurídica es un saber a qué atenerse. Ello implica contar con un asesoramiento previo y con un adecuado ajuste de la voluntad, del contrato, a las leyes, todo lo cual genera en el ciudadano la confianza en que lo actuado producirá los efectos previstos, es decir, que su validez y eficacia no será contradicha.

Partiendo de estas ideas, se comprende fácilmente la relación existente entre la seguridad jurídica y la labor notarial, labor que a los ojos de la gente parece muy simple, como si el notario se limitara a plasmar en un documento lo que otros le manifiestan y a dar fe de sus firmas, pero que, en rigor, es una labor compleja que abarca en esencia las siguientes fases:

1. En primer lugar el notario está obligado a escuchar a las partes y a aconsejarlas y asesorarlas acerca de la posibilidad y de los medios de lograr los fines lícitos que aquellas se proponen alcanzar en cada caso.

2. Obtenida la conformidad de las partes, el notario debe redactar o controlar la redacción del contrato y su ajuste a la legalidad, exigiendo, en su caso, la acreditación de las autorizaciones pertinentes (por ejemplo en materia urbanística y de inversiones extranjeras).

3. Redactado el documento, el notario debe autorizarlo, es decir, asumir su autoría, garantizando la autenticidad formal de su contenido, además de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, la suficiencia de sus poderes, en su caso, y la fecha y lugar de la celebración del negocio jurídico. Autorización notarial que se produce con inmediatez personal.

A todo ello añádase la obligación del notario, como funcionario, de colaborar con la Administración, remitiendo la información fiscal y administrativa prevista por la ley, informaciones cada vez más numerosas (como ejemplo más reciente cabe citar la información exigida hoy en materia de blanqueo de dinero procedente de actividades ilícitas. —Cfr. Ley 19/1993, de 28 de diciembre, Reglamento de 6 de junio de 1995 e Instrucción de 10 de diciembre de 1999, de la DGRN—).

De ahí que si bien el notario, en cuanto que da fe, es un fedatario, no todo fedatario es notario, pues algunos fedatarios, como los anglosajones, limitan su actuación a dar fe solamente de las firmas de los contratantes, de su identidad y de su fecha, sin entrar en el contenido del contrato, lo que explica que para ser simplemente un fedatario anglosajón no sea necesario ser jurista, conocedor del Derecho.

Esta diferenciación entre el mero fedatario y el notario es básica. No obstante no siempre se comprende a lo que contribuye claramente el hecho de que el propio notario actúe a veces como simple fedatario.

Ello sucede porque el ámbito de actuación del notario es muy amplio.

Unas veces el notario autoriza escrituras públicas, en las que se plasman negocios o contratos pero otras, el notario actúa como fedatario puro y sólo da fe de los hechos. Cuando el notario se limita a dar fe de los hechos no autoriza escrituras sino lo que se conoce como actas (de sorteo, de requerimiento de pago, de notificaciones, etc.). Lo mismo sucede cuando el notario expide testimonios, dando fe de la concordancia de la fotocopia de un documento con su original, o de la identidad y autenticidad de las firmas puestas al pie de un documento, como sucede, en ocasiones, en las certificaciones de los acuerdos de las Juntas Generales de las sociedades mercantiles.

Pues bien, como anteriormente intentábamos explicar, aunque estas ideas son sencillas, sin embargo, en la práctica no siempre se tienen en cuenta, lo que motiva que exista a veces cierta confusión cuando se habla de documentos públicos notariales y de documentos privados con firmas legitimadas por fedatario.

Así, como dijimos, se cree, equivocadamente, que un documento cuya firma esté autenticada por notario es, sin más, documento público.

Insistamos una vez más en la clara diferencia entre documento público y documento privado. El documento público es el autorizado por notario u otro empleado público competente como fruto de la actuación antes comentada (cfr. art. 1.216 del C.c.), mientras que en la elaboración y gestación del documento privado no interviene ningún funcionario dotado de fe pública. Por ello, un documento privado que tenga las firmas legitimadas notarialmente no se convierte en documento público. Por la misma razón, el hecho de que determinados documentos tengan eficacia

ejecutiva, como la letra de cambio, o puedan tener cierta especial eficacia probatoria en juicio, no quiere decir que sean documentos públicos, porque una cosa es la naturaleza del documento y otra sus efectos. La producción de efectos similares en algunos casos no transforma la naturaleza sustantiva de un documento privado ni lo equipara al autorizado notarialmente.

Por su calidad, por su rigurosa elaboración, el documento público notarial tiene una gran importancia en el comercio, en el tráfico de bienes y derechos, estando dotado siempre de especiales efectos sustantivos, ejecutivos y probatorios, lo que le convierte en un mecanismo de gran valor socio económico al facilitar la solución de las contiendas judiciales e, incluso, evitarlas reduciendo notablemente la litigiosidad.

La escritura pública es además una forma de traditio o entrega de la posesión de la cosa vendida (cfr. art. 1462.2 C.c.) y título idóneo para la inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil. La importancia de los efectos derivados de la inscripción requiere la máxima calidad de los documentos inscribibles.

VII. Perspectiva notarial de la contratación electrónica: firma electrónica y fe pública notarial

Dicho todo ello, estamos ahora en mejores condiciones para explicar la perspectiva notarial del fenómeno de la contratación electrónica.

La institución notarial lleva siglos proporcionando seguridad jurídica a los ciudadanos a través del ejercicio de la función pública de dar fe, por delegación de la Autoridad del Estado.

Por ello, no tiene nada de particular que el notariado, tanto a nivel nacional como internacional, según veremos después, haya adoptado en esta materia una postura de decidida colaboración que ha de llevarle a prestar un gran servicio al desarrollo de la contratación electrónica, en diversos niveles.

La utilidad y valor de la aportación notarial en este nuevo campo podrá apreciarse mejor si se tiene presente que en toda esta materia confluyen dos ideas fundamentales:

- De un lado es imprescindible potenciar el comercio electrónico y, para ello, es necesario suprimir obstáculos formales, derivados de las exigencias establecidas por las legislaciones nacionales.

- Pero, de otro, hay que adoptar las medidas necesarias para conseguir seguridad, para que los ciudadanos confíen en las nuevas técnicas de

contratación puesto que la seguridad en el comercio electrónico es presupuesto indispensable para su desarrollo.

En otras palabras, estamos en presencia del clásico binomio AGILIDAD-SEGURIDAD. El comercio ha de ser ágil, pero seguro. Sin seguridad jurídica el comercio no puede desarrollarse. Lo mismo sucede en el plano de la financiación, tan necesaria para el desarrollo empresarial. Sin financiación no hay expansión empresarial, y sin garantías, sin seguridad, no hay financiación.

Para satisfacer esta exigencia de seguridad, caben dos respuestas o soluciones:

a) Establecer unos mecanismos técnicos y jurídicos que garanticen la validez y eficacia de los contratos. Este es el sistema de seguridad jurídica preventiva al que responde la existencia misma del notariado latino-germánico, vigente en la mayor parte de los países de la Europa continental.

En este sistema, que es el nuestro, además de proporcionar a las partes seguridad jurídica, en los términos expuestos, se les proporciona también un importante margen de seguridad económica en virtud del seguro de responsabilidad civil notarial que deja indemne a las partes del perjuicio económico que hayan podido sufrir por la actuación negligente del notario.

b) Establecer solamente un sistema de seguridad económica, de manera que no se garantiza la validez y eficacia del documento pero, si el contrato no es válido y no produce sus efectos naturales, hay siempre un sujeto o una entidad que responde de ello, indemnizando a los perjudicados del daño sufrido. Este es el llamado sistema de títulos, o de seguro, que es el tradicional en los EEUU.

Por ello, dada la enorme influencia ejercida en el campo de la contratación electrónica por Norteamérica, cuando los expertos estudian la seguridad en este tipo de contratación, encaminan sus soluciones más que hacia la seguridad jurídica, hacia la seguridad económica, exigiendo la adopción de normas que determinen la responsabilidad de los partícipes en la contratación electrónica (cfr. arts. 11 y ss. del Real Decreto-Ley de firma electrónica, en especial el art. 14).

Esto explica, por ejemplo, que cuando se habla de firma contractual, sólo preocupe la identidad o prueba de su autenticidad, y, en cambio, no se plantee cuestión alguna sobre el control de la capacidad del firmante. Un ejemplo aclarará lo dicho. Somos muchos los que hemos aprendido a navegar en la red llevados de la mano de nuestro hijo de diez años de

edad. Es posible que nuestro niño utilice mejor que nosotros la firma electrónica. Si así lo hace, en la mentalidad latino-germánica, el contrato es nulo, por ser otorgado por un menor de edad, en cambio en el sistema americano, el contrato producirá sus efectos, asumiendo el padre del niño su responsabilidad contractual.

Admitida esta realidad, los notarios, por todo lo dicho, no vemos en la contratación electrónica un peligro que pueda convertirnos en instrumentos obsoletos del sistema de seguridad jurídica, sino un nuevo campo en el que podemos seguir prestando, como desde hace siglos, importantes dosis de seguridad y confianza.

En este sentido se pronuncian la generalidad de los notariados integrantes del sistema latino-germánico a los que luego me referiré.

Por lo que respecta al Notariado Español, es claro que se ha incorporado rápidamente a las nuevas tecnologías. Quien conozca hoy un despacho notarial por dentro sabe hasta qué punto todos los notarios dependemos de la informática.

Hace unos años la novedad fue el tratamiento de textos, luego los programas de gestión en red, más tarde el fax, que hoy se ha convertido en instrumento indispensable para la contratación inmobiliaria mediante la conexión Notaría-Registro, y ahora casi todos los notarios tenemos nuestro e-mail, y el notariado cuenta con su página web y su Intranet.

Pero ahora se trata de dar un paso más pues la electrónica ya no es sólo una herramienta de trabajo sino una nueva vía o forma de contratación. Se ha abierto un nuevo capítulo en el apasionante diálogo entre la Técnica y el Derecho. La técnica digital nos lleva a la Sociedad de la Información y a la globalización del mercado. Desaparece la distancia y la espera en la contratación entre distantes. Estamos ante la revolución de las técnicas de contratación y no podemos permanecer al margen, como meros testigos del espectacular desarrollo de la forma electrónica que ha entrado en competencia con el documento-papel y que en el siglo XXI puede arrinconarlo.

Como respuesta a las nuevas circunstancias, el Consejo General del Notariado ha iniciado las oportunas gestiones para constituirse en entidad de certificación para proporcionar a los notarios sus firmas digitales.

Por otra parte, desde hace ya unos años, el notariado es patrono de FESTE junto con el Consejo General de la Abogacía y el de los Corredores de Comercio.

FESTE es la "Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones". Entre sus objetivos está el de constituir una infraestructura que combine la seguridad tecnológica con la jurídica, y facilite la intervención de los fedatarios en el modelo de confianza, de modo semejante a como hoy éstos desempeñan su función en la sociedad española.

FESTE se constituye también como entidad de certificación y colaborará para que los notarios actúen como entidad de registro, garantizando la identidad, capacidad y voluntad del solicitante de la firma electrónica avanzada.

Se pretende, de un lado, que notarios y corredores de comercio (todos notarios a partir del 1 de octubre de 2000) aporten su garantía a las comunicaciones electrónicas, a través de FESTE, como servicio de certificación, mediante la publicación de la clave pública de sus usuarios y salvaguardando la seguridad de las comunicaciones electrónicas mediante la conservación en depósito por parte de los notarios que así lo decidan por encargo de sus titulares de la clave privada de éstos. Y, de otro, que puedan actuar notarialmente a través de la red utilizando su propia firma notarial electrónica.

VIII. El comercio electrónico y el notariado internacional

La visión de la relación existente entre el notariado y el comercio electrónico trasciende de las posiciones e intereses nacionales.

En el plano internacional, los notariados latinos forman parte de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) que al día de hoy está integrada por unos setenta países de todo el mundo (América del Sur, Caribe, Marruecos, Canadá y práctica totalidad de los países de la Europa continental, como Italia, Francia, España, Bélgica, Holanda, Austria, Luxemburgo, Alemania, Grecia, República Checa, Eslovenia, Polonia, Hungría, Rusia, etc.).

La importancia de la cuestión motivó que la UINL, en su Asamblea de 2 de octubre de 1998, celebrada en la ciudad de Buenos Aires, formulara una DECLARACIÓN que recoge gran parte de cuanto llevamos dicho y que, por su interés, transcribimos en lo esencial.

1. Significado y alcance de la nueva tecnología

“El creciente interés despertado por la creación del documento electrónico y el comercio telemático, si por un lado ha suscitado grandes esperanzas de progreso, es innegable que induce a dudas y temores pues se podría temer que las nuevas tecnologías impliquen un coloquio de máquina a máquina con un aporte de inteligencia y de control humano mínimo o inexistente.

Pero esta sensación no tiene ninguna razón de ser. Aunque sea aparentemente revolucionaria, la nueva tecnología no representa más que un cambio de instrumento de comunicación, sin que implique necesariamen-

te una modificación de las tradiciones de intercambio comercial o del ordenamiento mismo. Al contrario, tal moderno instrumento de comunicación contiene una amplia promesa de aumentar las relaciones humanas entre las personas y, por ende, comerciales, permitiendo la casi anulación de distancias y del tiempo”.

2. Necesidad de una regulación

“Para que las posibilidades ofrecidas por esta tecnología alcancen un completo desarrollo, es necesario que sean introducidas nuevas reglas y, nuevas formas respecto a aquellas tradicionalmente en uso en la praxis comercial. Para prevenir las dudas y los temores que, innegablemente, pudieran surgir debido al solo hecho de hallarse ante una técnica que sustituye con símbolos matemáticos la firma realizada con signos trazados con la mano humana, es de la máxima importancia que las normas, técnicas y jurídicas, que regulan el nuevo sistema brinden las máximas garantías de seguridad. Hoy tenemos la extraordinaria posibilidad de participar en el nacimiento de un fenómeno comercial, pudiendo dictar las normas de funcionamiento, tarea en la cual el legislador y los técnicos del Derecho deben intervenir para que en el futuro se eviten del todo controversias y conflictos”.

3. Las garantías de seguridad

“El comercio electrónico, según el desarrollo actual, se basa en una arquitectura denominada INFRAESTRUCTURA DE LLAVES PÚBLICAS (PKI). El sistema de PKI utiliza un par de llaves, interconectadas entre ellas, siendo por tanto posible a una parte utilizar una llave (llave secreta) para firmar electrónicamente el documento pudiendo la otra parte utilizar la otra llave (llave pública) para verificar la autenticidad de la firma electrónica que ha sido puesta. Si aplicando al documento la pareja de llaves el resultado no coincidiera, querrá decir que el documento ha sido firmado por otra persona o ha sido alterado. Para que el que utiliza la llave pública, a fin de verificar la autenticidad de un documento, pueda obtener la certeza de que la llave pública ha sido atribuida a la persona que declara ser su titular y no a otros, es indispensable la introducción de un tercero de probada confianza (TRUSTED THIRD PARTY - TTP). En el sistema PKI el tercero de probada confianza (TTP) adjunta a la llave pública un certificado que contiene la identificación del titular de la llave y toda otra información útil. Pero es evidente que para que el sistema tenga éxito, el tercero debe gozar realmente no sólo de la más amplia confianza de las partes sino asimismo de la sociedad entera y debe

estar provisto de capacidades técnico-jurídicas para poder efectuar el necesario control de legalidad sobre el documento firmado y enviado con la nueva tecnología”.

4. El papel del notario

Por ello, lejos de ser una materia ajena al notario, es un nuevo campo de actuación notarial, en competencia con otras personas e instituciones pues “En realidad, tales requisitos indican a una profesión que, por más de un milenio, ha cumplido ese rol con plena satisfacción de los usuarios y de la sociedad. La función notarial consiste propiamente en la íntima fusión de los deberes de certificar la identidad y capacidad de las partes y de ofrecer a aquellas partes que requieren tal certificación el asesoramiento jurídico necesario para que el interés que se proponen obtener las partes se realice en el respeto del ordenamiento jurídico.

Para que el notario pueda seguir cumpliendo tal función, a la cual no es absolutamente posible renunciar, para el desarrollo ordenado y pacífico del comercio jurídico, será necesario que el notario adquiera los conocimientos concernientes al funcionamiento de las nuevas tecnologías, para poder informar a las partes y responder del procedimiento que se dispone a utilizar”.

Podrá decirse que, sobre todo por el origen anglosajón de la tecnología “habrá otros que ofrecerán en el mercado sus servicios de TTP (Bancos, Cámaras de Comercio, Service Providers en Internet, Empresas) análogamente a lo que ocurre hoy en día en el mundo del papel que nos es familiar; pero ninguno, de todos modos, podrá garantizar un tal nivel de imparcialidad y, sobre todo, que tal posición de equilibrio y de tercería sea unánimemente y universalmente reconocida. Esta exclusividad notarial –independientemente del instrumento técnico utilizado– merece ser siempre subrayada”.

Por ello, además de seguir desarrollando su propio rol de garante del documento (incluso electrónico) el notario podrá ejercer, con ventajas para la sociedad, ulteriores funciones en el ámbito del comercio electrónico, tales como:

- Archivo y conservación del documento electrónico: la posibilidad para las partes de presentar en juicio una copia certificada por el notario que conserva el original, con la misma fuerza probatoria del original mismo, indudablemente permitirá atribuir mayor confiabilidad a documentos que son, en muchos aspectos, incorporales.

- Conservación de las llaves: el notario, aun salvaguardando por entero la necesaria reserva, puede conservar una copia de la llave, para toda

necesidad de su cliente, sea para el caso que se pierda, sea en el caso de que se necesite demostrar la existencia de la propia llave en cierto momento.

- Time stamping: algunos documentos, aunque no sean notariales, podrán necesitar que sea marcada la fecha y la hora; asimismo, el control de la máquina que inserta esta marca podrá ser útilmente confiado al notario.

- Ventanilla electrónica notarial: no todos los ciudadanos estarán provistos de las tecnologías o conocimientos requeridos para enviar o recibir documentos electrónicos; el notario podrá útilmente cumplir esta función sustitutiva suministrando al documento el valor agregado de la intervención notarial y de su certificación, lo cual será aún más útil para el proceso de intercambio de datos desde y para la Administración Pública.

- Certificación internacional: la eliminación de tiempo y espacio perderá cualquier ventaja si al documento se le ponen los obstáculos constituidos por las fronteras nacionales; los Notariados podrán garantizar la circulación del documento electrónico de un ordenamiento a otro.

En este último sentido, podrá asumir una enorme importancia la Unión Internacional del Notariado Latino; es evidente que una cadena continua de certificación podrá ser constituida desde cada notario hasta su propia organización nacional a la organización superior regional o federal, hasta aquella universal de la UINL. Esta ininterrumpida cadena de certificaciones podrá garantizar al documento electrónico una amplísima circulación sin tener que aguardar los tiempos necesariamente muy largos para la aprobación de tratados internacionales como los de La Haya.

“Este es el desafío lanzado al Notariado en el tercer milenio, la adaptación a las nuevas técnicas para colaborar en el desarrollo de la sociedad y del tráfico jurídico”.

Hasta aquí la primera parte expositiva de la DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES.

A continuación, entrando en la declaración propiamente dicha, su tenor literal es el siguiente:

“Visto.- Que en el mundo actual el ciudadano precisa más que antes de una seguridad jurídica preventiva.

Visto.- Que la globalización de la economía, la internacionalización de los negocios, y la regionalización de los países, hace necesario una compatibilización en las formas documentales.

Vista.- La creciente circulación del comercio y del documento telemático, en el actual sistema de firma digital y claves asimétricas,

tendientes a identificar fehacientemente a los titulares de los mensajes que utilizan esas vías para formalizar un acto o negocio con consecuencias jurídicas.

CONSIDERANDO: Que la formación de los negocios debe ir precedida del imparcial asesoramiento jurídico de los legítimamente interesados en el mismo.

CONSIDERANDO: Que a ello debe agregarse la certificación de la identidad y capacidad de las partes, que asegure el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

CONSIDERANDO: Que el Notariado de tipo latino ha venido realizando correctamente esas funciones desde hace siglos, bajo su absoluta responsabilidad profesional y personal, con el debido control establecido por las respectivas leyes orgánicas notariales de cada país.

LA ASAMBLEA GENERAL DE NOTARIADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

DECLARA

1. La necesidad de promover la promulgación de leyes que reconozcan la intervención del Notariado de tipo latino, asegurando la legalidad, autenticidad y conservación de los documentos electrónicos, que sirvan de base a las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas de todo el mundo.

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

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

IX. Tendencias en el notariado europeo

El posicionamiento de los notariados europeos ante la contratación electrónica es diverso.

Los notariados alemán e italiano cuentan ya con una legislación que les permite constituirse en autoridad de certificación.

La legislación alemana está compuesta por la Ley de Firmas Digitales, aprobada por el Bundestag el 13 de junio de 1997, ley que se engloba en la más amplia llamada "Ley Multimedia".

La legislación italiana está contenida en el Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica aprobado el 5 de agosto de 1997. El artículo 16 se refiere a la firma digital autenticada. La autenticación de la firma digital consiste en la declaración por parte del notario de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo el aseguramiento de su identidad personal, de la validez de la llave pública y del hecho de que el documento firmado responde a la voluntad del firmante, y no es contrario al ordenamiento jurídico. La puesta de la firma digital por parte del notario sustituye a todos los fines legales la utilización de sellos, punzones, timbres, contraseñas y marcas.

Según el artículo 6 de este Reglamento, las copias sobre soporte informático de los documentos firmados en origen sobre soporte papel o de cualquier otro modo no informático, sustituyen, a todos los efectos legales, a sus originales si su conformidad con el original está autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado, con declaración escrita en el documento informático.

Conforme al artículo 7, el titular de la copia de llaves asimétricas podrá obtener el depósito en forma secreta de la llave privada en la oficina de un notario u otro depositario público autorizado, aplicándose la técnica prevista para el testamento cerrado (art. 605 del Código Civil italiano). Consecuentemente, el sobre que sirva de envoltorio a la llave privada deberá ser sellado de forma que no pueda ser abierto ni pueda extraerse la llave sin rotura o alteración. En la cubierta del sobre se firmará el acta de recepción, en la que se indicará el hecho del depósito y de la declaración del titular de la llave privada, firmándose el acta por el titular de la firma digital, por los testigos y por el notario.

En la misma línea claramente favorable a la firma digital autenticada notarialmente se manifiesta el notariado holandés.

Por su parte, el notariado belga entiende que será difícil entrar en competencia con las grandes firmas de certificación, que formarán un auténtico oligopolio, por lo que encamina sus esfuerzos a funcionar como entidad de registro.

Finalmente, el notariado francés se mostraba muy cauteloso en esta cuestión. Téngase en cuenta que el Gobierno francés es muy restrictivo en cuanto al empleo de la criptografía, hasta el punto de que está casi totalmente prohibido por razones de seguridad nacional. Sin embargo, se ha abierto paso con gran fuerza la tesis progresista hasta el punto de que

se ha dictado una Ley, fechada el 29 de febrero de 2000, que ha modificado el Code Civil de Napoleón, para adaptar sus preceptos relativos a la prueba y al documento público notarial a las tecnologías de la información y a la firma electrónica.

La Ley francesa tiene una gran importancia en esta materia en cuanto que es la primera que reforma un Código Civil decimonónico a los fines indicados.

X. Conclusiones

1.º El fenómeno de la contratación electrónica tiene una enorme importancia por los beneficios que puede reportar a la sociedad. Es el futuro inmediato del desarrollo de la economía y del comercio, por lo que debe potenciarse sin regatear esfuerzos.

2.º Para que se difunda entre todos los ciudadanos es imprescindible dotarle tanto de calidad y seguridad técnicas como de seguridad jurídica.

3.º La Fe Pública Notarial puede prestar un gran servicio a la seguridad jurídica de las transacciones electrónicas, siendo imprescindible a tal fin que el notariado se esfuerce en participar activamente con las entidades de certificación y de registro, llegando incluso a protagonizarlas.

4.º La equiparación de la firma electrónica a la firma manuscrita no equivale a la equiparación del documento privado al documento público.

5.º El reconocimiento del documento con firma electrónica supone un gran impulso a la contratación comercial basada en el documento privado, pero no interfiere en el concepto del documento público ni, por su distinta génesis, es equiparable en efectos.

6.º Las diferencias entre el notario y el prestador de servicios de certificación resultan directamente de su distinta naturaleza y función.

Frente a la naturaleza privada del prestador de servicios de certificación, el notario es profesional del Derecho y funcionario público al que el Estado le delega el ejercicio de la fe pública extrajudicial.

Las diferencias derivadas de la condición de jurista del notario son obvias.

Del carácter funcional del notario se derivan dos importantes consecuencias que lo distancian claramente de la actividad del prestador de servicios:

a) En primer lugar, el notario está obligado a controlar la legalidad del documento y la concurrencia de todos los requisitos legales, licencias y autorizaciones exigidas para su validez, además de la identidad, capacidad, legitimación y libre voluntad de los contratantes en relación con el contenido del contrato documentado.

Al respecto, conforme establece el artículo 145 del RN, el notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, todos o algunos de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria... “y cuando el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes... o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos”.

Una norma semejante es impensable para los prestadores de servicios de certificación, lo cual lejos de ser un fallo del sistema es simplemente consecuencia del distinto alcance de la intervención de aquéllos y de la propiamente notarial.

b) Y, en segundo lugar, el notario, como funcionario, está obligado a cumplir con un importante número de obligaciones de control y de comunicación de datos a la Administración.

Estas obligaciones son numerosísimas y van aumentando cada día. Piénsese, por ejemplo, en las nuevas obligaciones relacionadas con la lucha contra el blanqueo de dinero procedente de actividades ilícitas. Pero, sin duda, los supuestos más importantes son los relativos a la colaboración con la Administración Fiscal y Tributaria.

En efecto, ante un documento privado, el notario al que se le solicite la autenticación de las firmas debe enviar copia del documento a la Hacienda Pública a efectos, en su caso, de la liquidación del Impuesto que corresponda. Y si se trata de una escritura pública, el notario debe incluirla en un índice mensual para su remisión a Hacienda, lo que permite una correcta gestión de la inspección y recaudación de los impuestos.

¿Quid ante un contrato con firma electrónica? ¿Se admite el funcionamiento del sistema al margen del control fiscal? ¿Se habrá abierto una brecha en el sistema mediante el sencillo procedimiento de obtener una firma digital con fecha fehaciente y esperar al transcurso del plazo de cuatro años para la prescripción del impuesto?

Tal vez este sencillo ejemplo, con el que terminamos, ayude a comprender la diferencia entre la documentación pública y la documentación privada, y su distinta transcendencia para la sociedad.

EL DERECHO JUDICIAL, FUENTE POSITIVADORA DEL ORDENAMIENTO. UN CONCEPTO POSTKELSENIANO DE DERECHO

JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO

Es necesario considerar el sistema de fuentes del derecho y perfilar el concepto de “positivo” referido al ordenamiento jurídico. En cuanto a las fuentes, debe añadirse a las reconocidas (ley, costumbre, principios generales del derecho) una más, no suficientemente valorada. Ésta es el derecho judicial, creador de nuevas instituciones siempre dentro de la ley. Lo que supone conceptualizar el derecho judicial como una fuente del normativismo, es decir, de la legalidad. En efecto, la ley arbitra dentro de sí misma un hueco para que se desarrolle en él el derecho judicial. Éste obedece a una necesidad de la ley, concebida hipotéticamente, de adquirir concreción y elasticidad para adaptarse a las peculiares circunstancias de cada supuesto de hecho. Esta adaptación de la ley al caso, encajando en él, constituye el único medio de ponderar, articular y solucionar correctamente el conflicto de intereses objeto de las normas. La ley, abstractamente concebida, se concreta y realiza mediante su aplicación y, para ello, necesita *doblegarse* al caso. A tal efecto, es necesario que el derecho judicial, calificado de *ius aequum*, inyecte a la ley un mayor o menor grado de flexibilidad según la necesidad adaptativa de cada institución jurídica.

¿Cómo podría ser definido el derecho judicial? Por de pronto, hay que señalar que éste no se identifica con la jurisprudencia, sino que es más amplio. El derecho judicial es el conjunto de criterios utilizados por los jueces para aplicar la ley (u otra fuente: costumbre, uso de los negocios, principios generales del derecho), siempre que esas pautas estén acogidas y amparadas por la jurisprudencia y respaldadas por la ley (no pueden ser *contra lege*, ni siquiera pueden ser *propter*, sino *secundum lege*). Se trata, en el fondo, del derecho honorario, creador de instituciones jurídicas a través de la concesión de acciones útiles para proteger intereses que, no teniendo atribuidas las acciones directas, son, no obstante, dignos de mayor tutela. El derecho honorario ha discurrido como una fuente subterránea, pero eficaz, de derecho desde Roma a través de la Edad Media, llegando hasta el derecho actual.

Su reconocimiento inicial es tímido y se inicia en Alemania en los años sesenta en ESSER y WIEACKER. Éstos afirman que, cuando no hay una norma estrictamente aplicable, ni siquiera la analogía, el juez crea un criterio que sirve, no solamente para solucionar el supuesto, sino además para resolver otros casos similares. Tal criterio, conforme va siendo aplicado cada vez más (por el mismo juez o incluso por otros jueces también) adquiere —se nos dice— “cierta relativa fuerza vinculante”. Esta aseveración exige una matización, pues la aplicación sucesiva o progresiva del criterio judicial le atribuye cierto grado de generalidad. Siendo ésta un elemento esencial de la norma, le atribuye, en realidad, “cierta relativa fuerza normativa”. Lo que no implica que el criterio llegue a ser una norma, ni aun menos a suplantarla, ya que, por mucho que se le siga aplicando, no conseguirá nunca obtener el cien por cien de la generalidad propia de las leyes.

El derecho judicial, utilizando sus criterios aplicativos, consigue adaptar la norma o la ley al caso. De este modo, el caso no queda reducido a la función meramente pasiva de objeto al que se aplica la norma, sino que además tiene dos funciones activas: 1. Delimitar aquel sector del ordenamiento que le es aplicable. 2. Enfocar desde su peculiar conflicto de intereses las normas, al efecto de coaplicarlas en la proporción necesaria para la correcta solución del indicado conflicto. Tal proporción está exigida por un principio general llamado *principio de coherencia normativa*. Esta coherencia limita la esfera de actuación de los criterios aplicativos, que no pueden ser arbitrarios, sino que, constreñidos por ella, deben combinar las normas dentro de un relativamente estrecho margen de posibilidades legales (p. ej. dar al acreedor el capital, pero no los intereses, o darle los intereses máximos, pero no todo el capital, etc.).

Lo explicado supone que, teniendo en cuenta la importancia del derecho judicial en la conformación de la realidad a la que aplica la ley, sea

más adecuado que los juristas miren la norma (aplicable) desde el caso, y no el caso desde la norma. Lamentablemente esta última actitud de contemplar la casuística desde el ordenamiento, debida a un empacho de positivismo, resulta directamente de haber sufrido las taras de la inversión propias del método dogmático. La codificación, provocada por el estatismo legislativo de los recientes nacionalismos europeos, ha desnaturalizado el derecho privado y el punto correcto de mirarlo. En cuanto a lo primero, la desnaturalización consiste en haber olvidado que el derecho es esencialmente autonomía de voluntad y no consiste tanto en leyes civiles, que la limitan o la encorsetan. En cuanto a lo segundo, dada la importancia de la voluntad, se hace imprescindible ver las normas aplicables desde el caso, observar desde él cómo éstas se deforman y doblegan a las peculiaridades del supuesto de hecho para lograr finalmente encajar en él y solucionar el conflicto. Tan importante es partir del caso, y no tanto de la norma a él aplicable, que cabe imaginar un derecho sin normas, pero con casos que solucionar. Pero, en cambio, no es posible un derecho con normas, pero sin casos. Un sistema así no pasaría de ser un ordenamiento hipotético.

La advertencia de que el caso es tan importante como para concebir el derecho como los casos resueltos por sentencias firmes, de modo que éste no es el conjunto de normas sino el conjunto de casos sentenciados, nos acerca al “case of law”. Probablemente, por lo que iremos explicando, los sistemas continentales están mucho más cerca de él de lo que hasta ahora se ha creído. Y lo que les acerca es el derecho judicial.

Dicho todo esto, ¿qué funciones tiene, cómo actúa el derecho judicial?, y, sobre todo, ¿a través de qué mecanismos tal derecho, concebido como el conjunto de criterios aplicativos apoyados en la jurisprudencia y amparados por la ley, crea derecho privado, constituye nuevas instituciones no legisladas?

La primera función del derecho judicial, atribuida literalmente a la jurisprudencia (art. 1.6), es “complementar el ordenamiento”. Tal función consiste en llenar sus lagunas, corregir sus deficiencias, iluminar sus oscuridades. Para llenar lagunas, cuando no existe ningún precepto que haya regulado con criterio general el problema del supuesto de hecho objeto de autos, el juez tiene (art. 1.7) que crear un criterio, bien para aplicar una norma análoga a la que falta o bien directamente para resolverlo. Luego veremos que, incluso cuando el criterio judicial parece resolver él solo el supuesto sin acudir a ninguna norma, en rigor lo único que hace –y que debe hacer– es aplicar el ordenamiento (si bien con una técnica distinta de la aplicación directa o de la analogía). Lo que hace es *coaplicar* varias normas, combinándolas en la proporción exigida por el principio de coherencia, o sea, en la proporción equilibrada para resolver correcta-

mente el conflicto de intereses. Y en esta combinación el juez puede llegar a crear derecho, a dar vida a nuevas instituciones.

Para corregir las deficiencias de la ley o iluminar sus oscuridades el derecho judicial utiliza también criterios hermenéuticos, pero que rigurosamente no crean derecho, ni son fuente, ya que se limitan a *desarrollar* la ley, como el legislador lo hubiera hecho si hubiera sido más explícito. Pero este desarrollo de la ley no es constitutivo de novedades institucionales, pues consiste en, partiendo de lo ya explícitamente legislado, *estirar* la ley para que abarque la parte deficiente u oscura de ella. Lo que se consigue con una interpretación extensiva.

La segunda función del derecho judicial es vigilar el cumplimiento de la buena fe, tanto en el comportamiento negocial como también en el ejercicio de los poderes jurídicos. La sanción de nulidad contra el dolo (art. 1.269) no es una medida suficiente correctora de la mala fe, ya que incide exclusivamente en la fase de la celebración del contrato. Es preciso luchar contra el dolo incluso en la fase de ejecución. Los tribunales no tienen otro apoyo para esto que el principio general de buena fe (art. 7), referido, en su generalidad, a la celebración y también a la ejecución (art. 1.256) del negocio jurídico. Por otra parte, el ejercicio de los poderes jurídicos, de las facultades y de los derechos subjetivos está, qué duda cabe, estrictamente encauzado por la buena fe. Para ser más precisos, cada vez más la buena fe, la función social, el principio de solidaridad como idea política primaria, limitan su ejercicio. De tal forma que la extralimitación en el ejercicio de los poderes, facultades y derechos sufre la reprochabilidad de la ilicitud y debe ser recortada y reducida. El principio de justicia rogada, tan esencial en el derecho privado, ha exigido hasta ahora que las partes aleguen y utilicen los medios procesales para luchar contra el abuso. Sin embargo, la reciente novedad de obligar a los jueces y a los tribunales de justicia a rechazar de oficio las pretensiones manifiestamente abusivas (art. 11.2 LOPJ) ha dado un giro a esta cuestión. Ya no es necesario alegar ni probar el abuso ni utilizar los medios procesales para repelerlo. Basta con que el abuso se dé para que tenga que ser erradicado.

A lo que aquí interesa, los tribunales pueden, a través de su función correctora del abuso, crear derecho. Cabe un ejemplo: los llamados poderes irrevocables habían traído de cabeza a la doctrina civilista, sencillamente porque se podían revocar *siempre*. Ello sucedía (y sucede) porque el poder se origina unilateralmente (por la voluntad única del poderdante), y, por ello, se extingue también unilateralmente a su capricho. Es cierto que la revocación de ese tipo de poderes era inadmisibles, porque iba contra acto propio. Así, era contradictorio que, quien daba un poder para que el representante cobrase a un deudor del representado para

autopagarse la deuda que tenía contra el poderdante, lo revocase antes de su cobro. Era obvio que tal conducta del poderdante, además de constituir un contrasentido (dar un poder para quitarlo antes de que se utilice), entrañaba dolo. Pero, como el poder es un negocio jurídico *unilateral* del poderdante, que por ello no puede ser aceptado por el apoderado, no cabe crear, a través de la indicada aceptación, ningún interés jurídico del apoderado *en el poder*. Porque, ¿cómo es posible constituir un interés jurídico sin la aquiescencia o aceptación del interesado?, (es imposible, cfr. art. 1.257). Lo único que le cabe al apoderado es utilizar o no el poder, pero no invocar en base a él ningún interés propio (en el caso del ejemplo para cobrar la deuda que tiene contra el poderdante). Con ello, era notorio que la doctrina se equivocó de plano cuando creó la teoría del “interés del representante”, como sostén de la irrevocabilidad en defensa de este interés. Sin embargo, el derecho judicial podría crear una especie de irrevocabilidad al efecto: 1. Cuando haya acuerdo de no revocar, entendiendo que de éste nace una obligación negativa, que es no hacerlo. De modo que cuando, en contra del pacto, el poderdante revoque el poder, la revocación vale (inevitablemente), pero se debe ordenar deshacer lo mal hecho (la revocación). La sentencia destructora de la revocación abusiva no sería, por lo tanto, declarativa (de la nulidad de la revocación, puesto que ella es válida según la ley), sino constitutiva de un estado jurídico nuevo tras la *destrucción* del acto revocatorio. Lo que implicaría, claro está, una *irrevocabilidad judicial*. Nótese que ésta sería legal, pues resultaría de aplicar directamente al caso el Código civil (arts. 1.098, 1.099). Dicho de otro modo, no hay en el ordenamiento irrevocabilidad del poder, pero sí puede haberla en el derecho judicial. El derecho judicial puede crear así una institución que falta en el derecho estricto (normativo), aplicando la ley. En rigor, no aportaría ningún nuevo material (normativo), sino que combinaría el que hay (arts. cit.), adaptándolo a las necesidades concretas *del caso*. Por ello, podría ser fuente de derecho, porque actuaría plenamente bajo la ley y dentro de su sistema de fuentes. Y efectivamente puede crear una especie de irrevocabilidad por efecto de la destrucción del acto revocatorio (válido legalmente para tener que ser destruido) y no por declararlo nulo, como hubiere correspondido si el poder pudiese ser en ciertos casos legalmente irrevocable. 2. Aunque no haya un acuerdo de no revocar, los tribunales, apoyados por la jurisprudencia, también *podrían crear* un tipo judicial de *irrevocabilidad*. En efecto, podrían apreciar dolo o contravención de conducta en el poderdante que otorga un poder y, antes de que éste sea utilizado, lo revoca con daños a terceros (el apoderado en su condición de parte del contrato base del poder, los terceros con él contratantes). Por ello, decretarían (¡ojo!, no declararían) la irrevocabilidad *en virtud de una sentencia constitutiva*.

Pero, en verdad, lo único que harían, aquí también, es aplicar la ley (principio general de la buena fe, art. 7, y especial, art. 1.258, referida a los contratos y, por analogía, a los negocios jurídicos como lo es el otorgamiento del poder), evitando el abuso en el ejercicio por el poderdante de la facultad revocatoria.

Además de completar el ordenamiento y de corregir abusos en el ejercicio de los poderes jurídicos, el derecho judicial tutela intereses dignos de más protección de la que legalmente reciben. Cuando la ley, frecuentemente a falta de previsión de todos los casos que podrían darse, no respalda, o no lo hace suficientemente, un determinado *tipo de interés jurídico*, el juez “complementa” esa protección deficiente o imperfecta, ¿cómo lo hace? Siguiendo la técnica de las acciones útiles, que eran concedidas por el pretor para que un interés sin acción (directa) legal pudiera ser puesto en un proceso a modo de pretensión, el juez da cobertura a intereses sin acción. Un ejemplo importante se refiere al comprador a plazos con pacto de reserva de dominio, sobre todo si los va pagando puntualmente. Porque, a pesar de ser un deudor ejemplar en dichos pagos, podría ver embargada la cosa por virtud de una acción ejecutiva de los acreedores del vendedor. Pues es evidente que este último sigue siendo entretanto la ejecución del contrato propietario, por virtud de haberse reservado el dominio a través del pacto de reserva. En tal caso, el comprador nada podrá oponer a tal embargo, ya que sólo tiene la expectativa de llegar a ser dueño, pero no lo es por el momento (hasta haber totalizado el pago del precio). A pesar de ello, los tribunales, en tal caso, le atribuyen la acción de tercería de dominio para alzar el embargo (SSTS 19 mayo 1989, 18 diciembre 1990, 16 julio 1993. Cfr. además SSTS 30 octubre 1973, 19 abril 1975, 10 mayo 1990): téngase en cuenta que dicha tercería es una acción dominical. Los jueces y tribunales, amparado su criterio por la jurisprudencia, han intuito, sin formularlo, que en la medida en que el vendedor reservista es *menos dueño* desde la entrega de la cosa, pues desde ésta pierde la disponibilidad de la propiedad (cuyo derecho, no obstante, conserva) en beneficio del comprador, el comprador es *algo dueño*. Ciertamente, no tiene la propiedad, que sigue perteneciendo al vendedor durante la reserva, pero sí debe tener las acciones que la defienden. Tales acciones no se basan en el derecho de dominio, del que por el momento carece el comprador reservatario, sino *en sí mismas*. Es decir, se basan en la simple o mera atribución judicial como medio necesario para evitar que un comprador casi dueño por el pago de (casi todos) los plazos del precio se vea embargado por deudas de un tercero (el vendedor). La tercería de dominio, a favor del comprador durante la reserva, convierte su interés tipo expectativa a la propiedad carente de acción (y por tanto interés no jurídico) en un interés jurídico (dotado ya

de acción judicial). Tal acción no se apoya en el ordenamiento, ni es por ello una acción directa; sino que se concede por el juez, aunque –por supuesto– no contra sino conforme con la ley, perteneciendo al tipo de *acciones* (pretorias) denominadas *útiles*. En rigor, el comprador reservatario no recibe *como tal* la acción útil de tercería de dominio contra los acreedores del vendedor. La obtiene, en realidad, en su calidad de poseedor civil de la cosa comprada mientras va pagando los plazos del precio. En efecto, es claro que el comprador es poseedor *ad usucapionem*, pues ha recibido la posesión (tradición o modo) en base a un título útil para transmitir la propiedad (la compraventa). Lo único que ha detenido por el momento la adquisición de ella es el pacto de reserva. El que no impedirá, sin embargo, la usucapión en el comprador si ésta (caso extraño) se verificase antes del pago de los plazos. Si recordamos que la acción honoraria (o pretoria) llamada *publiciana* era un medio procesal útil para mantenerse en la posesión por estar en trámite de usucapir, enseguida advertiremos que la comentada tercería es la misma acción publiciana.

A lo que aquí importa, el derecho judicial, a través de la tercería de dominio útil atribuida al comprador, *ha creado* una nueva institución, que es *la propiedad compartida*. El Código civil regula la propiedad dividida, en la que los condueños participan en el mismo nivel de consolidación de la propiedad. Pero, pergeñada la venta con reserva (como la hemos expuesto) por el derecho judicial, vendedor y comprador participan durante la reserva en la propiedad de modo distinto: al vendedor corresponde el derecho de propiedad (directa), al comprador pertenece al menos la acción dominical de tercería (aunque no se ha dado ningún caso, nada impedirá a los tribunales atribuir al comprador durante la reserva una reivindicatoria útil frente a todos menos frente al vendedor, todavía dueño) y posiblemente todas las acciones (útiles) de la propiedad, pero no la titularidad de ésta. Vendedor y comprador *comparten* la propiedad de la cosa vendida, el primero es dueño según el ordenamiento, el segundo según el juez, sin, por ello, quitarle el juez la propiedad al vendedor. El vendedor tiene la propiedad, reducida al perder la disponibilidad desde la entrega, y las acciones (directas) que la tutelan recibidas del ordenamiento. El comprador no tiene la propiedad, ni acción ninguna obtenida de la ley, sino las acciones dominicales judicialmente atribuidas.

Aparentemente, la propiedad compartida es una nueva institución, creada por el derecho judicial (no suficientemente conocido, valorado, ponderado). Pero, un análisis más profundo demostrará que el derecho judicial no crea nada *por sí mismo*, sino que combina varias normas legales coaplicables en la proporción exigida por el conflicto de intereses (en el caso del ejemplo la venta con pacto de reserva). La exigencia legal de aplicar varias normas a la vez en la proporción debida en cada caso es

un principio general del derecho, el *principio de coherencia*. En efecto, –siguiendo con el mismo ejemplo de la reserva– son aplicables aquí tres normas antagónicas: por una parte, el principio de que los contratos onerosos (aquí venta) deben producir la mayor transmisión de derechos e intereses (art. 1.289), lo que significa que la venta debe transmitir *inmediatamente* a la entrega de la cosa (principio de seguridad del tráfico jurídico) la propiedad. Por otra parte, el pacto de reserva detiene dicha transferencia, impidiendo por el momento la adquisición del comprador, ¿cómo conjugar estas disposiciones? En tal caso, el criterio judicial las coordina. En efecto, atribuye al vendedor la propiedad directa y al comprador la propiedad útil, sin que esta concesión viole la ley, pues respeta el dominio del vendedor. Con ello, el derecho judicial protege el interés del comprador, no suficientemente respaldado por la ley durante la reserva, mediante reconocerle las acciones dominicales, pero no el dominio sino una especie de éste (dominio útil) basado solamente en esos medios procesales. También LARENZ (*Metodología...*, trad. esp., Barcelona, 1994, pp. 411-413) reconoce la función creativa de los tribunales cuando éstos coaplican varias normas a la vez o un principio general y una norma específica para el caso o aplicable a él por analogía. En virtud de esta técnica de combinar varias normas en el mismo supuesto, se ha llegado en el derecho alemán a reconocer instituciones que desde el principio no estaban contempladas en la ley, ni siquiera lo estaban en el ordenamiento como conjunto normativo. Así ocurrió p. ej. con respecto a la autorización para el cobro, concebida como figura aislada de la cesión del crédito a la persona autorizada, o con la transmisibilidad de los derechos reales de garantía mobiliaria.

El derecho judicial, fuente subordinada a la ley, creadora de derecho dentro del marco de la más pura y rigurosa concepción positivista, no inventa *ex novo*; simplemente combina normas dentro del principio legal de coherencia normativa, cuyo resultado puede ser constitutivo de nuevos institutos jurídicos. ¿Crea derecho entonces la ley o el juez? Los materiales normativos los pone la ley, pero el artífice, y por tanto el creador, es el juez. No es que la ley le permita crear derecho, es que se lo impone, pues el ordenamiento tiene autoconciencia de la necesidad de flexibilizar su generalizadora rigidez y hieratismo mediante un *ius aequum*, o sea, el derecho judicial. Afirmaciones estas que no implican incorporarse a la escuela del derecho libre, que atribuye al juez arbitrariedad para crear derecho al margen e incluso contra la ley. Posición esta extremadamente peligrosa para la seguridad jurídica, pilar y soporte del derecho desde cualquier perspectiva metódica. Por otra parte, si el juez pudiera derogar la ley para sustituirla por su criterio, podría asimismo tachar toda la obra del legislador y coronarse él mismo órgano legislativo. La labor del juez es aplicar el derecho, que le viene dado en forma de ley o de

ordenamiento, no sustituirlo. Pero, en ocasiones, él crea por una exigencia de la ley y dentro de la misma. En ese sentido, limitado, subordinado, dependiente de la ley, el derecho judicial es fuente.

El derecho romano primitivo fue el derecho de la ciudad de Roma (1) (público y privado) (2), opuesto al *ius gentium*, derecho éste común a todos los pueblos por estar dotado de razón natural. Se distinguió del derecho sacro, que regulaba los ritos religiosos, y del derecho honorario. Éste se integró con los criterios para la aplicación del *ius civile*. Pero cuando, por su ejemplaridad, tales criterios (algunos de ellos) alcanzaron el rango de principios, dotados de cierta relativa generalidad y fuerza vinculante, se incorporaron al derecho civil. Ello fue francamente positivo, pues desde entonces el *ius civile* se enriqueció con las experiencias de la práctica y adquirió, cada vez más, la elasticidad necesaria para que las normas pudieran adaptarse a las peculiaridades de cada supuesto de hecho (3).

Los derechos continentales no han podido prescindir, pese a su odioso empacho de estatismo y a su incomprensible obsesión codificadora, del derecho honorario. En su versión actual y contemporánea este es el derecho judicial, fuente subordinada a la ley, con la función, entre otras, de aplicarla incluso si ello da lugar a nuevos institutos. El derecho judicial no es, por lo tanto, ninguna desviación, rectificación o apartamiento del ordenamiento jurídico. Mucho menos constituye una enemiga de la ley o una huida para escapar de la perturbadora generalidad de la norma, indignante al no distinguir los matices justicialistas del caso. Nada de eso hay en el derecho judicial, sino la necesidad de que el sistema normativo tenga un instrumento de aplicación “con ballestas” todo terreno. El ordenamiento puede *estirarse* y llegar a encajar en el caso, gracias a recibir la elasticidad necesaria del criterio judicial en la labor aplicadora del derecho. Una vez más hay que repetirlo: el derecho judicial como criterio aplicativo, posiblemente fuente, descansa necesariamente en la jurisprudencia y se apoya rigurosamente en la ley. Si no obrara así no sería fuente.

(1) “Se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil” (*Paul. 14 Sab.*). “Pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho ‘civil’” (*Gai 1 inst. = inst. 1, 2, 1*).

(2) “Dos son las posiciones de este estudio: el público y el privado... El derecho público consiste en el ordenamiento religioso, de los sacerdotes y de los magistrados. El derecho privado es tripartito, pues está compuesto de los preceptos naturales, de gentes y civiles” (*Ulp. 1 inst.*).

(3) “Se llama derecho en nuestra ciudad al derecho honorario” (*Paul. 14 Sab.*). “Es derecho pretorio el que por utilidad pública introdujeron los pretores con el propósito de corroborar, suplir o corregir el derecho civil. El cual se denomina también ‘honorario’, habiéndose llamado así por el ‘honor’ de los pretores” (*Pap. 2 def.*).

El derecho judicial, por otra parte, está *dentro* del ordenamiento “positivo”, en cuanto que —como vemos— constituye una necesidad del sistema jurídico para que éste llegue a encarnar en la realidad (práctica). Pero no sólo esto: los criterios judiciales para la aplicación del derecho son medios imprescindibles para conseguir su positivización: en efecto, los ordenamientos jurídicos *nunca* son positivos en sí mismos. Pongamos un ejemplo: supongamos dos normas emanadas de autoridad competente para dictarlas en un sistema jurídico con reconocimiento internacional (norma A y norma B). La norma A se va aplicando cada vez más a supuestos de hecho, alcanzando así cada vez paralelamente mayor grado de eficacia. La norma B no se ha aplicado nunca, nació y se derogó sin haber solucionado ni un solo caso. Por ello, tal norma no ha adquirido eficacia, no ha servido de nada. Si trasladamos esta consideración a todo un ordenamiento, observamos que éste no puede pasar de ser en sí mismo una simple hipótesis. Solamente cuando él o parte de él se realiza mediante su aplicación adquiere el correspondiente grado de eficacia (mayor o menor según sectores del ordenamiento e instituciones del mismo). De modo que, teniendo en cuenta que la *positividad* propia de la concepción normativista del derecho depende del grado de *eficacia* del mismo, no hay ningún conjunto de normas en sí mismo positivo. Éste solamente puede alcanzar positivismo mediante ser aplicado con los criterios que constituyen el derecho judicial. Éste, amén de fuente, es el medio necesario de positivización del sistema jurídico.

El positivismo del sistema jurídico no depende, como piensa la escuela normativista, de la eficacia inmanente al ordenamiento, es decir, de su fuerza interna para hacer que sea aplicado y respetado. Eficacia intrínseca ésta debida parcialmente a introducir en el derecho el aparato coactivo del Estado, lo que constituye no solamente un estatismo grosero sino una evidente falsedad. *El derecho es el conjunto de medios para ponderar, articular y resolver los conflictos de intereses jurídicos* (jurídicos por estar dotados de una acción judicial). Medios éstos de todo tipo: normas legales, consuetudinarias, usuales, ... criterios jurisprudenciales, criterios aplicativos apoyados en la ley y en la jurisprudencia. Pensar un derecho compuesto, entre otros elementos, de un aparato coactivo es contrario a la sensatez. Pues ésta indica lo extremadamente difícil que es conjugar cosas tan heterogéneas como son los medios ideológicos para resolver tales conflictos con los tanques y las mazmorras. Combinación ésta inalcanzable y explosiva. Ni siquiera admisible refiriéndola al derecho público, mucho más imperativo y ordenancista que el derecho privado. La concepción criticada *puede explicar mucho menos aún el derecho civil o mercantil*, compuestos sobre todo de los tratos, contratos, pactos, convenios, compromisos, arbitrajes, de la costumbre y del uso de los negocios,

en suma, de la autonomía de la voluntad. El derecho privado ciertamente está regulado por las normas estatales, de los Códigos y de las leyes especiales (civiles y mercantiles), pero es mucho más que sólo éstos. Es un conglomerado de relaciones jurídicas nacidas de la voluntad de los privados, las cuales sólo en último término (a falta de regulación particular) serán tratadas y resueltas por la ley.

El derecho judicial aplicando la ley convierte en realidad la mera hipótesis que es el ordenamiento. Por ello, *el derecho positivo es el conjunto de sentencias firmes que han resuelto los casos aplicando la ley* que corresponda, o, dicho de otro modo, la encarnación de la norma abstracta e hipotética en la casuística, a través de los criterios (judiciales) de aplicación apoyados por la jurisprudencia y respaldados por la ley.

El derecho judicial, por ello, es fuente de derecho sometida rigurosamente a la ley en el derecho privado, ¿lo es, asimismo, en el derecho público? La jurisprudencia “complementará el ordenamiento” (art. 1.6), referencia ésta a todo el ordenamiento jurídico sin distinción de público y privado. El distingo entre estos dos aspectos del derecho (único) se debe a calibrar la preponderancia en cada supuesto respectivamente del interés público o, por contra, del interés privado. Diferencia esta meramente cuantitativa y, por ello, no inamovible ni determinante. Conforme a los antecedentes remotos y próximos del Código civil, el título preliminar del mismo regula y afecta a todas las materias del derecho sin distinción alguna. El carácter residual que tuviera el *ius civile* como *ius commune* (4) determinó que regulase materias relativas a todos los aspectos del ordenamiento: así, p. ej., eficacia y aplicación de las normas, reglas para solucionar los conflictos de leyes, fuentes del derecho. En este último aspecto, el título preliminar, después de la reforma introducida en él por la ley de 31 de mayo de 1974, apunta tímida e indirectamente a la jurisprudencia como fuente. Fuente ésta de todo el ordenamiento jurídico privado y público, de acuerdo con los antecedentes remotos del Código (*ius commune*) y también próximos (título preliminar).

Complementar el ordenamiento significa, por tanto, que los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa están obligados, como los que juzgan materias civiles o mercantiles, a fallar en todo caso (art. 1.7 C.c.), acudiendo a la analogía o a la interpretación extensiva si fuese necesario. Y, si aun con estas técnicas de interpretación y aplicación

(4) La base del derecho civil es la misma y tiene el mismo carácter general de los otros tipos de derecho y, en este sentido y también por la amplitud de su materia, es derecho común. Por eso “es derecho civil el que ni se aparta en todo del natural o de gentes ni se conforma totalmente a él. Así, pues, cuando añadimos o sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir, civil” (*Inst. I, 2, 3*).

de las normas, no se solucionase el caso, *deberán* crear un criterio *secundum legem* para resolverlo. Criterio éste que, por su propia fuerza ejemplar, por su razón intrínseca, podrá ir adquiriendo cierta relativa generalidad, cierta relativa fuerza vinculante y cierto relativo carácter normativo. Aplicado una y otra vez (en el mismo tribunal o quizá también en otros tribunales), el criterio judicial llegará a ser una especie de norma sustitutiva de la que falta en el ordenamiento. Una cuasinorma que, precisamente por su naturaleza de tal (en otro caso no estaría sometida a otra regla superior) está incardinada en la ley; y, como norma particular de cada caso, sometida a ésta. Lo que significa también subordinar tal criterio a la jerarquía de disposiciones legales; es decir, someterlo a los puros criterios normativistas del positivismo. Además, ello implica que el derecho judicial no tiene por qué enmarcarse en la escuela del derecho libre, de donde procede, sino más bien en la concepción normativista del derecho. En el derecho administrativo los “intereses legítimos”, que no llegan a constituir un derecho subjetivo porque no se pueden transmitir ni renunciar, tienen una acción judicial para hacerlos valer como pretensión procesal. Lo que supone que el propio ordenamiento jurídico-administrativo *reconoce* un sistema de acciones útiles, cuando no se tengan las acciones directas que corresponden al derecho subjetivo (tutelado por el ordenamiento). La ley no atribuye a veces a los particulares un derecho, bien porque los administrados que pudieren resultar afectados por un acto administrativo son indeterminados, de modo que resultaría absurdo conceder un derecho subjetivo a un sujeto impreciso y evanescente; bien porque las situaciones jurídicas base de la atribución no afectan directamente a los interesados, sino indirecta o eventualmente; bien porque la conexión entre el sujeto pasivo de una norma con ésta es imprecisa o aleatoria. En fin, también porque se trate de situaciones jurídicas de pendencia, todavía sujetas a un cierto grado de incertidumbre por no haberse cumplido o incumplido todavía el hecho constitutivo de la condición de derecho en que consisten. En tales circunstancias, no resulta aconsejable otorgar derechos. En tal caso, la técnica usual en el derecho privado es atribuir expectativas de derecho o titularidades eventuales. La doctrina de las situaciones jurídicas de pendencia no ha cuajado, sin embargo, en el derecho público. En efecto, lo usual en él es reconocer, ante una situación de incertidumbre, un interés legítimo. Éste podría ser un derecho en formación, o sea, el núcleo de un futuro derecho subjetivo.

Todo lo expuesto apunta a unos tribunales contencioso-administrativos, que tutelan intereses, aunque reconocidos legalmente no suficientemente respaldados por la ley por no ser considerados en ella derechos, a través del sistema de las acciones útiles. Enmascaradas éstas, o incluso sin necesidad de que lo estén, en la teoría de los intereses legítimos, los

tribunales de lo contencioso deben reconocerlos y ampararlos con tales medios procesales. También llegan incluso a solventar el caso con su propio criterio. Lo que ocurrirá cuando no haya una norma exactamente aplicable, ni quepa solucionarlo acudiendo a la interpretación extensiva o a la analogía. Esta actitud resulta favorecida, por otra parte, por la propia tendencia del ordenamiento jurídico-administrativo a ser interpretado en sí mismo y sin salirse de sus propias disposiciones (sistema de autointegración). Pues, en caso contrario, se utilizaría antes que el criterio judicial el Código civil como derecho supletorio general y común. Cosa ésta impensable desde el punto de vista de la autosuficiencia del ordenamiento administrativo. Más aún, teniendo en cuenta que la función supletoria del Código civil va siendo cada vez más exigua (incluso en derechos privados como los forales). Es más real y legal reconocer la competencia del juez de lo contencioso de, a falta de norma y de analogía, legislar para el caso (con un criterio basado en su formación en derecho administrativo), que aplicar supletoriamente el Código civil que contiene principios privados distintos a los del derecho público.

Los tribunales contenciosos, además de complementar el ordenamiento, pudiendo con sus criterios aplicativos ser fuente de derecho, corrigen los abusos en el ejercicio de los derechos de la Administración pública o de los administrados. A ello les obliga el principio general de buena fe (art. 7), pudiendo o debiendo hacerlo incluso de oficio (art. 11.2 LOPJ). Con ello, qué duda cabe, podrán ir configurando nuevas estructuras y, sobre todo, adjudicando funciones nuevas (p. ej. función social) a los derechos. Incluso una actuación uniforme y repetida, a través de sentencias conformes en la parte dispositiva del fallo apoyadas por la jurisprudencia, podría crear nuevos principios generales, siempre que no se opongan a los establecidos por la ley. Los “nuevos” principios serán especialmente acogibles si desarrollan o aclaran normas legales preestablecidas. También corresponde a los tribunales contencioso-administrativos *positivizar* las normas legales que aplican. A través de su aplicación las normas encarnan en realidad, adquieren cada vez más eficacia, es decir, se positivizan. Por ello, paralelamente a lo que se expuso para el derecho privado, el derecho positivo administrativo es el conjunto de sentencias firmes de los tribunales contencioso-administrativos, que resuelven los casos aplicando la ley que corresponda; o, dicho de otro modo, la encarnación de la norma administrativa abstracta e hipotética en la casuística, a través de los criterios de aplicación apoyados por la jurisprudencia y respaldados por la ley.

Todo lo descrito, ¿es predicable del derecho público en general?, especialmente, ¿es predicable del derecho constitucional, ápice del ordenamiento? Para contestar, es necesario plantearse si el Tribunal Constitucional complementa el ordenamiento, tutela intereses no suficientemente respaldados

por la ley, corrige el abuso del derecho y, finalmente, positiviza el sistema jurídico. En suma, hay que examinar si este Alto Tribunal posee competencia para crear derecho (sometido, en todo caso, a la ley constitucional y ordinaria) cuando no haya en la Constitución norma ni analogía aplicables. Es más, si el Código civil (título preliminar) rige en materia de fuentes incluso las constitucionales, será verdad que “el peor Código civil es más constitutivo que la Constitución más perfecta”. ¿Alberga o abarca la naturaleza “común” del *ius civile* a las normas constitucionales? ¿Queda en materia de fuentes de derecho la Constitución inserta en la referencia a “ley” (art. 1 Código civil)? ¿Son, por ello, además de la ley, fuentes de derecho constitucional los principios generales de éste y la costumbre constitucional (si la hay)?

Antes de nada, conviene advertir que: 1.º El Código civil es anterior a la Constitución, y que la ley de 31 mayo de 1974 modificadora del título preliminar establece como fuentes la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2.º La Constitución de 1978 es una *ley*, sin duda, emanada del Parlamento y además refrendada. Ley suprema en cuanto ley de leyes, que ocupa el primer rango de la jerarquía normativa. 3.º El artículo 9.1 de la Constitución la incluye en el ordenamiento (“la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico”), de modo que ella está sujeta a las fuentes del mismo. 4.º A ello no se opone el texto constitucional, puesto que en él no hay fuentes propias. Por todo lo expuesto, las fuentes del derecho *todo* son la ley, primero la Constitución y sus principios generales, y después las otras leyes (con sus principios generales). Finalmente, la costumbre se sitúa en el último lugar de la jerarquía de normas.

El Tribunal Constitucional “complementa el ordenamiento” (art. 1.6 C.c.), a través de los criterios contenidos en la jurisprudencia constitucional, cuando no sea aplicable una norma de la Constitución ni quepa tampoco la analogía. Ello es muy posible, ya que las fórmulas constitucionales son decidida e intencionadamente ambiguas. Entre otras razones, son muy ambiguas para dejar que sean concretadas y desarrolladas por la ley ordinaria; también para poder adaptarse a los cambios de los modelos sociales o económicos objeto de las normas. En fin, la Constitución se redacta para ser piel y no sólo vestidura del derecho, elasticidad ésta que le da solidez y permanencia. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede, en efecto, crear criterios para orientar y definir el contenido y los límites de los derechos y deberes fundamentales. Bien a través del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones con fuerza de ley o bien a través del recurso de amparo por violación de derechos y libertades fundamentales (arts. 53.2, 161 b), incluso quizá también en su función de resolver conflictos de competencia entre el Estado y las autonomías o entre éstas (art. 161 c), el Tribunal Constitucional podrá crear sus propios criterios (siempre dentro de los principios de la Constitución).

Cabe, en el sentido indicado, poner varios ejemplos: así, el Alto Tribunal deberá con su criterio determinar el significado, naturaleza y alcance de la “solidaridad entre todas las nacionalidades y regiones que integran la Nación española” (art. 2), definir los “obstáculos que impiden o dificultan la libertad e igualdad de la persona” (art. 9.2) y establecer las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales” (art. 9.3), o qué debe entenderse por “dignidad de la persona” o por “respeto a la ley” (art. 10.1), conformando la Constitución a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10.2) y así cabría seguir sucesivamente. Para que el Tribunal Constitucional desarrolle sus propios criterios, será aconsejable que tome en cuenta las opiniones más fundadas de la doctrina, incluso civilista. Así por ejemplo la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) obligará al Alto Tribunal a no apartarse demasiado de los criterios privatísticos del mismo. Lo que le llevará a proteger el cuasidomicilio, aunque a éste no se refiera expresamente la Constitución.

¿Significa lo expuesto que el Tribunal Constitucional puede crear un derecho judicial con sus criterios cuando no aplica una norma constitucional (no la hay) o cuando ella es tan genérica que es más importante definirla que aplicarla? Ciertamente así es: en su función complementadora de la Constitución, el Alto Tribunal actúa protegiendo intereses jurídicos, abstracta o insuficientemente contemplados, a través de atribuir acciones útiles que permiten el acceso al recurso de amparo. Téngase en cuenta que el *ius civile* fue un derecho predominante pero no exclusivamente privado. Pues, siendo éste básicamente el derecho de la persona dotado de razón intrínseca, reguló también el oficio judicial, los delitos y el modo de su persecución y los procedimientos judiciales. De modo que las acciones útiles del derecho pretorio se extendían, en virtud de la unidad del ordenamiento, a sus aspectos público y privado sin distinción. Por ello, no cabe sorpresa acerca de que tribunales de derecho público (y particularmente el Tribunal Constitucional) otorguen acciones útiles, por no estar éstas basadas en una norma o principio bien definidos o expresados (serían entonces acciones directas) sino en la ambivalencia e indefinición tan comunes en las disposiciones constitucionales.

No obstante, procede distinguir: cuando el juez constitucional desarrolla una disposición de la Constitución (interpretación extensiva) o aplica un principio general de ésta no atribuye sino acciones directas (basadas en la Constitución). Cuando, en cambio, *amplía* con su criterio esas normas o, siendo estas declaraciones ideológicas vacías de contenido, las provee de éste, concede una acción útil (para iniciar el procedimiento de amparo). Lo que ocurrirá frecuentemente dada la indeterminación del texto constitucional en materia de derechos fundamentales.

El derecho judicial, por lo tanto, no se construye solamente con los criterios aplicativos, basados en la jurisprudencia y apoyados en la ley, cuando éstos dan un resultado creativo de nuevas instituciones ordinarias, sino también cuando crean nuevas figuras constitucionales. Aunque, en este caso, el derecho judicial (constitucional) no tendrá que adecuarse más que a sí mismo y a la Constitución (por no tener sobre él una jurisprudencia superior).

El derecho judicial constitucional, frente al sistema kelseniano puro de declarar meramente la inconstitucionalidad de las leyes mediante su cotejo con la Constitución (pero sin atender a los intereses en conflicto del supuesto de hecho), la *positiviza*, enraizándola en la realidad (social o económica). A través del recurso de amparo en la defensa de los derechos y libertades fundamentales, el Tribunal Constitucional irá llenando de vida, de contenido, en suma, de *eficacia* esos poderes jurídicos, por el momento meros continentes sin contenido. Haciendo que la Constitución, regla hipotética de derecho, se realice.

KELSEN imaginó un sistema jurídico cuya positividad descansaba en su eficacia y su eficacia era un presupuesto o presunción, inmanente al ordenamiento surgido de un Parlamento reconocido por la comunidad política internacional. Sin embargo, todo ello no es suficiente para obtener ni eficacia ni positividad, pues es necesario además que las normas efectivamente se apliquen. Es necesario que la norma encaje en el caso y en él se realice. Sólo el derecho sistema, convertido en derecho realidad, es eficaz y, por ello, positivo. Por otra parte, el concepto “positivo” no es de piñón fijo, sino que es variable, gradual y progresivo: en efecto, una norma determinada será tanto más eficaz cuanto más sea aplicada. Lo que determina coherentemente que el mismo ordenamiento tenga, según sus distintas normas, un grado diferente de positivación. De modo que el derecho no es tan rígido, hierático e inflexible como KELSEN lo pensó. Sino que es de goma, no de piedra, como medio inevitable de conseguir la elasticidad suficiente (con grado variable según las instituciones) para poder adaptarse y encajar en las peculiaridades de cada supuesto.

El derecho es uno, con perspectivas pública y privada. Por ello, el reconocimiento de un sistema honorario de acciones útiles en el derecho privado conduce directamente a su admisión en el derecho público (y particularmente aquí en el derecho constitucional). En efecto, la Constitución no ha quedado maniatada y reducida a la función de mero parámetro de inconstitucionalidad de las leyes, ni el Tribunal Constitucional limitado a ser un legislador negativo borrando las leyes inconstitucionales. La Constitución, muy al contrario, es parte del ordenamiento (art. 9.1) y aspira a enraizar en la realidad social, sobre todo a través del control de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo (art. 161, b).

El Tribunal Constitucional *debe*, a través del citado recurso, garantizar *de verdad* (y no sólo formalmente) los derechos fundamentales, evitando que sean simple quimera. Incluso, en esta línea, el Alto Tribunal tiene la obligación de declarar la inconstitucionalidad de leyes que, en pura teoría y consideradas en sí mismas, no son sospechosas de vulnerar la Constitución, pero que *de hecho* funcionan en la práctica conculcando derechos fundamentales. A este respecto, cabe un buen ejemplo: la ley de reforma universitaria vigente (LO 11/1983, de 25 de agosto, BOE 1/09/1983), que en general ha sido objeto de críticas negativas, establece un sistema de selección del profesorado permanente que, a través del concurso de méritos, respeta el “derecho a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad” (art. 23.2). Pero, el conjunto de sus normas presenta una alarmante disfunción, que queda evidente al ser aplicadas en la práctica. De hecho, el resultado obtenido es, contra el principio de igualdad de oportunidades, la realización del criterio opuesto de desigualdad, desde el punto en que –todo el mundo lo sabe– el candidato local de la Universidad convocante sale ya con la enorme ventaja de dos votos previamente apalabrados. Lo que explica que más del noventa por ciento de las plazas permanentes de profesorado universitario hayan sido cubiertas por el candidato local y que los otros aspirantes hayan terminado inhibiéndose.

En un asunto del que depende la educación superior es claro que principios políticos primarios (sobre todo, conseguir realizar el principio de igualdad de oportunidades) deben llevar al Tribunal Constitucional a, si se le plantea, declarar inconstitucional la citada ley universitaria. Porque la situación jurídica que resulta de su eficacia, mediante su realización en la casuística, es contraria a la Constitución. Claro que aquí la casuística está compuesta de actos administrativos y no tanto de sentencias firmes. En todo caso, ella es el derecho positivo que tenemos.

KELSEN acertó y se equivocó. Su acierto consiste en haber construido el ordenamiento con los criterios aritméticos de la exactitud propia del pandectismo. Su error es haber creído que el sistema jurídico contenía o podía contener eficacia y positividad *en sí mismo*; aspiración ésta inalcanzable en un ordenamiento simplemente hipotético antes de ser aplicado. Muy al contrario, el ordenamiento es un sistema de ideas (jurídicas en cuanto modos teóricos de arbitrar conflictos de intereses), que, como todas las ideas, no contiene más que fuerza imitativa, vinculante o vis atractiva, pero no eficacia ni positividad. Éstas resultan exclusivamente de la encarnación del ordenamiento (o de parte de él) en la casuística, a través de sentencias firmes con criterios apoyados en la jurisprudencia y respaldados por la ley. Y ello conduce, de nuevo, al reconocimiento del derecho judicial fuente del ordenamiento sometida a la ley. Fuente, por

otra parte, dentro del más puro positivismo legalista y continuidad del sistema pretorio de acciones útiles (cuando hay un interés protegible que no tiene acciones directas). Todo ello no debe extrañar: cuando MONTESQUIEU pergeñó el sistema de poderes divididos, elemental en el Estado de Derecho para que “el poder contenga al poder”, imaginó que ningún poder era más que otro. Por ello, la supremacía indiscutible de la ley no debe impedir un paralelo alto porcentaje de control judicial de la realidad destinataria de la norma (y no sólo de ésta). En esta línea –y siguiendo con el ejemplo analizado– el Tribunal Constitucional debería positivizar el principio (constitucional) de igualdad de oportunidades, mediante al menos una sentencia firme que declarara inconstitucional la LRU; no porque ésta sea inconstitucional en sí misma, sino porque está produciendo, en realidad, desigualdad de oportunidades.

Nuestra Constitución afortunadamente no ha seguido el patrón kelseniano. Según éste, al Tribunal Constitucional, convertido en legislador negativo, solamente le corresponde un juicio *hipotético* entre una ley y la Constitución para decidir si la ley es o no constitucional. Con ello, el Alto Tribunal queda reducido a eliminar del orden jurídico las leyes inconstitucionales, pero sin entrar en el conflicto concreto de intereses objeto de ellas. Nada de esto se ha querido en España: ciertamente se sigue aquí el modelo de KELSEN para declarar en abstracto la inconstitucionalidad de las leyes. Pero se va más allá; a través del recurso de amparo se pretende la tutela “efectiva” (art. 24) de los derechos fundamentales y no sólo su protección formal, teórica o hipotética.

El Tribunal Constitucional debe entrar a juzgar el entresijo real de los derechos vulnerados, incluso a través del sistema de acciones útiles propias de un derecho judicial bien desarrollado para el control de las leyes (y del Parlamento). Es decir, puede otorgar amparo a derechos fundamentales que efectivamente lo sean, aún no descritos o no suficientemente detallados en el texto constitucional (*numerus apertus* de derechos fundamentales). Por la vía de las acciones útiles, debe “complementar” (art. 1.6 C.c.) la Constitución y, sobre todo, ello permite la evolución de ésta conforme a las nuevas circunstancias (históricas, sociales, políticas, económicas, administrativas) y modelos de sociedad. Mediante las acciones útiles, podrán actuar con eficacia (“efectivamente”) los principios políticos primarios. Estos son los basamentos del sistema constitucional, que pueden, en su modificación o variación, llevar a unos resultados prácticos distintos, sin necesidad de modificar la Constitución ni las leyes. Claro está, el sistema de acciones útiles está sometido al estricto límite de la Constitución y se desarrolla dentro de la permisibilidad de su grado de flexibilidad. La apertura y elasticidad del sistema judicial explicado son, por otra parte, imprescindibles con respecto a la correlación entre el dere-

cho comunitario y el derecho constitucional. En efecto, por ejemplo, permiten que principios propios o exclusivos de la Unión Europea, como, por ejemplo, el de libre circulación de sus ciudadanos en los territorios de los Estados miembros, se constitucionalicen. Es decir, pasen a ser derecho interno (constitucional), sin cambiar la Constitución ni dejar de pertenecer al derecho comunitario.

Pero, volviendo al ejemplo de la LRU, el Tribunal Constitucional no tiene necesidad para acoger un recurso de amparo, por el *funcionamiento* inconstitucional de tal ley, en defensa del principio efectivo de igualdad de oportunidades para cargos y funciones públicos (art. 23,2), de acudir a las acciones útiles. El mencionado precepto le obliga a entrar en la realidad (disfunción de la LRU) y a corregirla positivizando el citado derecho de igualdad mediante una sentencia (mejor muchas) obtenida por el ejercicio de una acción directa (recurso de amparo). En esta línea, el derecho no es la ley sino su realización. Los tribunales de justicia están obligados a que la ley, no sólo se respete, sino, sobre todo, se realice.

El siglo XX se ha caracterizado por el intento iusnaturalista de corregir los peligros del uso alternativo del derecho escondidos en el normativismo. Los excesos y tropelías en las dos guerras mundiales mostraron cuán incontrolable a los desvaríos del poder político es un derecho puro, hermético a cualquier consideración vitalizadora y refrescante que venga de afuera del derecho mismo (ética, moral, usos sociales, negociales, tendencias económicas, etc.). Consideración y concepción iusnaturalista que tienen, sin duda, el mérito de advertir las insuficiencias, las imperfecciones del ordenamiento y la necesidad de crear un resorte de seguridad para la justicia del sistema. Sin embargo, el patrón de medida para ponderar el conjunto normativo había sido mal escogido. En efecto, el derecho natural no pasaba de ser la sensatez o el sentido común de los juristas para crear (órgano legislativo) o aplicar (órgano judicial) derecho. Sensatez ésta, amén de una sólida base de conocimientos teóricos, exigida en cualquier ciencia aplicativa y no exclusiva de la ciencia jurídica. Cuando frente al *ius civitatis* (de Roma), comienzo histórico del *ius civile*, surgió el *ius gentium*, éste fue considerado “común a todos los pueblos por estar dotado de razón *natural*”. Con ello, no se aludía, en realidad, a un derecho divino con autoridad sobre el legislador humano, sino a un derecho con reconocimiento universal por mor de su *razón intrínseca* (5). El dere-

(5) Esta razón intrínseca tiene la base en lo que “la naturaleza enseñó a todos los animales..., pues es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí” (*Ulp. 1 inst.*). Sin embargo, no todo el derecho de gentes fue loable pues, por ejemplo, por virtud de él “se introdujeron las guerras” (*Hermog. 1 iur. epit.*).

cho natural, por contra, resulta directamente de mezclar religión y derecho y de atribuir un valor decisivo a las creencias. No es en nada distinto de la Moral o de la Ética, parámetros éstos inadecuados para juzgar el valor, significado y alcance de un ordenamiento positivo. Punto de vista, por otra parte, desenfocado, pues no es adecuado para juzgar un sistema mirar arriba (al derecho natural) sino hacerlo abajo: medir su eficacia social, observar cómo se pergeña en la realidad, si la mantiene o la transforma, si la intención de la ley se cumple en la práctica, si los ciudadanos y poderes públicos la acatan o la rechazan, si los jueces y tribunales la aplican correctamente respetando sus principios (o incorrectamente). La concepción iusnaturalista crea el artificio de un espejo (el derecho natural) para ver el derecho, mucho mejor mirado directamente para comprenderlo. El cotejo del derecho hay que hacerlo, puesto que está destinado a la realidad, con la eficacia que consigue (o no) al ser aplicado, con el modo de encarnar la ley en la sociedad. Comparando el sistema jurídico con el modelo social que había antes, para comprobar en qué medida y modo éste ha cambiado con la aplicación de las normas. El punto de gravedad del elemento comparativo, elegido como patrón de medida por la concepción iusnaturalista, ha pasado de arriba (derecho natural por encima –se nos dice– del derecho humano) a abajo (modelo social, sistema económico, realidad nacional, regional, ...). Ello es coherente: parte de que el derecho es una ciencia creada precisamente para controlar, conservar o modificar la realidad destinataria de la norma, y muestra la encarnación de la ley en la práctica, el grado y modo de eficacia (y positividad) del ordenamiento.

Que la positividad del ordenamiento no está en él mismo, sino que resulta directamente del grado de eficacia con el que encarne en la realidad práctica, con el que sea acogido y aplicado por el derecho judicial, es un principio constitucional. Porque, aparte del estricto alcance literal que tiene “la tutela *efectiva* de los jueces y tribunales” (art. 24,1), ¿qué significado debe atribuirse a esa “efectividad”? Para mí está claro: nuestra Constitución ha huido deliberadamente tanto de las posiciones iusnaturalistas como parcialmente del normativismo de Kelsen. No ha querido un texto constitucional mera hipótesis normativa, ni tampoco un ordenamiento jurídico teórico. Por el contrario, la ley constitucional, con la referencia a la efectividad y a través del recurso de amparo, pretende incorporarse a la realidad. Aspira a la eficacia, no solamente de la Constitución sino además de todas las normas del ordenamiento. Al lado del ápice de la pirámide kelseniana, que es el principio general *rebus sic stantibus*, surge otro principio no menos clave: el de la eficacia del sistema normativo en la sociedad, medio único de conseguir su positividad. Ésta se alcanza con la aplicación de las leyes (Constitución y leyes ordinarias),

mediante los criterios hermenéuticos del derecho judicial (Tribunal Constitucional y tribunales y jueces ordinarios).

A la vista de lo analizado, es posible hacer una predicción razonable de futuro. Cabe augurar un poder judicial fuerte, órgano de relativo control del Parlamento a través de aplicar e incluso de crear derecho (siempre dentro de la ley) con los criterios hermenéuticos del derecho judicial. Consciente, por otra parte, de que, aplicando la ley, está positivizando el ordenamiento jurídico.

Lo expuesto, por otra parte, supone que el derecho es uno, que no hay un derecho privado y otro distinto público. Si en el derecho privado funciona como *ius aequum* el derecho honorario (hoy derecho judicial), mediante conceder acciones útiles cuando faltan o fallan las acciones directas, esto mismo debe suceder, y sucede, en el derecho público. Incluso ocurre en el derecho constitucional, en cuanto que forma parte del ordenamiento jurídico.

Además, hay que subrayar que ciertamente el derecho es antes de nada y sobre todo forma, estructura, procedimiento, cauce. Pero es además contenido, función, eficacia, fuente. Un derecho concebido tan sólo como pura forma o cauce sería una cáscara sin fruto. No necesitaría llegar a positivizarse, ya que las normas, puras hipótesis de regulación de intereses en conflicto, no tendrían que ser eficaces para ser derecho, sino sólo emanar de órgano competente reconocido por la comunidad internacional. Esta última consideración muestra a las claras la parte errónea del normativismo, pues en él puede suceder que las normas queden encerradas en sus respectivas disposiciones sin bajar a ni encarnar en la realidad social. Un derecho así concebido sería un derecho-probeta, mero objeto de estudiosos e investigadores, juego favorito de diletantes. En contra de ello, debe insistirse —nunca suficientemente— en que, siendo el derecho una ciencia aplicativa, sirve para configurar los modelos sociales (bien conservándolos, modificándolos o sencillamente controlándolos). Lo que implica la necesidad de que las normas descendan a la realidad práctica objeto de las mismas, enraizando en los conflictos de intereses. Conseguir una sociedad normada, donde las leyes y *su espíritu*, lejos de ser una teórica quimera, formen parte del tejido socio-económico, sean eficaces y positivas, es una responsabilidad de los juristas. Especialmente, están llamados a esta labor de realización del ordenamiento aquellos órganos cuya función consiste precisamente en aplicarlo (jueces, tribunales, fiscales, funcionarios públicos, tribunales especiales por razón del territorio o de la materia).

Hay que animar a los juristas a romper el frígido cristal del hieratismo normativo inventado por Kelsen. Invitarles a flexibilizar la pirámide, a doblar las normas a las peculiaridades del caso para lograr que encajen,

sin por ello contradecirlas o desvirtuarlas. Fieles a la ley, han de buscar en su letra también su espíritu, para introducirlos (letra y espíritu) en la práctica. Porque, en caso contrario, ¿de qué sirve el derecho?

La referencia al espíritu de la ley es, por otra parte, decisiva: cuando una ley se cumpla en su letra, pero se aplique contra su espíritu, debe ser corregida. En su caso, la ley (perfecta en sí misma) deberá ser declarada inconstitucional por llevar a resultados prácticos en la realidad desviados o contrarios a la Constitución (a su letra o incluso a su espíritu). Lo que conduce necesariamente a trazar una ecuación casi aritmética entre ordenamiento jurídico y realidad social destinataria. Es verdad que el derecho (científico) es exacto y preciso, sobre todo lo es el derecho civil, auténtica geometría deducible o inducible de todo el sistema. Pero, no por ser aritméticamente perfecto, teóricamente impecable, carece de capacidad para resolver los supuestos de hecho que se le presentan. Al revés, el mejor edificio jurídico debe ser de granito, porque para sostenerse debe hundir sus raíces en el suelo de la realidad material de los intereses en conflicto. Sin embargo, en su proceso de aplicación debe convertirse en goma, adquiriendo el grado de flexibilidad suficiente para adaptarse a las peculiaridades de cada caso. El derecho del normativismo (y en ello no hay error ninguno) es geometría, pero tiene que ser además geometría adaptable, aritmética dirigida al cumplimiento de un fin, cual es la ponderación, articulación y resolución de los intereses en lucha, en los cuales debe penetrar su cimentación teórica.

Este necesario esfuerzo de las normas de bajar al entramado social para manipularlo, se advierte más intenso en el derecho constitucional, porque es el que está más alto. De ahí la necesidad del Tribunal Constitucional de ser verdaderamente *eficaz*, mediante lograr modelar la sociedad con las normas constitucionales y con el espíritu de la Constitución. Lo que le llevará a declarar inconstitucionales textos legales correctos en sí mismos, pero en su aplicación desviados o contrarios a la Constitución. Tachando de inconstitucionales tales leyes, obligará al Parlamento a dictar otras mejores, que no puedan ser tan fácilmente presa del uso alternativo del derecho. Tribunal Constitucional y Parlamento están sujetos entre sí por un proceso de ósmosis: las leyes las dicta el Parlamento, pero la función, eficacia y positivación de las mismas las controla el Alto Tribunal, debiendo vigilar que efectivamente se cumplan en su letra y en su espíritu.

Por su parte, los tribunales ordinarios deben hacer llegar la ley a la sociedad, planteando, en su caso, su inconstitucionalidad cuando, por las razones que sean (p. ej. no encajar bien en los principios políticos de un determinado modelo social), una ley perfectamente concebida sea prácticamente contraria a la Constitución.

El derecho positivo no es, por lo tanto, o no es tan sólo, un conjunto de normas, sino sobre todo el conjunto de resultados (sociales, económicos) de su *correcta* aplicación (a través del derecho judicial). Estos resultados son los previstos y queridos por las leyes, no sólo en su letra sino en su espíritu. Las leyes tienen cuerpo y alma y ambos tienen que llegar a encarnar en la realidad en cuanto destinataria de las normas. El ordenamiento se compone de normas (*ius strictum*) y de derecho judicial (*ius aequum*), instrumento para flexibilizarlas y aplicarlas, obteniendo así su eficacia y positividad.

Los tres grandes problemas del derecho son: primero, su construcción, segundo, su aplicación, tercero, su utilización. Construir el derecho supone dictarlo, es decir, producir un conjunto de normas que compongan un ordenamiento jurídico. Para que las normas lleguen a ser un ordenamiento es necesario que *se ordenen*, es decir, que conformen un conjunto *coherente* en donde no se produzcan antagonismos, antinomias o contradicciones entre las leyes. El normativismo de la pirámide de Kelsen trata de obtener el orden entre las normas mediante su jerarquización: si una orden ministerial se opone a un decreto o a una ley será declarada nula e ineficaz. En esta línea de ordenación normativa, si una ley contradice la Constitución será repelida y eliminada del sistema jurídico, y así cabe seguir sucesivamente. Además, los antagonismos legales se corrigen mediante el principio de que la ley posterior deroga a la anterior. De modo que este principio permite eliminar rivalidades entre normas del mismo nivel jerárquico. Con todo ello, cabe estar relativamente seguros de que el positivismo de la escuela vienesa ha construido correctamente el derecho. Además, cuenta con el mérito indudable de haber preservado la pureza del ordenamiento, abroquelándolo en sí mismo para cerrarlo herméticamente a nocivas influencias que no son derecho (ética, moral, usos sociales, etc.). En el terreno de la construcción de las normas el normativismo es acreedor de las mejores loas. Pero, no lo es tanto en cuanto a su aplicación y, menos aún, en cuanto a su utilización.

La aplicación del derecho —hasta ahora éste viene siendo el punto hacia el que se enfoca el presente trabajo— exige algo que falta en el normativismo. Ese algo es la flexibilidad del ordenamiento y la elasticidad institucional como medio para que las normas puedan encajar en las peculiaridades de cada supuesto. Baste repetir lo expuesto hasta aquí sobre este problema. Ciertamente, el positivismo no desarrolló grandes ideas al respecto. Obsesionado por conseguir un derecho perfecta y aritméticamente construido, descuidó parcialmente su aspecto de ciencia aplicativa. Creyó que probablemente un sistema jurídico perfecto tendría una aplicación igualmente intachable. Pero este pensamiento es erróneo, porque el sistema jurídico exige tanto esfuerzo de construcción

como de adaptación (a la casuística) como, asimismo, para su correcta utilización.

La utilización del derecho es ciertamente el tema más descuidado por la doctrina de toda laya. Probablemente los juristas han creído suficiente preocuparse de aplicar correctamente las leyes al efecto de conseguir magníficos resultados prácticos. Pero, en rigor, ello no sucede así siempre: pues detrás del ordenamiento acecha constantemente el uso alternativo del derecho. ¿En qué consiste tal uso? Consiste en la utilización desviada de las normas por los poderes de hecho para conseguir la satisfacción preponderante o exclusiva de sus intereses. Realmente el uso alternativo no implica un derecho mal construido ni mal aplicado (técnicamente) sino mal utilizado. Es decir, supone un uso egoísta, parcial, partidista o exclusivista de las normas. Es sorprendente hasta qué punto pequeñas oligarquías (mucho más si son grandes) pueden desvirtuarlas. Debe alertar a los juristas la posibilidad de que el *derecho* pueda llegar a ser manipulado por poderes de *hecho*, que aquél quede así deformado caprichosamente al modo de una figura proyectada en un espejo curvo. Esta imagen del fenómeno de distorsión del ordenamiento por el uso alternativo del derecho debe considerarse bastante exacta. Porque, en verdad, refleja perfectamente hasta qué punto los resultados prácticos de un sistema jurídico pueden estar tan alejados de los previsibles objetivos buscados por el legislador. Ya hemos indicado cómo la LRU, pretendiendo la igualdad de cargos y funciones públicos, está consiguiendo el resultado de una notable llamativa desigualdad en este campo. Y ello sucede porque tal ley está siendo utilizada para levantar un emporio de influencias. El derecho administrativo fue, ya hace años, el único sector del ordenamiento que institucionalizó una especie de utilización alternativa del derecho, al crear la figura del “abuso de poder”. El cual parte de que el órgano administrativo que abusa está actuando verdaderamente dentro de las normas, pero contrariando su espíritu al efecto de conseguir lo que le conviene. Esto es lo que podría suceder en la aplicación de la LRU, ya que la misma deja resquicios a su utilización torticera. El abuso de poder, por otra parte, debe ser distinguido del abuso del derecho subjetivo, proscrito porque la *función* social de los derechos impide el abuso. Así, por ejemplo, el propietario de un fundo puede *en su terreno* levantar una pared sin otra finalidad que quitar vistas al propietario vecino. Sin embargo, ello es abusivo (relaciones de vecindad). El abuso de derecho es una teoría del derecho privado, el abuso de poder es una teoría del derecho público. Pero, cabe que quien no tiene un poder de derecho respecto del cual abusar, lo tenga *de hecho* para desvirtuar el ordenamiento. Es en esta sede del poder de hecho en donde mejor se instala la teoría del uso alternativo del derecho. Se trata de grupos sociales con poder, sectores de opinión pública, grupos de

presión ..., los que vuelven del revés el derecho y utilizan su caricatura y su *antinomia*.

Es evidente que el único camino de corregir el uso alternativo es, paralelamente a la corrección del abuso del derecho, atribuir al derecho judicial la facultad y el deber de aplicarlo de manera que los resultados reales y prácticos de las leyes sean conformes a su espíritu y no solamente a su letra. Lo que exige ser enteramente fiel a la ley y no reducirla a mero continente sin contenido, forma sin substancia, cáscara sin nuez. No se olvide: el derecho nudo, puro, no es más que una ponderación, articulación y, finalmente, solución de la *antinomia* (para que ésta desaparezca) de unos intereses jurídicos enfrentados. Por ello, si el derecho se queda en la norma o en la técnica para su aplicación, pero no resuelve real y correctamente la *antinomia*, se reduce a un simple invento de los juristas para proveer sus despendas.

Además, y aparte de las cuestiones sobre construcción, aplicación y utilización del derecho, problemas éstos tan fundamentales en su concepción y en su realización, hay otra añadida. Cuestión esta menos importante, pero no por ello intrascendente, poco tratada y poco conocida. Se trata de la presencia en el ordenamiento de los llamados principios políticos primarios. Su existencia no preocupó ni conmovió a Kelsen por la sencilla razón de que él eliminó del sistema positivo del derecho todo aquello que no fuesen normas en sentido estricto. A lo más, llegó a admitir los principios *jurídicos* generales del derecho, porque era ya evidente entonces que, formulados o no, expresados o implícitos, constituían normas elementales. Los principios políticos, sin embargo, y a pesar de la gran importancia que tienen y el gran juego práctico que dan, no son *en principio* normas jurídicas, sino meras orientaciones de conducta o simples tendencias de comportamiento contenidas en reglas sociales. Ciertamente, *parece* que, si ellos no se convierten en normas (jurídicas), no tendrán trascendencia ni repercusión alguna en el derecho. Cabe, en esta línea, algún ejemplo: la sociedad española inmediatamente anterior a 1981 consideraba contrario a la justicia la discriminación por razón del origen de la filiación o por razón del sexo. La Constitución elevó en 1978 estos principios políticos primarios (igualdad de hijos, de sexos) a derechos fundamentales de la personalidad y ello determinó la modificación de la ley ordinaria en tal sentido (p. ej. ley sobre, entre otros aspectos, filiación de 13 de mayo de 1981, reformadora del C.c. al efecto de establecer la igualdad entre los distintos tipos de hijos).

A pesar de la indicada apariencia, los principios políticos, incluso los no recogidos en normas positivas, son relevantes al derecho. Su conformación se produce inicialmente en la conciencia popular, o más exactamente, en el inconsciente colectivo. Pero su originario carácter social

adquiere además cierta relativa connotación jurídica, al ser considerados y admitidos por los tribunales de justicia. Por poner un ejemplo del derecho privado, operativo en los fallos del Tribunal Constitucional, cabe referirse al principio de la *prevalencia de la legislación civil autonómica* de los territorios forales sobre la competencia legislativa estatal. El artículo 149,1, 8.ª de la Constitución bien claro exige que, para que un Parlamento autonómico pueda legislar en materia de derecho foral es imprescindible que lo tenga, que éste “exista” al momento de la entrada en vigor de la Constitución. A pesar de la letra tan clara y terminante, el Alto Tribunal ha reconocido, una y otra vez, competencias legislativas a autonomías, que tuvieron derecho foral en el pasado (sin duda), pero que no lo tenían al entrar en vigor la Constitución. Los casos más conocidos son el admitir por ejemplo que Valencia podía legislar en materia de arrendamientos históricos, porque éstos constituyeron derecho histórico valenciano propio, a pesar de ser evidente y notorio que fueron derogados por un decreto de Felipe V en 1707 (STC nº 121, 28 septiembre 1992); o permitir a Aragón legislar sobre el prohijamiento, cuando éste ya no estaba vigente ni en 1925, al no haberse recogido en el Apéndice, ni después tampoco en la Compilación (STC 88/1993); o considerar (STC 182/1992) constitucional la ley 2/86 del Parlamento gallego sobre prórroga de los arriendos rústicos en Galicia, que habían constituido una costumbre, pero que se derogaron por la Compilación, ya que ésta “sustituye” al derecho gallego anterior a ella, escrito o consuetudinario, rigiendo además supletoriamente, no la costumbre gallega, sino el Código civil (disp. finales 1.ª y 2.ª). Esta actitud del Tribunal Constitucional tan contraria a la letra de la Constitución se debe y se explica por haber antepuesto a ésta el aludido principio político (primario) de prevalencia legislativa civil de las autonomías. Claro está que tal orientación es acreedora de críticas y no es acogible: en efecto, los tribunales de justicia, incluido el Tribunal Constitucional, deben reconocer, amparar y aplicar los principios políticos, en cuanto acaban incorporándose al sistema jurídico con eficacia decisiva, pero siempre que tales normas quepan dentro de la letra y del espíritu del texto constitucional (o, en su caso, de la norma ordinaria aplicable).

La función y el deber de los tribunales es, por ello, calibrar en cada caso si una determinada regla social básica ha llegado a adquirir, a partir de un momento, fuerza vinculante. Algo parecido a lo que es en la costumbre la *opinio iuris*, es decir, la conciencia de que un uso es exigible y, por tanto, es derecho. En el caso de los principios políticos, jueces y tribunales deben investigar si éstos han llegado a conseguir conciencia de la necesidad de que sean exigibles. Si, en efecto, los citados principios llegan a ser catalogados como normas principales deberán ser aplicados,

siempre que no se opongan a las leyes. Si se opusieran a ellas, el único modo de juridizarlos es derogar la ley contraria y dictar otra nueva que los ampare. De ningún modo pueden, antes de ello, los jueces y los tribunales de justicia por sí solos *incorporar* principios políticos contrarios a las normas.

Conviene, una vez puesto este asunto sobre el tapete, señalar la diferencia entre el proceso de juridización de los principios políticos y, por otra parte, de la costumbre. La costumbre es una norma que se origina de la repetición de actos del mismo signo, que componen un comportamiento social específico (de ámbito territorial mayor o menor) considerado generalmente exigible *ante los tribunales*. Es decir, la aparición de la costumbre como tal, dejando de ser un mero uso (social), se hace notoria cuando en las relaciones bilaterales una de las partes (p. ej. deudor) la considera debida y la otra (p. ej. acreedor) exigible, creyendo ambos que su naturaleza de derecho permite incoar y seguir un proceso judicial y conseguir una sentencia *de derecho estricto* (no de *ius aequum*, pues la costumbre forma parte del ordenamiento y no del derecho judicial). Los principios políticos ni requieren ni se revisten de una repetición de actos, constitutiva de un comportamiento de determinado signo o significación. Son convicciones o aspiraciones sociales, más o menos conscientes, determinantes de actitudes políticas (p. ej. la voluntad autonomista a ultranza, a veces la voluntad nacionalista, frente a la integración nacional y, sobre todo, en contra del centralismo del Estado). Tales designios dejan de ser simplemente sociales y políticos para convertirse en derecho cuando obtienen la conciencia de la necesidad de su aplicación por los tribunales conforme a criterios de derecho estricto.

La importancia de los principios políticos crece mediante la reducción del derecho a la hipótesis de un conjunto de casos que resolver, sin que paralelamente haya ninguna norma (ni ley ni costumbre siquiera) para solucionarlos. En tal supuesto, los tribunales tendrán que dirimirlos acudiendo a los principios políticos primarios y –claro está– juridizándolos, por razón de su absoluta necesidad de constituir aquí normas aplicables. Aun así, cabría que no hubiera ni aun principios políticos: en tal coyuntura, habría, no obstante, derecho tejido con los criterios judiciales para ponderar, articular y solucionar los antagonismos propios de los conflictos de intereses. Criterios que, mediante la progresión debida a su aplicación sucesiva y creciente (a más casos cada vez), irían constituyendo un derecho (judicial, *ius aequum*) positivo.

Precisando, hay que añadir a todo ello lo siguiente:

1º. Deja perplejo que, después de todo este discurso demostrativo de la actual presencia de las acciones útiles, todavía la doctrina se plantee si sólo

una de ellas, la acción publiciana, sigue vigente. Con lo cual, ha enterrado sin más vivas a las otras.

2º. Es claro que la Constitución no es solamente el texto constitucional. A él hay que añadir las normas constitutivas del título preliminar del Código civil (arts. 1 a 7) y los principios políticos primarios que no se opongan a las leyes.

3º. Es claro también que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución no son los únicos. A ellos hay que añadir todos los que, no reconocidos expresamente en ella, reúnan los requisitos de tales derechos. Lo que conlleva su *numerus apertus*. Esto ocurre porque la realidad práctica del derecho no puede quedar encerrada y maniatada a la evolución y al reconocimiento de nuevas instituciones o figuras (paralelamente, hay un *numerus apertus* de derechos reales, de situaciones de pendencia, etc.).

El derecho judicial fuente de derecho positivo explica, por otra parte, la ineludible fusión entre el derecho teórico y el derecho práctico. En efecto, es preciso reconocer y distinguir, igualmente entre los perfiles público y privado del derecho, sus aspectos teórico, estático o “in vitro” y el pragmático, dinámico o “in vivo”. Este último no es sino la adaptación del sistema normativo al punto controvertido. El ordenamiento es pura estructura, que, por ello, necesita la función propia del derecho vivo. La que consiste en empujar la pirámide de Kelsen hacia el supuesto de hecho haciendo que se estire y convirtiéndola en un instrumento elástico para encajar en el caso. Consecuencia de este esfuerzo adaptativo es que la norma y el sistema jurídico ensanchan sus límites, es decir, aumentan sus posibilidades aplicativas (p. ej. analogía legis, analogía iuris, interpretación extensiva e integrativa, reglas hermenéuticas no puramente normativas). Norma y ordenamiento adquieren, mediante el derecho judicial, un adecuado grado de flexibilidad adaptativa a cada caso. Y todo ello provoca directamente el crecimiento del ámbito propio del derecho teórico: así, p. ej., el concepto de norma se dilata y relativiza para poder acoger en sí al concepto de regla judicial, especie de norma hermenéutica menor; las fuentes del derecho se enriquecen mediante incorporar otra nueva que es el derecho judicial, fuente ésta secundaria dependiente y subordinada a la ley; las técnicas de interpretación y aplicación se adornan con los ingredientes de la peculiaridad de cada caso juzgable, que las somete, cual banco de pruebas, a un examen de fiabilidad. Pues el ordenamiento se observa, a partir de ahora, inevitablemente desde cada supuesto, que es el prisma necesario para su enfoque y nunca se concibe absolutamente en sí mismo. Pues, así considerado, caería en el picado de una feroz enfermiza endogamia ciega de realidad.

El pecado de nuestro siglo ha sido y sigue siendo la desconexión relativamente inconsciente entre los aspectos teórico y práctico del derecho. Esta desvinculación, por otra parte, ha tenido el nocivo efecto directo de separar y distanciar los campos de actuación de los juristas teóricos y prácticos. Distancia que, a mayor abundamiento, ha provocado cierto grado de incomprensión mutua entre los unos y los otros. En efecto, los juristas teóricos creen firmemente en la plenitud y autointegración del ordenamiento jurídico, concebido como un sistema de conceptos emanados de las normas. Esto es precisamente en lo que casi no tienen fe los juristas prácticos, acostumbrados a padecer el relativismo del sistema cuando éste se deforma para aplicarse al caso juzgable. Ante esta desalentadora situación, se hacía imprescindible construir, a partir de Kelsen por lo acertado y exacto de su teoría, un derecho pieza teórica y práctica única e indivisible.

Los juristas romanos ciertamente concibieron la *unidad* del derecho con perspectivas plurales para su estudio, pública y privada. Sin embargo separaron el *ius gentium* del *ius civile romanorum*, y también el *ius civile* del *ius honorarium* o *ius praetorium*. Incluso advirtiendo que entre estos distintos bloques de normas, cada uno con su propio origen y finalidad, existía un cauce que permitía su interrelación, aquellos conjuntos normativos no llegaron a cointegrarse. Permanecieron deliberadamente diferentes, pues tenían un protagonista, un sujeto distinto: el *ius gentium* se aplicaba a los extranjeros por los jueces romanos (también se aplicaba por jueces extranjeros a extranjeros o a romanos, p. ej. *lex rei sitae*, normas de orden público o penales, etc.). El *ius civile* regía sobre todo las relaciones jurídicas entre ciudadanos romanos y, a veces, entre ciudadanos romanos y extranjeros (especialmente cuando favorecía a los romanos frente a los foráneos. Algo parecido a la actual aplicación preferente del derecho mercantil incluso a los no comerciantes, más aún si una de las partes de la relación jurídica es comerciante). Además, a pesar de la función de equidad del derecho pretorio correctora de la rigidez del *ius civile*, uno y otro no llegaron a unificarse sino que permanecieron diferentes. Ello tiene lógica, pues en caso contrario el derecho honorario hubiera sido absorbido por el derecho civil, o sea, por el ordenamiento, y habría desaparecido y el *ius civile* ya no tendría un elemento corrector necesariamente externo. Decidida y conscientemente el derecho romano tuvo la cautela de mantener una cierta distancia entre los ámbitos de influencia del derecho normativo o *ius civile* y el derecho de los jueces o *ius honorarium* (6).

(6) Más bien el derecho honorario, que puede "suplir o corregir el derecho civil" (*Pap. 2 def.*), es la función aplicativa de éste, en cuanto "el mismo derecho honorario es la voz viva del derecho civil" (*Marcian. 1 inst.*).

Hoy en día esta precaución parece innecesaria, pues una formulación unitaria, que case la teoría y la práctica del derecho es fructífera en la finalidad de comprenderlo. Por otra parte, la unidad teórico-práctica de un sistema jurídico integrado no estorba en absoluto para distinguir teoría y praxis. El planteamiento teórico del derecho teórico y su solución están perfectamente logrados en KELSEN. Queda añadirle el planteamiento teórico del derecho práctico e integrar su solución en la teoría kelseniana. A ello responde este trabajo.

Hay que insistir otra vez en el aspecto procesal del asunto que nos ocupa. Al lado de cada acción directa, debe haber la posibilidad de plantear ese mismo remedio procesal en su versión *útil*. Ello tiene una sencilla explicación, consistente en advertir que el titular de un derecho ostenta una acción directa. Tiene razón KELSEN cuando concibe el derecho subjetivo como una proyección de la norma que lo reconoce y ampara. Porque lo protege otorgándole una acción y una excepción procesales para defender el interés jurídico núcleo del derecho. Cuando el derecho no existe y el titular lo es de un simple interés, no hay ninguna norma protectora *del nudo interés*, porque no es un derecho. De modo que, si tal interés es digno de ello, sólo puede ser juridizado (o sea, convertido en interés jurídico) concediéndole una acción. Y, puesto que no hay norma al efecto, es el juez quien únicamente puede hacerlo. Esto debe conducir a otra reflexión: probablemente el origen del derecho está, por lógica, en unas pocas normas incipientes que no conforman un sistema jurídico, sino que sólo son un conjunto normativo, y en una experiencia judicial profunda y extensa en la ponderación y articulación de intereses en conflicto. Experiencia ésta que irá sirviendo de base para la construcción de nuevas normas y, a la larga, de un ordenamiento unitario y sistemático. Probablemente es prioritario y previo el derecho judicial en la formación del dogma y en la gestación del derecho. Pues es razonable que lo que aparece al principio repentina y espontáneamente es, no la complejidad de un conjunto de normas o el proceso racional gestor incluso de una sola de ellas, sino la perentoriedad de solventar concretos conflictos *de intereses* (intereses simples, no derechos). Por ello la solución general a esas colisiones que la norma aporta, representa, de algún modo en algún grado, un previo proceso de asimilación de la experiencia suministrada por la casuística. Es difícil concebir un conjunto de normas emanadas exclusiva o preponderantemente de la mera imaginación (sería calenturienta) del órgano legislativo. Y cuando el legislador, en efecto, actúa como poder independiente ignorando o apartando la experiencia obtenida de los jueces, es muy probable que yerre. Bien porque, regando fuera del tiesto, regule una realidad inexistente o porque, aun existente, lo haga desafortunadamente. Desde el ángulo de estas consideraciones puede comprenderse que la praxis es o debe ser un elemento *previo* a la norma.

A mayor abundamiento, ¿tiene la regla judicial algo de norma? ¿Cabe considerar que la norma no es sino la regla que ha adquirido generalidad?

Ante todo esto, es necesario desmontar el prejuicio, debido a falta de reflexión suficiente, de que la regla (judicial) no es un criterio general. El error de creer que la regla contiene solamente un criterio específico para la solución del caso conduce a distanciar los conceptos de regla y norma. Ciertamente al principio la regla judicial se aplica a un caso o a unos pocos. Pero conforme va resolviendo cada vez más supuestos, va encarnando en la casuística, no ya como un criterio sino más bien como *el criterio* de su solución. Hasta tal punto que en tal caso el juez, para rectificarlo, tiene en pura técnica que motivar suficientemente el cambio. La exigencia de motivación se explica porque tal criterio ha adquirido ya cierta inercia aplicativa y fuerza vinculante relativa y, con ella, algún grado de generalidad. Me refiero no al precedente, aspecto externo de un criterio repetido, sino al criterio en sí mismo en cuanto dotado de fundamento. Ello lleva a concluir que la regla judicial tiene algo de norma o algo de la generalidad propia de la norma. Es más, conforme se va aplicando y, por tanto, generalizando va adquiriendo más naturaleza normativa. Ello explica inmediatamente que una “buena” regla judicial pueda orillar y suplantarse a una norma deficiente, haciendo de ésta “letra muerta”. Lo que ocurre cuando, debiéndose haber derogado la norma por su desajuste con la realidad, permanece no obstante vigente. Cabe poner aquí un ejemplo muy civilista. Nuestro Código civil determinó expresamente que, cuando se construía en suelo ajeno, sobre todo si era de mala fe, el edificio accedía al suelo (“superficie solo cedit”, arts. 358 y ss.). Esta solución tenía una justificación elemental en un sistema agrícola cual era el romano, donde el edificio era un instrumento más de la explotación necesario para vivir en ella. En contra de esta disposición los tribunales españoles, sin embargo, cuando la edificación se realiza de buena fe, invierten la regla y provocan la accesión del suelo al edificio si éste es de valor muy superior al del suelo (a partir sobre todo de SSTs de 26 febrero 1971 y 19 abril 1972). Y lo hacen porque, tras la aglutinación de gente en las ciudades debida a la concentración de la masa obrera en las fábricas traída por el industrialismo, es prioritario el interés público en la promoción y conservación de la vivienda. Quedamos en que, por lo tanto, algo de norma tiene la regla, en cuanto va adquiriendo generalidad mediante ser aplicada, hasta el punto de poder sustituir a una norma *estricta*. Y esto sucede —obsérvese— en nuestro sistema de derecho aparentemente de tan puro legalismo, encuadrado en el hermético positivismo de los ordenamientos continentales. Desde otro ángulo, la norma puede no ser *tan* general como corresponde a su concepto. Hay, en efecto, normas que se refieren a todo un colectivo, a partes del mismo aun insignificantes e incluso a un o unos individuos determinados. Porque, para saber de verdad

a quién le es aplicable una disposición, hay que conocer a quién le ha sido aplicada durante todo el período de su vigencia. De lo que resulta que puede haber una norma utilizada muy poco o nada en absoluto, en cuyo caso no se puede decir que haya alcanzado generalidad. Sólo cabe afirmar de ella que parece una norma; pero incluso esto puede ser falso *si no se aplica* y constituir un prejuicio dogmático en la determinación de su concepto (ello, claro está, implica que la norma que se deroga sin haber sido nunca aplicada no es una norma perfecta, sino sólo hipotética, a falta de eficacia). La única diferencia, por cierto muy tenue, entre norma y regla (judicial) es que el método científico *presupone* la particularidad de la regla (sólo útil para juzgar el caso) y, en cambio, la generalidad de la norma. Nada impide, sin embargo, que, en el proceso de su aplicación, una simple regla adquiera un grado de generalidad y por tanto de eficacia (social) muy superior a una norma (poco conocida, escasamente útil, poco aplicada, no bien concebida, anticuada, obsoleta, contraria a otras normas incluida la costumbre, al uso de los negocios, a los principios generales, a las concepciones o a los modelos sociales objeto de la misma). De todo ello cabe concluir que: 1.º La regla judicial tiene algo de norma, es una norma menor y posiblemente, en cuanto suministra la experiencia de los casos juzgables al legislador para emitir la norma en sentido estricto, una norma en formación. 2.º Desde este último punto de vista, la norma puede ser la regla que ha sido sancionada para todos los casos, reales o realizables, por el órgano legislativo. 3.º Esta concepción rige *sobre todo* en el derecho privado. El derecho público, más proclive al autoritarismo de Estado, tiende a crear normas como puros dictados de la razón y de la voluntad.

El acercamiento de la regla a la norma supone la vecindad del derecho del caso al derecho del ordenamiento. Tal proximidad es fructífera, positiva, útil, y sobre todo, más verídica que las concepciones dogmáticas de un ordenamiento jurídico puro, hierático y hermético.

El derecho judicial, que es el derecho del caso y, más exactamente, de *los casos*, se mantiene necesariamente a una prudente distancia del ordenamiento, pues esta es la exigencia de su operatividad. Su posición, su ubicación, su instalación se encuentra en la misma línea del uso de los negocios y de la costumbre. Normas éstas en sentido estricto que, por no estar expresamente formuladas, necesitan, más que ninguna otra escrita, de un portavoz que es el juez. Sistemáticamente, *al lado* del uso negocial y de la costumbre se sitúa el derecho de los jueces, por ello mismo relativamente apartado y distanciado del aparato normativo. La función primordial de la judicatura es traducir a lenguaje expreso las normas de derecho tácito o presunto (p. ej. determinar cuándo una conducta es concluyentemente significativa de la renuncia a un derecho, de la emisión no verbal de voluntad, de la conformación de oferta, aceptación, en suma de consentimiento con-

tractual no expreso). De la combinación de los usos jurídicos (p. ej. cláusula de reserva de propiedad) y las reglas judiciales pueden nacer, y de hecho lo hacen (ya lo hemos explicado) nuevas instituciones (p. ej. propiedad compartida en la venta con reserva de dominio) y cambiar éstas de como son inicialmente según la ley estricta (p. ej. corrección del abuso del derecho).

Todo lo expuesto muestra un derecho verdaderamente romanizado. Los movimientos codificadores, con sus aspiraciones ordenancistas y omnicomprensivas, empañados de salpicaduras nacionalistas e impregnados de estatismo, han servido para conservar el derecho en buenos recipientes (los códigos, las constituciones escritas). Pero han dejado parcialmente encogido y encorsetado el derecho en los mismos límites del instrumento que lo contiene. Afortunadamente esta actitud metódica ha tenido una suficiente compensación en el derecho judicial compuesto de reglas aplicativas, medios de sacar el derecho rígido de sus moldes e insertarlo en la realidad.

Conviene terminar este trabajo con una ineludible referencia a la reciente concepción del derecho judicial conforme a los últimos desarrollos de la doctrina germana en LARENZ (*Metodología*, trad. esp., Barcelona, 1994, pp. 359-436). El trabajo de este ilustre profesor tiene notorias connotaciones con el mío. Pero, también presenta evidentes diferencias. Por de pronto, a él le preocupa el derecho judicial como instrumento que desarrolla el derecho normativo desde el punto de vista metódico. A mí me interesa el derecho judicial como fuente complementaria del ordenamiento, que además logra su eficacia y, con ella, su positivación. Por ello, el punto de vista de LARENZ es más bien filosófico, referido al derecho como conocimiento jurídico y dirigido sobre todo al investigador y al docente. Mi perspectiva aquí es más pragmática, pues el derecho me interesa en la realidad que resulta de su aplicación, comparada con el ordenamiento, punto de arranque. Contrastando el ordenamiento y los resultados de aplicarlo podemos conocer su eficiencia y la relación entre el derecho positivo y el modelo social al que se dirige (si este modelo se conserva, se fortalece o debilita, se transforma, progresa y evoluciona, regresa e involuciona, etc., gracias al derecho). Confrontado el modelo de sociedad antes y después de un derecho determinado, sabemos realmente en qué consistió o consiste este ordenamiento. Con ello, nos aparece claro que el derecho no es un a priori, sino un a posteriori obtenido mediante su aplicación. *El derecho es estructura y función, es la función del ordenamiento.*

A pesar de estos diferentes puntos de partida coincidimos mucho con LARENZ: él concibe un derecho judicial que desarrolla el ordenamiento y esto es verdad, pero además lo positiviza. Considera que el derecho judicial no es exclusivamente la jurisprudencia, sino también las resoluciones de los jueces y tribunales de justicia debidamente fundamentadas. Por ello, piensa

que los precedentes no tienen valor en sí, sino en tanto en cuanto incorporen fundamentos de derecho conformes a la ley o al ordenamiento. En ello estamos totalmente de acuerdo. También en que el derecho judicial *desarrolla* el ordenamiento mediante la interpretación integrativa que llena una laguna de ley; o en que *lo amplía extra lege* (nunca contra *lege*), sin necesidad de que haya una laguna, ante una necesidad del tráfico jurídico concretada en el caso o la de diferenciar entre lo desigual tratando desigualmente a los desiguales o de acoger nuevos principios generales mediante juridizarlos si están verdaderamente arraigados en la sociedad o formularlos si, perteneciendo al ordenamiento, no habían sido todavía reconocidos. Lo que puede llevar al poder judicial a crear nuevas instituciones que no están en la ley o en el ordenamiento concebido como un todo unitario (nuestro ejemplo de la propiedad compartida entre vendedor y comprador durante la vigencia del pacto de reserva de propiedad). En todo caso esa ampliación institucional debe estar dentro del marco de la ley y del ordenamiento como conjunto normativo (no oponerse a la ley expresa, presunta, a los principios generales del derecho, etc.). LARENZ coincide en nuestra convicción de que la creación institucional del juez no es nunca absolutamente original, sino que resulta de combinar principios generales y normas coaplicables al supuesto de hecho en la proporción exigida *en él* para la solución del conflicto de intereses (lo que hemos denominado principio de *proporción* en la ponderación de los intereses en conflicto, y principio de *coherencia normativa* referido a la labor de coajustar todas las normas aplicables al caso).

Sin embargo, el citado profesor no sostiene, como hacemos nosotros, que el derecho judicial, incluida sobre todo la jurisprudencia, es *fuerza* de derecho (indirecta, secundaria y subordinada a la ley) ni que, no solamente lo desarrolla y amplía, sino que *lo transforma (secundum legem)* al introducirlo en la práctica [especie de corrección (7) del derecho debida a aplicarlo a una superficie informe como es la realidad vital destinataria de la norma]. Ni tampoco mantiene, como lo hace el presente trabajo, que el derecho del juez es una necesidad de *ius aequum* del ordenamiento para poder encajar en el caso (principio de *adaptación*). Sobre todo, en lo que quizá nos apartemos más de LARENZ es en defender la subsistencia de las acciones útiles del derecho pretorio, que conlleva la innecesariedad de tener un derecho subjetivo para poder plantear una pretensión procesal. Y en que en la construcción, en la aplicación, en la comprensión del derecho positivo mandan sobre todo los simples intereses jurídicos en cuanto dotados de

(7) Tal competencia de los jueces para, no solamente suplir el derecho civil en el caso de existir lagunas, sino incluso corregirlo y rectificarlo se atribuye al derecho pretorio (*Pap. 2 def.*).

una acción, sin necesidad de ser derechos. Pues, en último término, tales intereses, previos a él, son el núcleo del derecho subjetivo, que solamente *les añade* un poder de disposición (facultad de transmitir y de renunciar el interés).

De todo ello resulta que, puesto que el derecho es la función del ordenamiento, él está en una constante *evolución* como consecuencia directa de su movimiento de adaptación a la realidad cambiante. Lo que significa que sus instituciones varían y que el punto de equilibrio en la articulación de los intereses en conflicto de cada caso *se modifica*. Y que, para esta permanente transformación no sería necesaria ni siquiera una nueva legislación (aunque ella sea lo normal y lo frecuente para afrontar los cambios). En general las leyes nuevas suelen responder a una previa evolución institucional operada antes en el campo de la casuística.

La pirámide Kelsen, por lo tanto, está aquí modificada y, más exactamente, completada. En primer lugar, porque el derecho judicial, que aun distinto y separado del ordenamiento, está dentro y no fuera de ella y es un aditamento y no un freno del sistema normativo, la positiviza logrando su eficacia. En segundo término, porque la pirámide no es del todo pétrea sino que las juntas internormativas tienen cierto grado de flexibilidad adaptativa al caso; lo que se traduce en un movimiento de la norma para introducirse en él (en cada caso). En tercer lugar, la pirámide kelseniana tiene en sí, no solamente la potencialidad de un movimiento adaptativo *externo*, es decir, un tipo de movilidad; sino además la facultad de que las piezas normativas que la integran sean intercambiadas por los tribunales con cierto grado de versatilidad, para lograr en cada caso la realización del principio de coherencia. Inicialmente la pirámide solamente proporciona un arsenal de normas relativamente ordenadas (p. ej. de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, por materias, por ámbitos de aplicación territoriales, personales, ..., etc.), pero, en esta misma medida, también relativamente desordenadas. El juez lo que hace en cada caso es ordenar, si procede, ciertas normas (no bien encajadas en el sistema normativo, difusas, confusas, ambiguas, mal redactadas, etc.) situadas en el espectro caótico de la pirámide. Y también dar un orden diferente, si procede, a normas, aunque antes preordenadas en y por el sistema, para conseguir la realización *en el caso* del principio de coherencia. Orden diferente de normas para el caso que de ningún modo puede contrariar sino mitigar, mediante combinar normas de distinta naturaleza para aplicarlas en bloque, el principio de jerarquía normativa tan esencial. En fin, este último aspecto de piezas de un mosaico a medio hacer, que son relativamente intercambiables para poder componer en cada ocasión una figura de derecho distinta (necesaria para el caso) otorga a la pirámide una cierta motilidad, es decir, un movimiento *interno*.

De todo lo expuesto debe deducirse necesariamente que una cosa es la ley y otra distinta es el derecho. La ley, o norma, es el elemento simple del sistema jurídico. Pero no pasa de ser, aun dentro del más riguroso positivismo, una regla de cálculo para ponderar operaciones jurídicas externas a ella. La ley, vista desde la casuística, se enriquece y adorna con las circunstancias relevantes de los supuestos de hecho que, pese a su importancia, no fueron previstas por el legislador al concebir la norma. Lo que tantas veces le ocurre, puesto que el derecho del legislador es el derecho de laboratorio. De acuerdo con lo indicado, el derecho como concepto aplicable a la realidad social, que es la destinataria de las normas, es un *resultado* y no la ley. Es el resultado de varias fuerzas de diferente naturaleza que coinciden en la tarea de su definición: por un lado, y ella es primordial, la ley, por otro, el derecho judicial, es decir, la jurisprudencia y las reglas hermenéuticas de los jueces basadas en ella y respaldadas por la ley; en fin, por otro lado, la costumbre (jurídica) incluyendo el uso de los negocios. Finalmente la doctrina unánimemente reconocida corona todo este proceso de delimitación.

En efecto, el derecho es el resultado, en cada caso y en general en la casuística, de la coincidencia de todas las fuerzas descritas (ley, jurisprudencia, reglas judiciales autorizadas, costumbre, doctrina científica) en una institución determinada para situarla exactamente en el puesto que le corresponde en cada momento de su trayectoria. Cabe aquí un ejemplo bien conocido: el derecho de propiedad, e indirectamente a través de él los derechos reales que la limitan, han evolucionado notablemente de una manera progresiva imparable impulsados por el principio solidarista de su función social. El modo que ha tenido la Europa occidental de paralizar el oleaje de la filosofía marxista ha sido precisamente hacer concesiones a la propiedad de los otros no dueños sobre la del dueño. En esto consiste exactamente la función social del dominio. Para que él no domine tanto debe ser parcialmente dominado. De este modo, el sujeto pasivo universal de los derechos reales (que les hace precisamente "*erga omnes*") se hace en ellos relativamente *activo* (p. ej. puede exigir su limitación no sólo a través de la teoría del abuso del derecho sino por otros medios, p. ej. la doctrina de los propios actos exigible a todo propietario en la utilización de su derecho). De este modo la función social del derecho ha sido el fermento de su maduración. El derecho ha progresado mediante proyectar en sí mismo los principios democráticos sociales propios del Estado de derecho.

Sorprende que, en cambio y frente a esta descripción de una inevitable evolución institucional fruto del equilibrio cambiante e inestable de varias fuerzas jurídicas, la doctrina en general persista en la inmovilidad. En efecto, se sigue dando excesiva importancia a la interpretación literal, cosa esta buena; pero no tanto cuando los textos legales son confusos o contra-

dictorios. El empeño de, incluso en este supuesto, seguir adheridos a la letra de la ley, por lo confortablemente segura que parece, hace que se pierda la sensibilidad imprescindible para *calcular* el punto de equilibrio de cada instituto en el momento de aplicar la norma.

En fin, en una pirámide que se estira y se encoge mediante el movimiento de sus piezas normativas (movimiento interno) para conseguir adaptarse a la casuística (movimiento externo); pirámide que tiene en sí misma una espontánea evolución natural, paralela al cambio de las circunstancias (sociales, económicas, éticas, ...), que parece un ser vivo con autonomía e identidad (al margen de la voluntad del legislador y de la labor de los juristas), hay que extremar cuidados. No se trata tanto del esfuerzo necesario para llegar a conocer cada institución del derecho, sino más bien para *situarla* en cada momento en el conjunto de las otras instituciones (delimitarla con otras que le son afines, recortar o ampliar dentro de la ley sus límites, p. ej. a través respectivamente de la interpretación restrictiva o de la extensiva o incluso de la analogía).

En todo ello hay algo que, por esencial, merece ser recordado. Se trata de que, además del principio "*rebus sic stantibus*", colaboran también en el sostenimiento desde arriba del ordenamiento los principios de coherencia (entre normas), de proporcionalidad (entre los intereses en conflicto) y de eficacia (necesaria para positivizar las normas). Su coincidencia es fértil siempre que se conjugue con las otras fuerzas no estrictamente normativas que definen *el derecho* (además de la ley: jurisprudencia, reglas judiciales, doctrina autorizada). El derecho es el equilibrio de las instituciones que lo integran, mediante la armonización de las leyes con las circunstancias relevantes de los casos a las que éstas se aplican, conseguido a través de la colaboración de la norma y la regla (judicial).

En fin, la evolución constante del positivismo hacia el ideal inalcanzable de Justicia, su perenne transformación para adaptarse a los nuevos modelos sociales, concuerda con su estructura aritmética. Porque las piezas normativas antes descolocadas acaban finalmente ensamblando (o casi) en un sistema merced a su propio movimiento (*interno, externo*) encaminado a la positivación y, por tanto, realización del derecho.

Queda una última precisión. Junto a los principios de coherencia normativa, de proporcionalidad y de eficacia hay otro no tan importante, pero de todos modos muy digno de consideración. Se trata del principio de buena fe. Su incorporación a la concepción *pura* del derecho propia del positivismo presenta el problema de que la buena fe no es en sí misma una norma, sino un principio ético. Por ello, su introducción en el ordenamiento jurídico supone desnaturalizarlo mediante restarle juridicidad en la medida de la atención que se preste al indicado principio. En nuestro ordenamiento la valoración de la buena fe es y sigue siendo creciente. Pues un

ordenamiento positivo encerrado en sí mismo, impenetrable a influencias éticas que vengan de afuera, está sentenciado a una endogamia feroz, condenado a soportar el uso alternativo procedente de su pobreza ideológica impotente para paralizarlo.

Estas reflexiones explican que la buena fe sea prolífica en la consideración que hacen las normas de ella: explica las acciones subrogatoria y revocativa (art. 1.111), provocadas por no mantener el deudor el debido nivel de solvencia, conociendo o debiendo conocer la situación de sus propias obligaciones; la acción de rescisión, bien por lesión o por fraude de acreedores, compensan una conducta aprovechada o torticera, que rompe el principio de equivalencia de las prestaciones recíprocas (arts. 1.291 y ss.) o lesiona un crédito. La protección de la apariencia supone la tutela de la buena fe, en cuanto reflejada en una circunstancia exterior en la que se basa la confianza de los terceros. La función interpretativa e, incluso integrativa, del uso de los negocios (art. 1.287) y la regla de que la oscuridad de alguna cláusula contractual sólo perjudique a quien la causó (art. 1.288) responden a la exigencia de la buena fe en el comportamiento negocial (art. 1.258). El matrimonio putativo lo es, precisamente, por la buena fe concurrente. El retenedor de una cosa en la que hizo gastos, lo es gracias a su buena fe (art. 453). Las excepciones procesales de contradicción de conducta y, especialmente, de dolo, se construyen como remedios procedimentales contra la mala fe.

Por otra parte, para evitar la manipulación del derecho los ordenamientos vigentes han articulado, dentro de su aparato estrictamente de derecho positivo, un mecanismo corrector de los abusos en el ejercicio de los poderes jurídicos, que los permite incorporar, *llegado el caso*, reglas éticas, morales, usuales o, incluso, sociales pertinentes. Tales directrices, no obstante, no dejan, por el hecho de ser utilizadas por el juez, de ser extrajurídicas. Tampoco llegan a tener una función activa, que desplazaría, derogaría o modificaría las normas positivas. Sencillamente aquellas orientaciones poseen la función negativa de paralizar comportamientos claramente dolosos. Pero para que el jurista, el juez, el tribunal puedan efectivamente emplear reglas no jurídicas, pero sí éticas, para evitar la mala fe es imprescindible, en correcta técnica, que *el propio sistema positivo arbitre una expresa autorización o remisión* al efecto. Tal existe entre nosotros y consiste en la vigilancia de la buena fe como principio general (art. 7 C.c.) incluso de oficio (art. 11.2 LOPJ) en lucha contra el dolo (arts. 1.258, 1.269), no solamente en la fase de celebración de los contratos, sino también en la de su ejecución (art. 1.256).

Así como los principios de coherencia, proporcionalidad y eficacia son normas aplicativas para conseguir la correcta solución de cada caso juzgable, la buena fe es un principio normativo sustancial. Está en la base del orde-

namiento positivo, preside el comportamiento constitutivo de la costumbre, orienta el uso de los negocios, la celebración (arts. 1.258, 1.269) de los contratos y su ejecución (art. 1.256). También es el aire que respiran las normas y el límite que tiene el ejercicio de los derechos (art. 7.1), incluso los derechos fundamentales, al frente de ellos el derecho de propiedad.

Los principios "*rebus sic stantibus*", de coherencia, de proporción, de eficacia y el de buena fe están en el ápice de la pirámide de normas, en un estado de movimiento institucional esencial para su positivación.

**UNA RECAPITULACIÓN SOBRE UN TÓPICO
PERMANENTE Y UN RECUERDO
DE UN INFLUYENTE JURISTA
(EN TORNO AL TEMA DE LA CODIFICACIÓN Y A LA
FIGURA DE DON ANTONIO HERNÁNDEZ GIL) (*)**

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

SUMARIO: I. UNA INTRODUCCIÓN PERSONAL. 1. Sobre la memoria espontánea y los perfiles del tema. **2.** Sobre la “pre-comprensión” y las “evaluaciones subjetivas” del intérprete. **3.** Sobre los “encuentros” con Don Antonio Hernández Gil. **II. ELECCIÓN DE POSIBLES PERSPECTIVAS. 1.** Consideraciones preliminares. **2.** Método (*Quo modo*). **3.** Terminología (*Quid nominis*). **4.** Concepto (*Quid conceptus*). **5.** Perfiles posibles del concepto. **6.** Autores (según los sectores normativos elegidos). **7.** Autores

N.R.: este trabajo, destinado a ser publicado en el *Libro-Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, se publica, por razones de actualidad, en el último número del año 2000 de la *Revista Jurídica del Notariado*.

(*) Las **notas a pie de página** que subsiguen van referidas exclusivamente a *algunas* de las obras sugeridas y citadas en la **RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA** presentada al final de este ensayo. *Las referencias de cada cita*, por consiguiente, lo son a las páginas pertinentes de la obra respectiva. En algún caso concreto otras obras son oportunamente citadas, aun cuando no aparecen recogidas en mi personal selección sugerida antedicha.

civilistas seleccionados. 8. Posición del jurista que suscribe. UNA PRIMERA RECAPITULACIÓN. III. RESUMEN COMPARATIVO ACTUAL. 1. La evolución en la década 1988/1998: cuadros comparativos (Anexos). 2. El “gap” jurídico como resultado. 3. El desenvolvimiento previsible. IV. SITUACIÓN PROSPECTIVA. Aspectos prospectivos. 1. En orden al *quid nominis*. 2. En orden al *quid conceptus*. 3. En orden al *quid rei*. 4. En orden al *quid valoris*. 5. En orden al *quid fines*. V. TAREAS PENDIENTES HOY. Dimensiones o aspectos de la “codificación”. 1. Aspecto fáctico (en cuanto a los hechos). 2. Aspecto normativo (en cuanto a las normas). 3. Aspecto valorativo (en cuanto a los valores). UNA SEGUNDA RECAPITULACIÓN. UNAS REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA. ANEXOS.

“... Hay una idea curiosa según la cual cuanto más se dice en lenguaje verbal, más profundo y perceptivo se es. MALLARMÉ nos dijo que basta con decir «une fleur» para evocar un universo de fragancias, formas y pensamientos. Ocurre a menudo en poesía que menos palabras dicen más cosas. Tres líneas de PASCAL dicen más que trescientas páginas de un largo y tedioso tratado sobre la moral y la metafísica...” (UMBERTO ECO, *El futuro del libro*).

I. Una introducción personal

1. Sobre la memoria espontánea y los perfiles del tema

Una obra de arte sobre la memoria espontánea como “*A la recherche du temps perdu*” de MARCEL PROUST sólo fue posible después del invento de la escritura, nos ha recordado UMBERTO ECO (1). Si se me permite la utilización del conocido *argumento retórico* “a simili”, **de la misma manera que a Marcel Proust una magdalena le retrotraía a tiempos pretéritos, al aquí abajo firmante el tema de la “Codificación” le conduce inmediatamente a la figura de Don Antonio Hernández Gil.** Y de la misma manera que la escritura ha posibilitado ese *arte* de la “memoria espontánea” de que nos habla UMBERTO ECO, quien esto escribe confía en que este pequeño ensayo en forma escrita posibilite a algunos el *acercamiento* a la persona de Don Antonio Hernández Gil **a través de mis recuerdos** basados en nuestras cortas entrevistas personales.

El hecho concreto de que *en esta obra de homenaje a su persona* colaboren personalidades de mucho mayor prestigio que el mío propio

(1) V. ECO, Umberto: *op. cit.* p. 32.

debería quizás impulsar al autor de estas líneas a ser bastante más riguroso en el planteamiento de los perfiles del tema implicado en el encabezamiento. Entiendo primordial, por consiguiente, **partir de la base de la apreciación efectuada por ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (2)**, en el sentido de que:

“Para una determinada realidad, cada nivel responde a un tipo de averiguación acerca de esa misma realidad. Ese tipo de averiguación entraña una perspectiva que se hace responsable a cada pregunta diversa sobre lo real. **Por tanto, hay tantos métodos de investigación como preguntas de que la realidad sea susceptible de suscitar:** el «qué» sea algo; el «cómo» llegue a ser algo; el «porqué» hay algo; el «quién» están implicando en algo, etc.”

Lo que ocurre es que el desenvolvimiento de cada uno de esos referidos *niveles de conocimiento* que postula SÁNCHEZ DE LA TORRE llevaría a una desmesurada longitud de este escrito y, por tanto, de este encargo a mí confiado. Espero, no obstante, poderlo llevar a cabo más adelante en alguna otra ocasión.

2. Sobre la “pre-comprensión” y las “evaluaciones subjetivas” del intérprete

Referida, por tanto, esta aportación mía, *en parte a una rememoración de mis “encuentros” con Don Antonio Hernández Gil, y en parte a una necesaria recapitulación de mis ideas sobre este tema recurrente* –en su día por mí presentadas en otros escritos anteriores– (3), necesariamente voy a dejar a un lado esos niveles postulados filosóficamente y voy a iniciar la partida desde un planteamiento personal. En ese planteamiento personal el jurista abajo firmante había acostumbrado a hacer uso de un tipo de razonamiento jurídico que se corresponde con la llamada “tópica”, esto es, argumentos fundados en puntos de vista simplemente “razonables” sobre la existencia de los fines y sobre la plausibilidad de los resultados. Esto equivale *por mi parte* a una pretensión inicial mía de hacer notar la gran importancia de lo que en su día JOSEF ESSER denominara “Vorverständnis” (“pre-comprensión”) en la interpretación del derecho (4).

En definitiva, *el posicionamiento y la responsabilidad del intérprete comienza* –como nos ha recordado J. ESSER (5)– *con un “pre-enjuicia-*

(2) V. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: *op. cit.*, p. 102 (subrayados míos: J.C.G.).

(3) V. CERDÁ GIMENO, José: *Estudios sobre Codificación ...*, cit., pp. 422 y ss.

(4) V. ESSER, Juan B.: *op. cit.*, pp. 67 ss.

En oden a un **esquema funcional en la interpretación del derecho**, v. con mayor detalle en: VALLET, Juan B.: *Panorámica ...*, cit., p. 84 y ss., y allí las referencias a KARL LARENZ.

(5) ESSER, J.: *op. cit.*, pp. 51 y ss. Nos dice J. ESSER que

“Comprender no es un simple conocer que algo «es así», sino conocer el fundamento y el sentido de este «ser así». Cuando el jurista intenta captar más allá de la objetividad de las reglas formuladas, el fundamento determinante del ser así, está ya interpretando” (*op. cit.* p. 50).

miento" de la situación de hecho y de Derecho en relación con la posible problemática. Desde la aportación de DILTHEY sobre la Hermenéutica, el proceso de la **"pre-comprensión"** comprende el análisis del sentido del lenguaje, la accesibilidad a los significados del sentido en forma histórica o no histórica y su dependencia de los horizontes del intérprete y de su objeto (6). *De todos estos posibles elementos referidos a nuestro tema, y en especial, en orden a la obra codificadora civil, me había ya ocupado con variadísimos argumentos en obras anteriores, a las cuales aquí de nuevo remito* (7).

Sobre la concepción de *la existencia de representaciones finales en la decisión del intérprete del derecho, y de un horizonte de expectativa general (no subjetivo)* que representa la "comprensión" del Derecho de enteros grupos sociales, remito, una vez más, a J. ESSER (8).

Intentaré seguidamente, a la vista de lo expuesto, *partir del presupuesto objetivo –datos ya publicados en su día– de algunas de las consideraciones por mí planteadas públicamente ante auditorios diferentes y prestigiosos ya en el año 1988, a modo de evaluaciones personales o –de otro modo dicho– de esa "pre-comprensión" de que trataba J. ESSER.*

3. Sobre los "encuentros" con Don Antonio Hernández Gil

Tenía que aludir ahora, *en estas consideraciones preliminares o introductorias al tema en examen, al dato fáctico de mis "encuentros con la persona de Don Antonio Hernández Gil"*. Encuentros la mayoría de las veces *propiciados* por intermedio de nuestro buen amigo común Don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, sobre todo en aquella dilatada etapa de uno y otro *como Presidente y Secretario* de la "Comisión General de Codificación". Encuentros *iniciados allá por el año 1979*, encuentros que se fueron sucediendo con alguna constancia por mi parte y con una periodicidad constante varias veces al año (9) hasta el momento en que Don Antonio Hernández Gil fue sustituido por el Ministro de Justicia en su

(6) V. ESSER, J.: *op. cit.*, pp. 67 y ss.

(7) V. *nota 3 anterior*.

(8) V. *op. cit.*, pp. 70-71.

(9) En los "encuentros" **precitados** recuerdo que la cordialidad y afabilidad de Don Antonio eran proverbiales y su memoria increíble: me reconocía siempre y *su contestación invariable a mi saludo inicial* solía ser la de "¿qué tal, Notario, cómo le va por esas islas?". Luego debatíamos los pequeños problemas de **la codificación civil foral** y preguntaba por **las especialidades de las Pitiusas** por las cuales siempre se interesó.

Dicha especial relación amistosa la evidencié en *su muy amable contestación al envío* de mis modestos volúmenes de "Estudios", y el agradecimiento subsiguiente muy cordial.

cargo de Presidente de la citada “Comisión”; encuentros *continuados* con alguna asiduidad algunas veces al año con motivo de mi asistencia –y las saluciones pertinentes recíprocas– a determinados actos públicos (“Discursos de Ingreso” de nuevos Académicos Numerarios) y a los anuales **Discursos de Inauguración** del Curso Académico de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” pronunciados como Presidente de la misma por Don Antonio (*entre los años 1985-1993*).

Un afortunado azar de la providencia motivó el que, previa elección mayoritaria, fuéramos ambos designados como *miembros de la MESA para la Sección o Ponencia Primera* del **“Congreso Nacional de Jurisconsultos Españoles” de Zaragoza en octubre de 1981**. *Estuvo a mi lado en la MESA citada como Presidente* Don Antonio, moderando los muy duros debates *en torno al artículo 149.1.8º de la Constitución*. En aquella ocasión hubo que urgir al desaparecido Maestro para que interviniera y, en consecuencia, vióse obligado a pronunciar unas palabras para dejar centrado –y cerrado– el tenso debate (10). Es lástima que los muy numerosos autores que se han ocupado de tan espinoso tema desconozcan aquel hecho y aquellas palabras de Don Antonio. El firmante tan sólo puede aquí y ahora traer el recuerdo y el intento de fidelidad máxima de la transcripción de *la intervención improvisada oral* de Don Antonio, para memoria de muchos desmemoriados asistentes, para recuerdo de los que siguieron el acto y para aviso de navegantes en el futuro.

II. Elección de posibles perspectivas

1. Consideraciones preliminares

Ahora creo que todos pueden entender *aquella consideración mía inicial* en orden a **un doble recuerdo**: *la figura de Don Antonio* me lleva a la idea tópica de “codificación”; y de otro lado, *el conocido tópico* me conduce al recuerdo de su persona y a los “re-encuentros” aquí ahora re-memorados.

Referidos previamente *los posibles y diversos métodos de investigación contemplados desde una perspectiva ius-filosofía y con una pers-*

(10) A petición de mi compañero de la MESA Don EDUARDO MONTULL LAVILLA y de mis propios ruegos **Don Antonio tuvo que intervenir**.

No puedo aquí reproducir con total exactitud sus palabras, porque –dada mi situación en la MESA– no podía ni debía tomar notas. Es lamentable, –y a ello me he referido en otros lugares– que las **Actas** del Congreso de 1981 no hayan sido publicadas. De serlo en su día, ¿figurarán esas improvisadas palabras de Don Antonio?

En este momento y hora, *en mi condición de notario*, sólo puedo afirmar que “de aquel hecho y de mi presencia y audiencia del mismo, doy fe”.

pectiva general, aquí cabe reconducir **la pregunta inicial sobre el método aplicable posible** a la personal posición de cada autor. Así, *las diferentes perspectivas* desde las que nuestro tema tópico ha sido contemplado han ido recorriendo los muy diversos grados de la escala conceptual. Sólo cabe remitir a la amplia gama de autores consagrados al tema y a la numerosísima bibliografía al respecto aparecida en los últimos cien años, para lo cual bastará acudir a cualquiera de nuestros Tratados y Manuales al respecto.

A la hora de tener que poner un límite a *la relación bibliográfica* y a la proliferación de *métodos*, el jurista abajo firmante necesariamente va a tomar **como punto de partida y como presupuesto** mis reflexiones sobre esta materia, que se remontan hacia atrás hasta el año 1976 y prosiguen y finalizaron en el año 1988 (11).

2. Método (*Quo modo*)

En orden a *las distintas corrientes metodológicas* ya nos prevenía Don Antonio Hernández Gil que

“Pese a su posible significado independiente, toda corriente filosófica tiene un presupuesto filosófico, así como toda concepción filosófica puede tener una dimensión metodológica. Por otra parte, el método en cuanto a proceso a seguir en el acto del conocimiento, puede ir referido a la filosofía o a la ciencia. En el primer caso, la metodología se ocupa de los criterios o procedimientos utilizados para elaborar el discurso filosófico. En el segundo caso, concierne al discurso científico. La metodología –incluso cuando se la considera integrada en la filosofía– se ocupa con preferencia de los métodos científicos ...” (12)

(11) V. **mi comunicación** a las “V Jornadas de Derecho Catalán en Tossa” (“Cent anys de Codi Civil des de Catalunya”), Tossa de Mar 27/30 Septiembre 1988, *en el volumen colectivo* a cargo de la Cátedra “Durán y Bas”, Universitat de Barcelona, ed. PPV. Promociones Publicacions Universitaries, Barcelona, 1990, pp. 355-394. *Comunicación titulada* “Unas reflexiones sobre la inacabada tarea codificadora civil”: **ahora formando parte de mi libro** precitado *Estudios sobre Codificación ...*, pp. 329-371.

– V. **mi conferencia** en la “Academia Matritense del Notariado”, Madrid, 24 noviembre 1988, *en la colección* “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, Tomo XXIX, ed. RDP (EDERSA), Madrid, 1990, pp. 389-491. *Conferencia titulada* “Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil”: **hoy forma parte de mi libro** precitado *Estudios sobre Codificación ...*, pp. 373-473.

(12) V. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: “La contemporaneidad ...”, cit., pp. 32 y ss. y 63 y ss. Considero también de imprescindible consulta *su monumental aportación sobre el tema: Metodología de la Ciencia del Derecho*, 3 volúmenes, Madrid, 1971.

Sobre este mismo tema, con hondura de investigación, v. también la formidable aportación de VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Metodología de la determinación del Derecho*, Ed. Fundación Ramón ARECES, Madrid, 1994.

Las corrientes metodológicas primordiales surgidas y consolidadas en el seno del saber jurídico –nos recordaba Don Antonio Hernández Gil– han sido las de la jurisprudencia de conceptos (método dogmático jurídico), la de la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia sociológica, la tópica y la teoría de la argumentación.

Obviamente, *dentro del pensamiento jurídico hay que situar las distintas corrientes filosóficas*, –que Don Antonio Hernández Gil llamara “**intrajurídicas**”– en las que cada autor se sitúa: el iusnaturalismo renovado, el positivismo subsistente y la tridimensionalidad.

He presentado *todas estas consideraciones “preliminares”* haciendo constar –como hice **verbalmente en mi conferencia precitada**– que el firmante no intenta ser diferente a ningún otro jurista (13) y que, como tantos otros autores, ha hecho uso de métodos diversos en sus escritos precedentes a lo largo de estos años.

3. Terminología (*Quid nominis*)

Importa ante todo dejar constancia de *una precisión terminológica en orden al vocablo “codificación”*. Dejemos la palabra a los especialistas del lenguaje, que se refieren al vocablo “**Código**” en relación con variados términos tales como enciclopedia, como sistema, como correlación, como institución, como significación, como génesis, como representación y como proceso inferencial (14). La distinción básica para UMBERTO ECO es entre la de código como **NOMOS** (esto es, la ley de la ciudad) y código como **PHYSIS o CLINAMEN** (esto es, condición o inclinación natural).

Me parece de obligada mención la referencia, captada muy bien por JUAN VALLET (15), a la constante preocupación que siempre tuvo Don Antonio Hernández Gil por *la relación existente entre el lenguaje y el derecho*, que sintetizó diciendo que

(13) Es el conocido **tópico**, denunciado en su día por F. CARNELUTTI en su burlesco escrito titulado “Il metodo del io non so come”, en la “Riv. di dir. proc.”, 1959, pp. 3 y ss.

Dejando a un lado, *además* –como bien decía Pietro PERLINGIERI (*Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, novembre 1979, pp. 34 y ss.)– que “no existe para el jurista una fórmula obligada de pensar”.

(14) V. ECO, Umberto: *Semiótica y Filosofía del Lenguaje*, cit., pp. 289 y ss. El autor hace un detenido y exhaustivo recorrido por *las distintas posiciones de los autores* (LEVI-STRAUSS, JAKOBSON, BERNSTEIN, LOTTMANS, USPENSKIJ y R. BARTHES): código como sistema fonológico o como sistema correlacional, código semántico, código pragmático, código sémico, código cultural, código simbólico, código hermenéutico, código **pro-airético** (de las acciones), etc. (*op. cit.*, pp. 333 y ss.).

(15) V. VALLET: “El Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Gil...”, discurso cit., Madrid, 1994, pp. 91 y ss.

“se manifiesta en dos sentidos: el derecho es lenguaje y el Derecho es como lenguaje”. En el primer sentido, que era –dijo– el que en aquel momento le interesaba, se remitió a la “conexión” que existe “entre el lenguaje, en tanto que sistema general de significación y comunicación, y el derecho, en cuanto campo de aplicación de la lengua o referente lingüístico”. Por eso –destacó– el derecho “constituye un lenguaje objeto sobre el que despliega su actividad el jurista, a través del metalenguaje de la ciencia, la jurisprudencia o la técnica de aplicación” (16).

A la importancia lingüística del Código Civil se refirió años más tarde el mismo Don Antonio Hernández Gil (17):

“no se incurre en una exageración diciendo que el Código Civil, en su léxico, en su semántica y en su sintaxis –quizá sobre todo en ésta– no es una ley más del siglo XIX ...”.

4. Concepto (*Quid conceptus*)

También he de referirme aquí obligadamente a la visión que Don Antonio Hernández Gil tuvo del vocablo “codificación”. Así, nos decía en una celebrada alocución:

“Codificar equivale a pretender algo más que la perfección de los preceptos en su singularidad aislada. Armonía y correlación: he aquí dos palabras –de significación muy próxima– claramente caracterizadas. Armonía y correlación de las normas en su conjunto, para formar un ordenamiento coherente. Armonía y correlación entre el ordenamiento y el ámbito cultural y social en que aparece inserto; del que procede y al que sirve; del que emana y hacia el cual tiende, configurándole. El derecho es exponente del difícil equilibrio –el equilibrio justo– entre la estabilidad y el progreso. No puede vivir de espaldas a los hechos y en pugna con las corrientes que fluyen de la sociedad. Pero tampoco puede vibrar precipitadamente, al unísono, hasta el punto de convertirse en un acontecer más. La ordenación jurídica ha de producirse con diligencia, mas también con reposo, tacto y cuidado”. (18)

Una visión sobre este vocablo (“codificación”) que es subyacente a la personalísima concepción que cada autor adopta ante la materia. Lo que nos remite a las referencias consiguientes que seguidamente se hacen.

(16) V. VALLET: *op. cit.* en nota 15 precedente, pp. 92 y ss.: remite al *Discurso de Inauguración del Curso 1988-89* pronunciado por Don Antonio Hernández Gil (*El lenguaje en el Código Civil*).

(17) V. VALLET: *op. cit.* en nota 15, pp. 94 y ss.: remisión al *Discurso de Inauguración del Curso 91-92* pronunciado por Don Antonio Hernández Gil (*El lenguaje del Código Civil*).

(18) V. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: “Discurso de posesión como Presidente de la Comisión General de Codificación”, Madrid, ed. Comisión General de Codificación, Madrid, 1969, pp. 48 y ss. (*los subrayados son míos*: J.C.G.).

5. Perfiles posibles del concepto

*He aludido en otros lugares a las diversas **perspectivas posibles** en el tema de la codificación civil y he presentado a modo de **unas premisas generales** en torno a la idea madre de “codificación”, perspectivas posibles y premisas generales que por su interés entiendo cabe aquí reproducir –se dice desde antiguo que “*conocer es recordar*”– como sigue:*

• **Perspectivas posibles.**– Sobre este punto *escribía este jurista abajo firmante en 1988 (19):*

“1. Las perspectivas posibles de tratamiento de la materia. = Los posibles enfoques o tratamientos sectoriales de la materia referente a la codificación civil –que originan otras tantas perspectivas posibles– en relación con la aporía constitucional derivada del artículo 149.1.8 Constitución Española, han sido objeto de cuidadoso análisis y reflexiones por mi parte en tempraneros trabajos al efecto. A ellos debo necesariamente remitirme.

El pasar revista aquí y ahora a todas y cada una de las posibles perspectivas sería ya reiterativo y solamente cabe recordar a los meros efectos expositivos que los respectivos análisis desde los puntos de vista del Derecho Constitucional, de la Historia del Derecho, del Derecho Civil y del Derecho Administrativo condujeron a unos resultados que ya he presentado en anteriores ocasiones.”

• **Premisas generales.**– Sobre este punto *escribía este jurista abajo firmante en 1988 (20):*

“Parece posible apuntar, en principio, a la implicación de una serie de ideas en torno a la idea madre «codificación». Hay, *en primer lugar*, el prejuicio de ser un tema o temática que entre nosotros –en España– es y ha sido inacabada e inacabable. Hay, *en segundo lugar*, la sensación de que en ella hay subyacente un problema de uso de técnicas complejas y de difícil conocimiento al alcance de un hombre normal. Hay, *en tercer lugar*, la conexión de la idea o el tema al lugar común o tópico de la perfección, de la sencillez y del sistema completo, es decir, una remisión a una idea utópica. Hay, *en cuarto lugar*, una referencia constante a momentos históricos concretos y determinados, a veces variables, a veces uniformes, que a mi modo de ver llevan a una tendencia universal –tanto a escala cósmica como a escala humana– de fases contrapuestas de contracción y de expansión, que yo veo asimilables a los movimientos de centralización uniformista y de autonomismo dispersante, movimientos implícitos en toda idea codificadora. Hay en

(19) V. **mi comunicación precitada** a las V Jornadas de Derecho Catalán ...: **ahora en mi libro también precitado**, pp. 332 y ss.

(20) V. **mi conferencia ya referida** en la Academia Matritense del Notariado: **ahora en mi libro ya precitado**, pp. 422 y ss.

quinto lugar, una serie de permanentes tensiones dialécticas entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, implícitas en el tratamiento constitucional de la materia *ex* artículo 149.1.8°, de la C.E. Hay, *en sexto lugar*, una previsible incardinación de toda esta amplia materia dentro de la «Teoría General de las Normas», punto que reiteradamente he denunciado y que requeriría un tratamiento «interdisciplinario» que no se ha hecho. Y hay, *en séptimo lugar*, una situación actual de atomismo normativo de tipo privado que parece va a hacer tránsito a una nueva forma de *ius commune*, lo que vendrá impuesto quizá a pesar nuestro y desde fuera de nuestras fronteras”.

A la hora de proceder a *una obligada selección de posiciones doctrinales en orden a nuestro tema, circunscritas* –como anticipé– *a la última década de este siglo XX*, es también *obligada la referencia a la diversidad de obras colectivas* dedicadas a la “codificación” en España de que se hace mención en el apartado de **BIBLIOGRAFÍA** y allí cabe observar **los distintos perfiles o aspectos** bajo los que cada autor enfoca el tema.

A mi parecer, la visión más completa y *omnicomprensiva* de los diferentes perfiles es la adoptada por JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ (21).

Respecto de esos diferentes perfiles o perspectivas posibles, –anticipadas ya en su día por el jurista abajo firmante años ha en tempraneros trabajos– (22), algunos han sido sustancialmente *revisados* por los autores *de cada sector* del ordenamiento jurídico al que yo aludía, otros han visto una notable *ampliación* de sus enfoques y contenido y alguno comienza a despuntar *nuevos* brotes investigadores. Necesariamente *he de proceder a sintetizar al máximo* tales visiones y posiciones doctrinales mediante las consabidas *remisiones genéricas* a las obras más relevantes en cada materia, en la forma que sigue.

6. Autores (según los sectores normativos elegidos)

• Perfil desde el Derecho Constitucional

A los autores aludidos *en mis reflexiones precedentes sobre este tema* (GONZÁLEZ CASANOVA, GARCÍA DE ENTERRÍA, P. PERLINGIERI, RUIZ VADILLO, Díez-PICAZO, O’CALLAGHAN, GORDILLO CAÑAS), habría que

(21) V. su artículo “Constituciones, Códigos y Fueros. La Codificación Civil en España y la cuestión regional”, *op. cit.*, en especial su *Parte Tercera* (pp. 701-711). **Obra, a mi juicio, de consulta imprescindible.**

(22) *Todos ellos recogidos ahora en mi libro precitado Estudios sobre Codificación...*, ed. del Centro de Estudios Registrales, Impr. J. San José, S.A., Madrid, 1993.

añadir en la actualidad los nombres de X. ARBÓS (23) y L.M. CAZORLA PRIETO (24). *A este último autor entiendo debe dársele un especial tratamiento*, por el notable interés de su obra.

A observar en este lugar las dificultades de encuadre, sistemática y ubicación para algunos de los autores por mí seleccionados. [En este párrafo –añadido casi al final de tener preparado mi “ensayo”, al recibir el envío del recientísimo libro del autor–, intento aclarar que, en mi modesta opinión, la posición de L.M. Cazorla Prieto es neta y obviamente iuspublicista en orden al tema en examen: no tanto por su “condición” profesional (Abogado del Estado, Letrado de las Cortes, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario), sino precisamente en función del tratamiento por él dado al tema de la “codificación”, tratamiento a mi juicio netamente publicista].

A la Parte Primera de dicho libro me he referido resumidamente en la **nota precitada** a dicho autor dedicada.

De la Parte Segunda del Libro (titulada “Los elementos de la técnica legislativa como integrantes de la codificación contemporánea”, pp. 83-161), y pese a su notable interés para nuestro tema, *en mi opinión de privatista* parecen en este lugar de mayor relieve *los epígrafes o capítulos II, III-A, V, VI, VII.A y B.1 y VIII*. De toda la exposición aquí extraigo unas breves citas, como sigue:

“(Concepto de técnica legislativa). ... aquel conjunto de reglas tendentes a lograr una mejora y perfeccionamiento en la configuración formal de las leyes y demás normas de carácter jurídico”.

“(Naturaleza de la Técnica legislativa). «Prevalece la opinión de la condición ajurídica de las reglas de técnica legislativa.– ...=... estaríamos pues ante normas propias del buen hacer, normas elaborativas, estéticas y hasta morales ...».= El autor no comparte esta opinión y defiende «su caracterización como normas propiamente jurídicas y que como tales vayan siendo formuladas tanto en cuanto a su estructura como a su eficacia». Entiende que «el punto

(23) V. su artículo “Constitución y Derecho actual”, cit., esp. pp. 21 y ss.: y allí, la cita de la llamada de G. Zagrebelsky al saber de los juristas como jurisprudencia, y la insistencia final en la formación de los juristas en la dimensión retórica del lenguaje jurídico.

(24) V. su conferencia “La Codificación como función de los poderes jurídicos...”, en la obra conjunta precitada sobre “Seguridad jurídica y Codificación”: y allí el penetrante análisis de los sujetos, el objeto y la forma de la codificación contemporánea en España (pp. 66 y ss., 44 ss. y 48 y ss.).

Más ampliamente, en su recientísimo libro *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, se contiene como Parte Primera del mismo aquella **colaboración** antes citada en tales “Jornadas sobre Seguridad Jurídica y Codificación”: a ella se añade ahora una amplia Parte Segunda, que entiendo debe ser de obligada mención y examen en este lugar, como seguidamente hago.

crucial en la delimitación de la naturaleza jurídica de estas reglas es el de precisar la jerarquía que les acompaña. De ello depende el alcance de su condición jurídica y la posible reacción más o menos eficaz ante los incumplimientos de los mandatos de técnica legislativa»”.

“(Características de las reglas de técnica legislativa). Para el autor se resumen en que: forman parte a título de último eslabón de lo que hemos llamado codificación contemporánea; el técnico en la legislación asume el «primado de la política»; tienen carácter instrumental, esto es, son reglas al servicio de otras; no se proyectan directamente sobre una parte de la realidad y su objeto está formado por las mismas normas jurídicas a cuyo servicio y mejor disposición se entregan; son por su propia naturaleza preparatorias o tocantes a la etapa de elaboración de las disposiciones correspondientes, y por tanto, no son elaborativas o tocantes a la interpretación de las ya existentes; su sustancia y su misión jurídica no se agota en lo puramente lógico-formal, sino que guardan una estrecha conexión con ciertos principios constitucionales; son reglas de carácter complejo y en su seno coexisten instrucciones de carácter lógico-formal, léxico, gramatical y semántico, entre otras; aunque tienen destinatarios plurales se dirigen a grupos definidos y concretos”.

“(Ámbito material). La técnica legislativa tiene por objeto cualquier disposición jurídica con independencia de su origen y jerarquía. De este modo los instrumentos que acuña saltan por encima de la ley formal para desplegarse por los campos propios de otras disposiciones.— ... La ley es el objeto más destacado sobre el que recae la técnica legislativa. Dentro de un Estado democrático y social de Derecho la fuente normativa principal y predominante es la ley emanada de la institución parlamentaria correspondiente.—”...

“(Características de las normas de técnica legislativa). ... los rasgos caracterizadores de las normas jurídicas que delimitan las directrices de técnica legislativa son como sigue, según el autor: por un lado, tienen por objeto el llamado lenguaje legal en sentido amplio, y por otro, la organización de las disposiciones, dentro de la cual hay que incluir su estructuración general y los criterios sistemáticos que las alientan; son reglas prescriptivas en sentido estricto, que imponen un tratamiento conforme a sus pautas, de los textos normativos; son normas escasamente argumentativas; son normas performativas, es decir, más que transmitir una información, pretenden implantar unas directrices en los textos normativos; son normas organizativas de un texto, y no sustantivas o afectantes al fondo del documento normativo de que se trate; son normas organizativas y formales, no son creadoras o aspirantes a transformar un aspecto de la realidad; finalmente, habida cuenta de la misión que cumplen, son normas jurídicas de textura predominantemente cerrada”.

En su conjunto, considero este pequeño volumen —aquí simplemente aludido en extracto— como una de las más valiosas aportaciones de la bibliografía española actual en la materia.

• Perfil desde el Derecho Administrativo

A las consideraciones generales en su día efectuadas por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y S. MUÑOZ MACHADO, cabe añadir hoy la incidencia de reflexiones *específicas* acerca del órgano administrativo encargado de la codificación contemporánea posible: AGUSTÍN MOTILLA (25), AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ (26), ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH (27) y GUY BRAIBANT (28).

(25) V. su artículo “La Codificación como técnica de producción legislativa”, cit., espec. pp. 570 y ss.: y allí, *la gran cuestión* de si el modelo histórico de la codificación –el Código Civil– ha perdido su lugar, ocupado ahora por el Derecho Administrativo, dada la generalización del método legislativo típico del Derecho Público en todos los campos del Derecho legal, incluso en los ámbitos codificados; así como *la propuesta de una codificación de conceptos y principios generales* adecuada a los presupuestos socioeconómicos actuales.

(26) V. sus disertaciones “La calidad de las leyes ...”, cit., y “La Comisión General de Codificación y ...”, cit. *En ambos escritos, muy similares en su contenido*, alude a la falta de calidad de las leyes derivada de la hipertrofia legislativa (situación de “multinomia”), a la necesidad de una “Ciencia” nueva que bautiza como “**Ciencia de la legislación**” y a las razones del cambio de la actual “Comisión General de Codificación” por un nuevo órgano que denomina “**Comisión General de Legislación**”.

También se refiere al *progresivo crecimiento de la idea de las normas como otra posible causa para la crisis de la ley y de la codificación* Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN en su colaboración para el “Libro-Homenaje a Jesús López Medel”, ed. del C.E.R., dos tomos, citado, titulada “La «norma del caso» en el método de interpretación del profesor WOLFGANG FIKENTSCHER”, en el Tomo I, pp. 125-155, *en especial* pp. 143 y ss.

(27) V. su disertación “La Codificación en Derecho Administrativo”, dentro del epígrafe dedicado a “Perspectivas de nuevas codificaciones españolas”, en el volumen colectivo *Seguridad jurídica y codificación*, citado, pp. 123 y ss., espec. 127 y 131. Entre otras cosas, aporta **nuevos calificativos** a la situación actual de las codificaciones modernas (consolidadas, nuevas, en retroceso), y sugiere buscar **nuevos ejes** en torno a los que articular la labor codificadora tomando conciencia de *los límites de esa labor* y no actuando con tal pretensión en aquellos sectores sometidos a grandes cambios.

(28) V. su conferencia “El modelo francés de la nueva codificación”, en la obra colectiva citada en nota 27 precedente, pp. 89 y ss., espec. en su intervención, como **Vicepresidente** largos años de la francesa “**Comisión Superior de Codificación**”, entiende: que “la codificación es uno de los mayores retos jurídicos en este cambio de milenio”, que “esta situación tiene una dimensión internacional”, que “sería fundamental que las organizaciones internacionales, la Unión Europea la primera, codificasen asimismo sus textos”, que “la causa inicial y esencial es que la codificación se considera como una respuesta a un mal que invade a todos los países, y Francia en particular, la inflación normativa...”.

Analiza seguidamente **cuatro series de cuestiones: los agentes, los objetivos, el programa y el balance, y los principios**.

La Codificación francesa actual –nos dice– está regida por **los siguientes cuatro grandes principios**: es una codificación “sistemática” (se aplica a la totalidad del derecho, o, más exactamente, a todos los actos normativos principales, es decir, las leyes y los decretos); es una codificación “temática” (se “fracciona” la totalidad del derecho en ramas homogéneas y coherentes, evitando los solapamientos y las lagunas; *lo cual conlleva los dos grandes problemas* de cuál es la

• Perfil desde la Historia del Derecho

Además de las aportaciones de J. LALINDE ABADÍA (29), y de los muy numerosos trabajos de B. CLAVERO SALVADOR *—por mí aludidos en otras obras más precedentes—* (30), en este momento y lugar es de mención obligada el reseñar la exhaustiva investigación de este último acerca de nuestro tema en examen: por lo tanto, *de nuevo remito a su obra*, una vez más (31).

Los famosos “**paradigmas**” del binomio “*Codificación-Constitución*” de B. CLAVERO no han sido igualados ni en ingenio, brillantez y profundidad, ni en su detenido análisis del *par de conceptos* en cada uno de los supuestos que plantea. Obsérvese, v. gr.:

- **Paradigma I:** Codificación *inconcebible* (Constitución y Declaración de Derechos).
- **Paradigma II:** Codificación *nonnata* (concepción originaria del Código como realización y despliegue de los Derechos declarados en la Constitución).
- **Paradigma III:** Codificación *imprevista* (Codificación *fuera de* Constitución: no hay un “Code general”, sino una constelación de Códigos presidida por el Civil que no cubren un firmamento jurídico).
- **Paradigma n:** Codificación *inviable* (Constitución *versus* Codificación) (32).
- **Paradigma X:** Codificación *incierta* (Decodificación *dentro de* la Codificación).

“lista” posible de códigos y del “perímetro” de cada uno de ellos, problemas a resolver en función de objetivos de claridad y comodidad de los usuarios); **es una codificación que se hace “con derecho constante”** (consistente en agrupar textos existentes según un orden lógico y coherente: viene a ser a modo de una *codificación “de lege lata”*, como suele ser **nuestra “refundición”** y formación de un texto único); es una codificación sujeta a la norma llamada del “paralelismo de las competencias” (Parlamento, “Comisión Superior de Codificación”, instancias jurídicas y administrativas).

(29) V. **sus trabajos**, de obligada consulta, publicados en el “AHDE”:

Apuntes sobre las ideologías en el Derecho histórico español, 1975, pp. 123-157.

La creación del derecho entre los españoles, 1966, pp. 301-377: **en especial**, las referencias al decisionismo historicista como postura de la España “periférica” y a la posible conversión del “normativismo historicista” en un “decisionismo periférico”.

(30) V., *sobre todo*: “La idea de Código en la Ilustración jurídica”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88.

(31) **De imprescindible consulta y abundantísima bibliografía en todos los idiomas cultos**, v. **su artículo** “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”, citado: *más tarde reproducido como Capítulo II de su posterior libro Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, citado.

(32) V. **la referencia del autor al caso de España en:** *Quaderni Fiorentini*, cit., p. 115-124 (v. en dicho lugar las notas bibliográficas 126 a 152). Posteriormente **en el libro Razón de Estado...**, cit., pp. 98 a 107 (v. allí las notas muy actualizadas 126 a 152).

- **Paradigma O:** Codificación *ingenua* (ingenuidad del Código: el Código era un resultado normativo de la Revolución constitucional pero no su culminación jurídica!).

A la manera de hacer “*historicista*” de los juristas de las antiguas Regiones Forales me he referido en numerosas ocasiones: *remito a mis reflexiones precedentes*, citadas.

La posición mayoritaria y dominante entre nosotros en el examen desde el punto de vista **historicista** de nuestro siglo XIX y del fracaso de la Codificación civil española (debido fundamentalmente –se decía– a la oposición de las Regiones forales), ha sido objeto modernamente de puntualizaciones y revisiones muy interesantes (33).

En síntesis cabe concluir que la profundidad del análisis de los historiadores del Derecho –y de civilistas también– ha hecho *ampliar el contenido de todo este sector* hasta formar una de las perspectivas del problema de mayor alcance y complejidad.

- **Perfil desde el Derecho Civil**

Voluntariamente excluida aquella parte de este sector normativo anterior al año 1988 –con alguna excepción, como veremos–, he de aludir a la trascendencia e importancia de **los numerosos Congresos** celebrados sobre el tema desde los ya lejanos de 1863 y 1888, hasta los de este siglo en Zaragoza (1945, 1981) o en Tossa de Mar (1988). A algunos de ellos me he referido ampliamente, con una perspectiva **historicista** tanto *diacrónica* como *sincrónicamente*, en mis reflexiones precedentes (34).

Imprescindible la consulta de la obra exhaustiva de J. F. LASSO GAITE, en la parte dedicada a la Codificación Civil (35).

Con motivo del **Centenario del Código Civil** han aparecido una serie de volúmenes colectivos, de autores varios y edición a cargo de entidades y corporaciones: *aludidos en la Relación Bibliográfica, a la que aquí remito*.

En el volumen colectivo dedicado a las “*V Jornadas de Derecho Catalán en Tossa*” (Tossa de Mar, 27/30 Septiembre 1988) dedicado al **tema genérico “Cent anys de Codi Civil desde Catalunya”**, son de notable relevancia para nuestro tema en examen en el presente ensayo las aportaciones (Ponencias y/o Comunicaciones) de los autores que siguen:

(33) A los nombres de F. TOMÁS VALIENTE, B. CLAVERO SALVADOR, P. SALVADOR CODERCH, E. ROCA TRÍAS, etc. hay que añadir ahora el de J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ: *op. cit.*, espec. **Parte 1ª** (pp. 677-686) y **Parte 2ª** (pp. 686-701).

(34) *Remito de nuevo a mi libro Estudios sobre Codificación ...*, citado.

(35) V. su obra monumental *Crónica de la Codificación española*, cit.

A. MIRAMBELL ABANCÓ (pp. 47-94), E. ROCA TRÍAS (pp. 95-159), J. DELGADO ECHEVARRÍA (pp. 425-439), C. E. FLORENSA i TOMÁS (pp. 441-457), A. MERINO GUTIÉRREZ (pp. 577-597), P. DE PABLO CONTRERAS y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ (pp. 621-641), J. M. POU DE AVILÉS (pp. 643-650) y E. VENDRELL FERRER (pp. 701-716).

De la ya abundante serie de **comentarios doctrinales** aparecidos en esos volúmenes colectivos aludidos son de particular relevancia *los promovidos por la "Asociación de Profesores de Derecho Civil"* y, de entre ellos, las aportaciones de los profesores M. ALONSO PÉREZ, J. L. DE LOS MOZOS, D. ESPÍN CÁNOVAS, C. LASARTE ÁLVAREZ, A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, y J. ROCA GUILLAMÓN: todas ellas en relación con **aspectos genéricos** del desenvolvimiento de la codificación civil en España. A otros aspectos **más específicos**, en relación con *puntos concretos* del ordenamiento civil, se refieren otras aportaciones que aquí no se han incluido en el apartado bibliográfico.

De entre los volúmenes de **"Comentarios"** de carácter colectivo es digna de destacar *la obra promovida por el Ministerio de Justicia* –también citada en la relación bibliográfica–, aunque a los efectos de nuestro tema tiene *una menor incidencia* dado que *la labor de cada autor se ciñe estrictamente al artículo o artículos a él asignados* en el conjunto de la obra y **no a una visión de conjunto de la obra civil codificada**.

Recientemente, el "Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España" dedicó a nuestro tema unas **"Jornadas Interdisciplinarias"**, *que se concretaron en el volumen citado "Seguridad Jurídica y Codificación"*, antes aludido.

7. Autores civilistas seleccionados

Con el pie forzado de *un límite inicial de 1988 hacia acá* y con la obligada *referencia a las aportaciones de Don Antonio Hernández Gil en este tema*– he procedido a una muy estricta y reducida *selección personal* de algunas de las ideas que me han parecido de interés en este ensayo, **selección ordenada en forma cronológica** como sigue:

7.1. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL

A mi juicio, la figura tan influyente como decisiva de Don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL en todos los ámbitos jurídicos de nuestro país, es trascendental *en esta materia de la "codificación" por mí escogida para este ensayo en su honor*. Para lo cual, nada mejor que trazar a modo de una breve **síntesis diacrónica de sus diferentes actitudes ante el tema** a lo largo del tiempo.

a) *Actitud primera (años 50/60)*

Aparte de otras aportaciones iniciales suyas *en el sector normativo del “Derecho Civil”*, la primera significativa referencia es la de su pequeño trabajo titulado “Reflexiones sobre el Derecho Foral y la unificación del Derecho”, publicado en el año 1955 (36). En ese pequeño ensayo, *excluyendo* algunas consideraciones preliminares sobre el “Derecho Foral” (que, a mi entender, posiblemente *no mantuvo* algunos años más tarde) y su excelente diagnóstico-resumen de “la situación real del «problema foral» en el momento presente” (**esto es, era, en 1955!**), *son todavía de algún interés los apartados 3 y 4* en los que resume sus argumentaciones **en torno a la concepción unitaria –“unitarista”, dice– del derecho** con algunas ideas que aquí quiero destacar:

... “He mostrado mi inclinación hacia una concepción unitarista en punto al proceso de las autonomías de las ramas jurídicas. En lo esencial mantengo aquí un criterio análogo. Pero hay que advertir la existencia de una variante explicativa de posibles diferencias. El problema de las autonomías de las ramas jurídicas es predominantemente científico y técnico. El de la unidad o diversidad territorial de los ordenamientos jurídicos ofrece una dimensión social y humana superior”.

... “Es preciso, por tanto, meditar acerca de este importante presupuesto ideológico, es decir, filosófico-jurídico.—...= Para mí, el presupuesto filosófico-jurídico tiene que estar constituido por el iusnaturalismo al que figuro adscrito.”—...=.

... Aboga por la unidad (unificación) del Derecho desde una triple premisa: **como exigencia**, debe imponerse; **como consecuencia**, si se produce la unidad, debe respetarse; **como tendencia**, es simplemente algo que se persigue. Lo desarrolla seguidamente, en la forma que aquí resumo.

1. La unidad como exigencia: “La doctrina del Derecho Natural (en su significación tradicional y católica) lleva en sí misma un aleccionamiento. Predica la unidad esencial del orden jurídico sobre la base del Derecho Natural. La persona, la justicia y el bien común son las claves angulares de esa unidad.—...= El Derecho Natural, al cumplir su cometido informador, cumple también un cometido uniformador.—...”

2. La unidad como consecuencia (o, por mejor decir, “uniformidad”): “...tiene su base en los factores históricos, económicos y sociales que condicionan la formación del Derecho. Por lo tanto, no arranca del Derecho en sí. Cuando esos factores constituyen una línea constante y homogénea —en el tiempo y en el espacio— tenderá a manifestarse de manera espontánea. Pero la existencia de posibles diversidades propenderá a tener igual proyección. En este orden de ideas importa mucho poner de manifiesto que **no hay que**

(36) V. la cita completa en la **Relación Bibliográfica**: y allí, las referencias que luego hago a alguna de las ideas más atrayentes o relevantes sobre nuestro tema (los subrayados son míos: J.C.G.).

confundir o identificar los conceptos de Derecho Civil nacional y Derecho Civil uniformemente idéntico.- ...= En suma, **un Derecho auténticamente nacional** será aquel que recoja y refleje los factores naturales, sociales y culturales derivados de **la nacionalidad**, pero no tiene que ser necesariamente uniforme. La uniformidad puede representar una realización pero también un desvío respecto de la nacionalidad.-...= *Este Derecho, en fin, está formado por la integración y la realización de lo nacional.* Cabe que lo resultante sea unidad; pero cabe también que no pase de síntesis armónica. Esto último no debe despreciarse ni enjuiciarse con recelo, ni ver en ello atisbos de escisión. *La más plena unidad es aquella que entraña una coincidencia. Pero no hay que creer que solo el Derecho es nacional cuando se da la coincidencia.* Ciertas peculiaridades pueden ser también exponente de factores auténticamente nacionales”.

3. La unidad como tendencia. Seguía diciendo A. HERNÁNDEZ GIL que “De lo expuesto se deduce que mientras el Derecho Natural en cuanto informador del Derecho positivo impone una unidad sustancial, la ordenación de un Derecho Nacional incorporará los elementos unificadores y diversificadores que se integren en el propio factor nacional. Ahora bien, más allá de estos planos mentales, **no es posible recusar la vigencia de una cierta aspiración unitarista como medida de conveniencia, de seguridad o de orden...**”.

“La unidad en el tercer aspecto del que ahora discurremos **-tendencia a la unificación-** puede venir aconsejada por diversas razones, con entidad suficiente tal vez para imponer algún paliativo a las libres manifestaciones de un Derecho Nacional. **No es preciso encarecer la ventajas de la unificación desde un amplio punto de vista sistemático...**”.

“... Una correcta ordenación jurídica tiene que comenzar por no hallarse en divorcio con los elementos nacionales acumulados por la tradición. Mas tampoco vale creer que termina ahí el cometido del legislador. Su misión es mucho más delicada y difícil. Hay un buen número de factores extrínsecos al Derecho en sí que le condicionan e informan: factores nacionales, sociales, económicos, culturales, etc. Pero ninguno de ellos es apto por sí solo para definir el «deber ser» del Derecho que no tiene más punto de referencia esencial que la realización de la justicia”.

“Se impone distinguir si una institución, nacional por su origen o por su arraigo, sigue contando con intrínseca vigencia actual ...” Seguidamente aludía al fenómeno sociológico de la supervivencia/subsistencia de las instituciones más allá del tiempo a ellas incorporado (lo cual engendra fenómenos de supervivencia) o más allá del espacio que condicionara su nacimiento (lo cual engendra procesos de generalización). Después de unas consideraciones sobre las que denomina instituciones anómalas, explaya la idea de que “la ciencia jurídica enseña que, *en cuanto sea posible, no se debe coartar la aptitud generalizadora que llevan en sí ciertas instituciones.* El fenómeno de la intercomunicación de los Derechos positivos constituye una realidad evidente.-...”.

“En definitiva, entiendo que a propósito del Derecho Foral importaba dejar en claro estas ideas que pueden contribuir a señalar las bases de un adecuado planteamiento.-...= La misma denominación «foral» tiende, al propio tiempo, a empequeñecer o peculiarizar la cuestión y a otorgarle exagera-

das significaciones. Este enfoque ... hay que superarlo en un doble sentido, con un doble rumbo que he bosquejado en las páginas que preceden. De un lado, insertando el problema *dentro de* la general problemática del orden y del ordenamiento jurídico. De otro lado, enjuiciándole *con perspectivas actuales*, habida cuenta del progreso y de la situación presente del Derecho y de la ciencia jurídica. Y siempre con las debidas distinciones y con la obligada claridad **sobre todo por lo que se refiera a la unidad del Derecho y a la pluralidad de los ordenamientos jurídicos**. **No hay más unidad** filosóficamente valiosa, suprahistórica, verdadero «a priori» –realícese o no en toda su intensidad– **que la derivada del derecho Natural; esta unidad se superpone a la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y se acentúa dentro de cada uno de ellos...**”.

Acababa en aquel entonces su reflexión preguntándose “... *la uniformidad no lograda con el juego de esos factores*, ¿debe ser estáticamente mantenida o puede ser gradualmente revisada y superada? ¿Abundar en el pluralismo o pensar en la unidad? **Entiendo que esto último. Es lo que llamo tendencia hacia la unificación**. Se trata de una medida de política legislativa y toma en consideración el problema predominante en el plano científico-jurídico.–...= Es valiosa no sólo como meta, sino como camino y precaución. Puede que no conduzca a una absoluta unidad final. **Pero esto no es indispensable; tendencia a la unificación no quiere decir dogma de la unidad.–...**”.

b) *Actitud media o notoria (años 70/80)*

Puede situarse alrededor de los “años 70” *cuando toma posesión de su cargo de Presidente de la “Comisión General de Codificación”*, y en tal ocasión pronuncia una importante **alocución** acerca del tema “codificación” de la que ya en anteriores páginas he dado cuenta (37).

Poco tiempo después pronunciaba una importante **disertación** sobre el mismo tema en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca el día 18 de septiembre de 1970, con motivo de los actos conmemorativos del Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *luego publicada* como pequeño libro/folleto por la “Comisión General de Codificación”, *bajo el título* “Formalismo, antiformalismo y Codificación” (38). Es un texto ampliamente divulgado y difundido, citado y repetido en innumerables ocasiones, por lo que aquí no voy a reiterar lo ya conocido, sino poner de relieve *los aspectos esenciales o más sugerentes del mismo* en orden al tema de este ensayo.

(37) Remito a la nota 18 precedente.

(38) V. la referencia en la **Relación Bibliográfica** final: en los párrafos que extracto *los subrayados son míos* (J.C.G.).

... El tema de la antítesis entre formalismo (pp. 5 y ss.) y antiformalismo (pp. 11 y ss.) le sirve de contrapunto de fondo para situar el tema de la codificación partiendo de la superación del estricto formalismo normativo (pp. 17 y ss.).

Comienza pensando que hay “una tensión antagónica entre la mentalidad antiformalista y la codificación. La tesis que trato de mantener es la siguiente: el porvenir de la codificación no queda subordinado al imperio de la mentalidad formalista; dentro de la mentalidad antiformalista también tiene sentido, siempre que por codificación no se entienda una meta inmóvil, sino un proceso en marcha”.

“Entré la afirmación rotunda de la codificación como dogma de absoluta verdad y la negación igualmente rotunda como exigencia del cambio de mentalidad, **queda esta tercera posibilidad: la codificación como problema;** el hecho mismo de la codificación dependiente, no ya de apriorismos o confesionalismos de escuelas, sino del acontecer práctico, del modo de realizarse, de criterios, en fin, sensibles a la utilidad y a la conveniencia. En este orden de ideas todo es mucho más flexible, más opinable, menos apodíctico”.

“La palabra codificación –y si se quiere, el concepto– no tiene un pleno sentido eidético. Con aquélla no designamos siempre lo mismo. Por lo pronto se aprecian marcadas diferencias entre la idea de la codificación que alentó su irrupción histórica, la codificación tal y como se ha desarrollado históricamente y la que hoy se muestra como tarea presente o inmediata”.– A continuación exponía diversas consideraciones en orden a esos tres momentos distintos apuntados, para acabar su exposición con un apartado V dedicado a “Cómo entender la codificación” (pp. 23 y ss.), señalando como *notas características del vocablo* las siguientes:

- 1) La codificación no ha de identificarse como una meta inmóvil.
- 2) Tampoco la codificación es estrictamente una etapa.
- 3) **La codificación puede ser caracterizada como un proceso.– Algo que es y existe dinámicamente, con dinamicidad interna, como condición de su propia estructura.– Un estar constantemente en marcha, realizándose, y al mismo tiempo en actitud reflexiva vigilante.– Considerarse a sí misma, críticamente, como problema y realizarse como empresa ; con capacidad de actuación y revisión.–**
- 4) La codificación no ha de entenderse como un sistema de preparación y elaboración del derecho meramente formal.
- 5) La codificación, en cuanto exige dar entrada a un organismo –ni estrictamente administrativo ni político= en la tarea preparativa y revisora de la legislación, contribuye a mantener las relaciones y los intercambios entre la actividad legislativa, la judicial y la científica.
- 6) La codificación entraña el reconocimiento de la entidad autónoma al derecho.– ...=**La tecnificación de los actos de preparación y elaboración de la ley**, que no excluye la censura política en cuanto a ..., **lejos de contradecir la base democrática del derecho, la sirve mejor.– ...=”.**

Acaba su famosa disertación con este espléndido párrafo (Pronunciado y escrito nada menos que en el año 1970!): “Porque **la raíz democrática del derecho no radica** en que participen muchos en la elaboración de las normas y en que se debatan parlamentariamente palabra por palabra. **Es más profunda: deriva de una auténtica voluntad colectiva traducida en un sistema de convi-**

vencia regido por el Estado, eco más inmediato de esa voluntad colectiva, y **significa también una vocación de sometimiento al derecho**, que no es mero instrumento del poder”.

Esta actitud que llamo **“media”** tuvo su reflejo en la decisiva intervención del Presidente de la “Comisión General de Codificación” en la elaboración de leyes importantes aprobadas en aquella década de la época final del Régimen de Franco, v. gr.: adopción, reforma del artículo 321 C.c. (hijas de familia mayores de edad ...), Ley 14/1975 de 2 de mayo (limitaciones en orden a la mujer casada), emancipación y mayoría de edad, etc. Pero, sobre todo, *la impronta más grande es su influencia decisiva en la elaboración y aprobación de una de las leyes más trascendentales de aquella década, la relativa a la reforma del Título Preliminar del Código Civil por la Ley 3/1973 de 17 de marzo y el Decreto 1.836/1974 de 31 de mayo (éste, con su famoso y polémico Artículo 2º del tenor literal siguiente “El presente texto articulado del título preliminar del Código civil no altera lo regulado en las Compilaciones de los derechos especiales o forales”)* (39).

c) Actitud “política” (años 76-85)

Había precisado oportunamente F. BONET RAMÓN (40) que

(39) Sobre dicha reforma del Título Preliminar del C.c., remito en general a los Manuales y Tratados: en especial, v. la interesante *Comunicación al Pleno de Numerarios* de Don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL titulada “El Título Preliminar del Código Civil”, en la revista *ANALES* de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, nº 3, 1975, pp. 69-94. En cuanto al Artículo 2º del citado Decreto, la interpretación que en la práctica supuso para la supervivencia de los antiguos “Derechos Forales” puede analizarse a través de los comentarios de los más autorizados foralistas. Por todos, v. los textos de “Comentarios a las Compilaciones Forales”, en la colección dirigida por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, editorial Edersa, Madrid (existen numerosos volúmenes para cada antiguo territorio foral, de imprescindible consulta y siempre actualizados).

V. NAGORE YARNOZ, J. J.: “El artículo 2º del Decreto-Ley promulgador del texto del Título Preliminar del Código Civil y su relación con los Derechos Forales”, en *Revista de Derecho Notarial*, nº CVIII, abril-junio 1980, pp. 169-183. Del mismo autor, v. *Preámbulo* al tomo dedicado a las leyes 1 a 10 de la *Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, en los precitados “Comentarios Albaladejo”, Editorial Edersa, Tomo XXXV, volumen 1º, Madrid 1994, pp. 8-135, en especial 30-43: en dicho lugar, v. la cita de FIGA FAURA, L.: “El nuevo Título Preliminar del Código Civil y el Derecho Catalán”, en la Revista *Documentación Jurídica*, X-XI, 1974, p. 1.347, en el sentido de que “La declaración solemne del artículo 2º, que extrañamente no forma parte del articulado del Título Preliminar, obligaba al estudio pormenorizado de todos los artículos -16- del Título Preliminar en relación con las posibles contradicciones con las normas de la Compilación de Cataluña”.

(40) V. BONET RAMÓN, F.: *Homenaje ...*, citado, pp. 244 y ss., espec. 246 y ss. (subrayados míos: J.C.G.).

“La designación de Hernández Gil como Presidente de la Comisión General de Codificación –como señala Peñalver de la Calle (José Fernando)– sirvió para el fortalecimiento de su cometido, lo cual demandaba la puesta a punto de su estructura técnica y administrativa. Las sucesivas reformas de nuestro Código Civil, preparadas principalmente en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, han tenido virtualidad, en sucesivas publicaciones de Leyes, y en ellas, ocupan un lugar destacado las Exposiciones de Motivos, ya que contienen importante doctrina jurídica, cuyo conocimiento es indispensable para la comprensión del discurso jurídico español en la época reciente”.

Por otra parte, en la fase más crítica de la denominada “transición política” Don Antonio Hernández Gil *fue nombrado por el Rey Don Juan Carlos I como Presidente de las Cortes Constituyentes que realizaron la difícil tarea de elaborar la vigente Constitución Española de 1978*, presidiendo las dos Cámaras aunque aquellas ya tenían sus respectivos Presidentes (Álvarez de Miranda y Fontán, respectivamente). Publicado el llamado “Anteproyecto de Constitución” (B.O. de las Cortes del 5 Enero 1978), Don Antonio Hernández Gil aportaba *un estudio sobre el mismo* (41) y durante el largo trámite y ante las diversas posturas antagónicas siempre se caracterizó por su talante armonizador y de equilibrio. Defendió la Constitución en la solemne sesión en su aprobación en las Cortes, *cesando en su cargo de Presidente el 29 de diciembre de 1978* por haber quedado tal cargo suprimido con la promulgación de la Constitución.

De esta época y *esta “década” –constituyente y, luego, postconstitucional–* interesa a los efectos de este trabajo **la actitud** de Don Antonio Hernández Gil ante el espinoso tema de las relaciones entre el Derecho Común (Código Civil) y los Derechos Forales. Por lo cual, *con motivo de la celebración en 1981 en Zaragoza de un “Congreso de Jurisconsultos Españoles sobre la Constitución”*, era lógico que la figura de Don Antonio atrajera la atención de los numerosos congresistas, que lo eligieron unánimemente para *Presidente de la MESA PRIMERA del Congreso*, cuya Ponencia o Tema era *el relativo al artículo 149.1.8º de la Constitución*.

A tal evento, a tal nombramiento y a la actitud de Don Antonio me he referido en otros lugares, y *aquí traigo la cita de nuevo*

“En 1981 había sido elegido como Presidente de la MESA de la Sección o Ponencia 1ª del Congreso de 1981 –ya citada anteriormente– y pude comprobar muy de cerca cómo iba dirigiendo los debates con su habitual elegancia, equilibrio y maestría y la manera en que improvisó un breve y

(41) **Estudio** titulado “Notas y observaciones sobre el Anteproyecto de Constitución”, que posteriormente fue tenido en cuenta cuando la correspondiente ponencia elaboró *el segundo texto de “anteproyecto” de Constitución*: v. en BONET RAMÓN, F.: *op. cit.* en nota 40, p. 247.

cálido discurso en elogio de la Constitución y de la posición en ella adoptada en el artículo 149.1.8º por los constituyentes: posición constitucional a la que calificó de solución para el viejo y espinoso problema de la codificación civil”. (42)

Anteriormente me había referido (43) a que Don Antonio accedió al momento a los ruegos de sus compañeros de la MESA y a que no conozco constancia escrita de sus palabras en aquel día, pero que muy bien podrían ser estas que traigo de mi memoria histórica y que reproduzco aquí como sigue:

“Hemos llegado laboriosamente los constituyentes a una solución consensuada por todos y entre todos, la solución es la adoptada en el artículo 149.1.8º, y no hay más que hablar. No se puede aquí y ahora quebrar ese delicado pacto”.

La intervención directa de Don Antonio Hernández Gil en la elaboración y preparación de las leyes aparecidas en esa década decisiva fue trascendente e importante. Entre otras, si mi recuento es exacto —y solamente respecto del Derecho Privado—, cabe citar las siguientes LEYES:

- Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre el contrato de Seguro.
- Ley 83/1980 de 31 diciembre, sobre Arrendamientos Rústicos.
- Ley 11/1981 de 13 de mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico-matrimonial.
- Ley 30/1981 de 7 de julio, sobre modificación del Código Civil en materia de regulación del matrimonio, y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 51/1982, de 13 de julio, de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.
- Ley de 6 de julio de 1984, sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.
- Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación de los Seguros Privados.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.
- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del cheque.

(42) V. en mi libro *Estudios sobre Codificación ...*, precitado, p. 346.; y allí la nota 25.

(43) V. nota 10 precedente.

Además de los textos legislativos precitados, no cabe dejar de lado aquellos otros textos importantes –“anteproyectos” legislativos– de toda aquella decisiva “década”, como los de:

- Ley de Sociedades Anónimas de 1979.
- Ley Concursal de 1983.
- Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1984.

Con la reforma por R.D. 1 de abril de 1985 (que altera la estructura orgánica del Ministerio de Justicia en su forma tradicional) se confía la Presidencia de la “Comisión General de Codificación” al propio Ministro titular del ramo. Solución que se mantiene en los posteriores Decretos R.D. 12.1.91 y 20.5.96, y que de nuevo se confirma en el R.D. de 7.2.97. Como consecuencia de la citada reforma en 1985 de la “Comisión General de Codificación” a partir de dicha fecha cesó en ella como Presidente Don Antonio Hernández Gil (44).

d) Actitud final (1985-1994)

Posteriormente Don Antonio Hernández Gil fue nombrado Presidente del “Consejo General del Poder Judicial” y del Tribunal Supremo, cargos de los que tomó posesión el 23 de octubre de 1985. De los diferentes **Discursos de Apertura del año judicial** –a los efectos de nuestro ensayo– es relevante *el de 1990, dedicado al tema de la “la unificación jurídica europea”*. Además, en su paso por tan altas instituciones del Estado, –y en relación con nuestro tema en examen– *organizó en 1989 dos Centenarios: el uno, dedicado al Código Civil; y el otro, al del nacimiento de Don José Castán Tobeñas.*

En estas etapas finales de su vida en las que la actitud primordial de Don Antonio Hernández Gil podría muy bien denominarse como “discursiva/argumentativa”, el dato de mayor relevancia es el ofrecido por la alta calidad técnico-jurídica de sus **Discursos de Inauguración del respectivo “Curso Académico”**, pronunciados en la sede de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” en su calidad de *Presidente* de

(44) Según las informaciones recibidas, no contrastadas, **al parecer Don Antonio se enteró de su cese** –por la prensa o por el propio BOE (?)– **en plenas vacaciones de verano**. Sorprendente y extraño final para una trayectoria jurídica impecable al frente de la citada “Comisión General de Codificación”, quizás merecedora de una atención más personal tal como una comunicación “ad hoc”.

Sus colaboradores, amigos y familiares quizás dispongan de mayores datos que los aquí ofrecidos.

la misma (45). De tales Discursos interesa la mención aquí de *los posteriores a 1985*, por razones obvias. (46)

7.2. JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ

1. En un primoroso ensayo, literaria y jurídicamente impecable, el ilustre jurista *años ha, puso de relieve cómo*

“El término «codificación» evoca primordialmente para los juristas un hecho histórico, que tal hecho no se agotó con la promulgación de los numerosos códigos del siglo XIX y que el tema de la codificación, reavivado por diversas circunstancias y enriquecido con nuevos planteamientos y matices, está de nuevo en la actualidad jurídica mundial e incluso se ha situado en el primer plano de los temarios de recientes jornadas internacionales y conferencias de Ministros de Justicia” (47).

Sobre el sentido actual de la codificación decía que “La idea de la codificación en sí, sigue teniendo un valor actual. Cabe recordar el hecho curioso de que la misma voz «codificación», que es un término esencialmente jurídico, lejos de pasar de moda en nuestro tiempo o de quedar refugiada en el área del Derecho se extiende a otros campos, no jurídicos, donde adquiere una importancia fundamental. Así, en la electrónica, según todos sabemos, se ha hecho esencial codificar para los ordenadores. Y en la literatura, con el moderno enfoque semiótico se han adoptado los términos *codificar* y *descodificar* en el estudio de los textos ...”.

Por otra parte, el ilustre autor *distinguía en aquel ensayo entre el hecho de la codificación en sí y los códigos en que la misma se ha traducido. Este segundo aspecto le sugiere el tema de la posibilidad de revisar constantemente la codificación*, esto es, los códigos fruto de ella que han ido “envejeciendo” a lo largo del tiempo. Este hecho del “envejecimiento” de los Códigos hace preciso el que haya que proceder a actualizar sus normas, modificando aquellas que por las transformaciones sociales o económicas hayan quedado inadecuadas o inoperantes. *Pasa de esta forma revista a la problemática de la actualización de los códigos como*

(45) Elegido por el Pleno de Numerarios como *Presidente de la Academia* en 1975, fue *reelegido* en el cargo sucesivas veces, la última el 16 de diciembre de 1991.

(46) Por riguroso *orden cronológico* se citan aquí: *La contemporaneidad en la Filosofía del Derecho* (1985); *La sentencia y el estilo judicial* (1986); *Ante la teoría pura del Derecho* (1987); *El lenguaje en el Código Civil* (1988); *D. José Castán Tobeñas (1889-1989)* (1989); *El lenguaje del Código Civil, (segunda Parte)* (1990); *De la experiencia jurídica* (1992); *En torno al Derecho y la ética* (1993).

(47) V. su *aportación* al “Libro guión Homenaje” al Profesor Dr. Luis Moisset de Espanés, titulada “La Codificación como un hecho actual”, cit., p. 571, y *especialmente pp. 574 y ss. (subrayados míos)*.

fenómeno generalizado en gran número de países de reforma legislativa y *se pregunta* qué tendencias culturales y técnicas prevalecen en el actual movimiento codificador o cuáles son los problemas con que se enfrenta la codificación en este momento de su proceso.

En este orden de ideas, *en orden al método que prevalece en las tareas codificadoras actuales*, sugiere el papel relevante en todos los países del **método comparativo**. Así, nos dice:

“Hoy no puede legislarse sin conocer la legislación extranjera, al menos la de países pertenecientes a la misma cultura jurídica, o «sistema jurídico», o, como diría el maestro René David, «familia de derechos». Aquí está una de las posibles fecundas funciones del Derecho comparado ...” (48)

Otro de los temas que plantea Castán Vázquez es el del lenguaje, diciendo que persiste en nuestros días la vieja discusión sobre si un código debe ser claro y popular, o bien técnico y científico, sugiriendo la sencillez y la claridad de las normas.

En orden al alcance de las reformas actuales de los códigos observa cómo parece acometer a los “reformadores” la tentación de un cambio radical respecto de las normas anteriores, lo cual puede a veces llevar a rupturas peligrosas con la tradición jurídica nacional. A tal efecto, *cita a Moisset de Espanés al escribir éste*:

“La norma-mandato debe adecuarse a las necesidades ambientales, y a las necesidades sociales; tiene que descubrirlas y regirlas, y debe prever las posibles variaciones que introducirá el futuro. Puede, incluso, encauzar; pero al encauzar tiene que hacerlo moderadamente, con la medida y prudencia que debe poner el legislador al dictar sus mandatos, para que sean realmente rectores y educadores, y puedan conducir a un pueblo por senderos viables” (49).

2. En un ensayo posterior, el propio CASTÁN VÁZQUEZ al efectuar *el análisis retrospectivo de la literatura de utopía y el paso de una visión utópica de las leyes a la realidad legislativa en el mundo de hoy*, concluye que *hay dos grandes temas presentes en las utopías y que parecen estar lejanos en la realidad: el deseo de que haya pocas leyes y el de que éstas sean claras*. Así, nos dice *en cuanto a aquella primera aspiración utópica* que:

(48) V. op. cit. en nota 47 precedente, pp. 578 y ss.

(49) V. MOISSET DE ESPANÉS, L.: “Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sarsfield”, Ediciones de Revista Notarial, p. 12 (cita en CASTÁN VÁZQUEZ, op. cit., p. 581 y nota 21).

“La aspiración a que las leyes sean pocas, choca ciertamente con la realidad del mundo de hoy, en que la proliferación de normas es creciente y agobiante. Si la codificación del XIX, en los países europeos e iberoamericanos en que se produjo, el nuestro entre ellos, perseguía la unificación y clarificación del derecho frente a la confusión legislativa que imperaba, hoy, a finales del XX, se padece en general una confusión acaso mayor por el alto número de normas vigentes —que sólo los ordenadores pueden ya agrupar— y por su rápida modificación o sustitución...” (50)

Recoge CASTÁN VÁZQUEZ las sucesivas *denuncias de la doctrina actual* (N. PÉREZ SERRANO, J. A. ORTEGA DÍEZ-AMBRONA, J. VALLET DE GOYTISOLO, N. LIPARI, V. FROSINI, F. BUSNELLI, P. PERLINGIERI, etc.) *acerca del fenómeno de la excesiva proliferación de las leyes*, lo que le conduce a concluir que:

“cada vez estamos más lejos de la feliz situación que en el plano legislativo soñaron los autores de utopías, y al alejarnos de sus sueños empeoramos la realidad, porque en ésta se ha demostrado, por ejemplo, que la proliferación normativa conduce al aumento de litigiosidad”. (51)

En cuanto a la segunda aspiración utópica, la de que las leyes sean claras, siguiendo a eminentes juristas-humanistas de hoy entiende que:

“... Luchar por la claridad legislativa, no supone necesariamente popularizar la ley, sino dignificarla y embellecerla”...

“... en la tradición legislativa española (v. gr. Las Partidas) es ciertamente antiguo el deseo de claridad”.

Al constatar *el hecho de que la realidad legislativa es en el mundo de hoy tan distinta a lo que describieron los autores de los libros clásicos de utopía*, cabría pensar que éstos contienen sólo unos sueños que en nuestra época resultan irrealizables, cuando no indeseables. Concluye este punto con la referencia a que:

“La utopía conlleva convicción e ilusión y, si no se realiza, al menos conduce al intento de mejorar la sociedad o a dar un testimonio personal valioso.=...= El deseo, por cierto, de realizar la Justicia tiene acaso algo de utópico, y ello no es razón para que el jurista lo olvide.— ...” (52).

(50) V. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “La visión de las leyes en la literatura de utopía”, citada, p. 23 y ss.

(51) V. op. cit., en nota 50 precedente, p. 26.

(52) V. op. cit. pp. 28-29: y allí, las referencias a los ejemplos de TOMÁS MORO y de IGNACIO ELLACURÍA (los subrayados son míos: J.C.G.).

7.3. ÁNGEL MARÍA LÓPEZ Y LÓPEZ

Este ilustre Profesor sevillano toma, *como punto de partida histórico*, el dato de que el Derecho privado expresado en los Códigos es el eje fundamental del ordenamiento jurídico liberal, y entiende que:

“*El par funcional Constitución-Código Civil se presenta como el verdaderamente relevante en la estructura global del ordenamiento jurídico y político. Ellos solos, en casi exclusiva medida, contienen el diseño liberal originario del Estado y la sociedad civil, y de las relaciones entre estos dos, concebidas, por cierto, bajo el esquema de una profunda diferenciación y separación*” (53).

Analiza *las posibles causas de la pérdida de la primacía del Derecho Privado*, hasta desembocar en el aumento de la centralidad de la Constitución, la disminución del papel *cuasi constitucional* del Código y el creciente protagonismo de las leyes especiales. La secuencia, dice LÓPEZ Y LÓPEZ sería del siguiente tenor:

“Constitución flexible y papel «central» del Código Civil, crisis de esta centralidad, sustanciada en la aparición de una legislación fragmentaria y de espaldas al esquema codificado, Constitución rígida y directamente conformadora de todo el ordenamiento”. (54)

Examina en profundidad LÓPEZ Y LÓPEZ el diverso juego de la analogía *legis* y de la analogía *iuris* en el supuesto de las llamadas “leyes especiales”, y defiende el papel de *centralidad* del Código Civil **fundamentándola en el valor trascendental de los principios generales del derecho**, individualizables en su mayoría *dentro del propio cuerpo del Código*.

De donde –nos recuerda– que:

“... la codificación cerró un mundo jurídico, básicamente dominado por el Derecho común, y abrió otro, al que trasvasó, con acomodación a nuevas circunstancias políticas y sociales, gran parte del saber universal de los juristas de siglos anteriores. El Código refleja, en una gran medida, el bagaje técnico que había compuesto, durante siglos, el instrumental de la ciencia jurídica, de las leyes y su interpretación.– Con todas las anteriores circunstancias, no debe resultarnos extraño que, aun hoy, sea en el Código donde encontremos mayor cantidad de fórmulas y conceptos generales, aplicables

(53) V. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación*, cit., p. 1.165.

(54) V. *op. cit.* en nota 53 precedente, p. 1.169.

por doquier: fraude a la ley, abuso del derecho, buena fe, buenas costumbres, enriquecimiento injusto, orden público, etc.”.-=...” (55)

Concluye López y López que:

“Ciertamente es que el Derecho es producto histórico e inútil pretender la trascendencia de categorías o textos al inevitable devenir de la sociedad.—...=... las anteriores reflexiones ... pretenden ceñirse a unas concretas circunstancias de tiempo y de lugar: no intentan presentar una base apriorística que coloque al código civil *sub specie aeternitatis*. Pero, precisamente por ello, por esa radical inserción en lo histórico, tal vez no sea ocioso recordar que la codificación civil no es una página más de la historia de la legislación, sino la puerta de entrada a un universo de valores que aún están en las raíces profundas del sistema jurídico contemporáneo”. (56)

7.4. LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

1. Dejando a un lado sus primeras (ya en 1973!) aproximaciones al fenómeno de las “experiencias jurídicas” y a la noción de “código” (57), el Profesor DÍEZ-PICAZO ha dedicado a nuestro tema en examen unos luminosos análisis a los cuales uno no puede dejar de prestar alguna atención.

- En su conocida **Conferencia pronunciada en Bolonia** (58), comenzaba con unas consideraciones acerca del C.c. Italiano de 1942 y lo que supuso para los juristas y estudiantes españoles, en lo que tenía entonces de moderno y progresivo, situándolo dentro de la por él llamada “segunda generación” de Códigos Civiles.

- En cuanto a la llamada por DÍEZ-PICAZO “**primera generación**” de Códigos —o “**primera codificación**”— se sirve de una serie de *coordenadas*, las cuales —dice—

“... permiten contemplar desde ángulos diferentes, aunque en ningún caso contrapuestos, los factores, las razones y las aspiraciones que la codificación buscaba. Las describiré estudiando, uno, la codificación como racionalización;

(55) V. *op. cit.*, p. 1.175.

(56) V. *op. cit.*, p. 1.176.

(57) V. DÍEZ-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, citada: pero en su 1ª edición de 1973.

(58) **Conferencia** pronunciada el día 15 de mayo de 1992 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, con motivo del cincuentenario del Código Civil italiano, *bajo el título* “Codificación, descodificación y recodificación”: publicada en el *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, Fasc. II, abril-junio 1992, pp. 473-484.

dos, la codificación como progreso; tres, la codificación como pedagogía; y cuatro, la codificación como utopía". (59)

Dentro del ángulo de la codificación como racionalización entiende —con el argumento paralelo de la reforma del sistema de pesas y medidas— que en dicho proceso había *dos líneas*, una de perfección cuantitativa (a modo de compresión o reducción del conjunto de mensajes en que plasmar las reglas de derecho, esto es, la menor cantidad posible de leyes) y otra de perfección cualitativa (simplicidad de las leyes, sencillez de su manifestación exterior, ideal de asequibilidad a todos los ciudadanos y nuevo significado de la vieja regla "*nemo ius ignorare censetur*").

A su vez, *desde el ángulo de la codificación como progreso*, considera que el Código encarna la idea de progreso: ante todo, *de progreso en sentido político* (plasmación de los principios de libertad individual y de igualdad de todos los ciudadanos, vehículo para estabilizar los principios de la Revolución y para extenderlos); después, *en sentido económico* (la burguesía triunfante en la revolución pretende desarrollar sus negocios y necesita para ello un sistema legislativo seguro, previsión en los resultados de los futuros litigios, lo cual se consigue a través de un sistema jurídico simplificado); finalmente, se encuentra también implícita la idea de un progreso jurídico (v. gr. en España, la posición de MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: es la idea de que cada ordenamiento jurídico particular puede progresar y, de hecho, progresa, si se ajusta a las coordenadas del sistema de codificación).

Por otro lado, *desde el ángulo de la codificación como pedagogía*, considera que la antigua administración de justicia representaba un alto costo y un fuerte obstáculo para los intereses de la sociedad burguesa, **que necesitaba una práctica jurídica racional a través de un derecho formalizado, sistematizado e inequívoco, creado de una manera teleológicamente racional**, que excluya tanto la vinculación a la tradición como la arbitrariedad. Dice Díez-PICAZO que

"De este modo, *en la base más profunda del Derecho codificado se encuentra la realización de una función pedagógica*, que lo convierte en el Derecho de juristas por excelencia. El Derecho codificado trata de sustituir la práctica jurídica empírica o casuística por un sistema que posea una cierta automaticidad y, al mismo tiempo y por la misma razón, trata de sustituir la formación artesanal de los juristas por una formación abstracta y racional que cumple mejor los mencionados intereses" (60).

(59) V. Díez-PICAZO, *op. cit. en nota 58 precedente*, p. 474: (subrayados míos: J.C.G.).

(60) V. Díez-PICAZO, *op. cit. en nota precedente*, p. 477 (subrayados míos: J.C.G.).

En consecuencia, es lógico para el autor precitado que:

“El Derecho codificado es el que se hace objeto de estudio. No es tampoco casual que los Códigos contengan cláusulas explicativas al modo de un pequeño catecismo.-...= El Código es el tema del aprendizaje del derecho: lo que es objeto de las investigaciones sobre los fundamentos, las conexiones y el alcance de las normas.-...”

Finalmente, *desde el ángulo de la codificación como utopía* recoge la idea del jurista húngaro CSABA VARGA al hablar del Código **como utopía**. Así, nos dice que:

“El Código era una utopía porque en él plasmaba la utopía revolucionaria: la idea de la ilimitada racionalidad y del progreso; la idea de un derecho realizado por todos los ciudadanos. El Código representa, al mismo tiempo, una utopía, porque es algo así como plasmar un instante de la realidad y pretender que la realidad será siempre la misma. El Código se encontraba, por ello, desarmado frente a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, que incesantemente fueron posteriormente surgiendo (las crisis económicas, el problema obrero, etc.).” (61).

•• A continuación el profesor DíEZ-PICAZO alude al *fenómeno de la aparición de una serie de leyes especiales* que iban dando respuesta a aquellas nuevas realidades, que suponían importantes fisuras en el cuerpo unitario del Código y que permitieron luego comenzar a hablar de **“descodificación”**. “Descodificación” que para dicho Profesor presenta *varias formas* (62):

- *Primera*, la de proliferación de las leyes especiales que se sitúan extramuros del Código.
- *Segunda*, la de la necesidad de una selección entre los posibles mensajes de las variantes de leyes y su interpretación, selección que tuvo inevitablemente que hacerse por las vías doctrinal y jurisprudencial.
- *Tercera*, la de integración del sistema codificado por la vía de la tarea constructiva de la jurisprudencia a partir de las cláusulas generales contenidas en el propio sistema codificado.
- *Cuarta*, la de elaboración de doctrinas a partir de las normas estrictamente codificadas y de la interpretación de tales normas.
- *Quinta*, la de integración del sistema codificado sin tener en cuenta presupuestos metodológicos por la vía de búsqueda de soluciones

(61) V. DíEZ-PICAZO, *op. prec. citada*, p. 478 (*subrayados míos*: J.C.G.).

(62) V. DíEZ-PICAZO, *op. prec. cit.*, pp. 478 y ss. (*subrayados míos*: J.C.G.).

intuitivamente justas (a modo de un epifenómeno del llamado “Derecho libre” norteamericano).

- *Sexta*, la de la **posibilidad de que** —en Constituciones de carácter rígido— **las decisiones del Tribunal Constitucional** (los juicios de constitucionalidad de las leyes, por la vía de “la cuestión de constitucionalidad”) **puedan poner en duda el ajuste de las normas legales anteriores con el sistema constitucional**: lo cual ha podido llevar, en ocasiones, a la declaración de nulidad de normas contenidas en los Códigos Civiles.
- Y *séptima*, el influjo de las normas emanadas de la “Comunidad Europea” y, en especial, las “**directivas**” (*el presupuesto* relativo a la *idea* de que la igualdad jurídica en las condiciones de partida es necesaria para una competencia real, *continuará dinamizando un nuevo Derecho Privado*, respecto del cual las viejas codificaciones no podrán defenderse).

•• Finaliza su disertación —aquí resumida— el profesor DÍEZ-PICAZO hablando de la por él llamada “**recodificación**”. *Se refiere* con este vocablo a los que al principio llamó Códigos “**de segunda generación**”, *excluye* de tal conjunto a los Códigos de países socialistas, y *cuestiona la posible causa de su aparición* que no parece venir impulsada por las necesidades de la revolución industrial o post-industrial. Recurre a las argumentaciones del jurista holandés ARTHUR S. HARTKAMP relativas a las dos posibles vías en orden a la modificación del Código Civil Holandés en 1990: o la vía de las distinciones casuísticas de los tribunales, o la vía de las reformas legislativas mediante leyes especiales. *Las dificultades de la reforma habían producido a mitad del siglo XX un Derecho Privado de una incontrolable opacidad, cuyo contenido se encontraba diseminado en Códigos parcialmente anticuados, en una panoplia de leyes especiales y en una multitud de decisiones judiciales, de manera que todo ello se encontraba muy lejos de la intención expresada a partir de 1789 de formular el Derecho Privado en “Códigos generales”*.

Antes de las consideraciones concluyentes —relativas, claro está, al C.c. italiano de 1942, motivador de su disertación— el Profesor DÍEZ-PICAZO recoge una idea de FRANCESCO GALGANO en el sentido de que:

“... el desarrollo de la sociedad industrial y post-industrial solamente exige la capacidad del ordenamiento para recibir los nuevos contratos, que el desarrollo económico va incesantemente creando, y una jurisprudencia capaz de reaccionar ante ello, con la suficiente flexibilidad” (63).

(63) V. DÍEZ-PICAZO, *op. prec. cit.*, p. 483.

Añade DÍEZ-PICAZO que, *en cuanto a la recepción de los nuevos contratos por nuestro Código*, no ve obstáculo alguno; sin embargo, *en cuanto a la actitud de la jurisprudencia*, nos dice

“Donde personalmente veo el problema es en la necesidad de una jurisprudencia con dosis suficientes de agudeza y de flexibilidad para introducir los contratos atípicos en el sistema contractual. Este es, probablemente, un problema de suficiente pericia y formación en los jueces, en el cual no todos los países nos encontramos en igualdad de condiciones. Por eso, a falta de jueces suficientemente expertos, la inclinación debe dirigirse hacia la recodificación”. (64)

• *En su conocido y precitado libro, con varias ediciones agotadas* (65), tomaba DÍEZ-PICAZO como punto de partida **–ya en su edición primera de 1973–** el hecho de la diferencia entre las normas según el grado de su consuetudinización y ello le llevaba al penetrante **análisis del significado de los códigos y de las codificaciones**, todo lo cual desembocaba en el estudio de *una serie de puntos o temas* (66), que seguidamente enumero:

1. Código, código y codificación.
2. El Código como sistema de símbolos de representación de una información.
3. La idea de codificación y la codificación jurídica.
4. Codificación e ideales político-sociales.
5. La Codificación como tecnificación y como racionalización del mundo jurídico.
6. Función de simplificación y función de pedagogía de los Códigos.
7. El derecho estudiado y el derecho no estudiado.
8. La descodificación y sus causas.
9. La nueva generación de Códigos.

Por supuesto, *a todas estas materias ya dedicó su atención el profesor DÍEZ-PICAZO en 1973 (fecha de la aparición del libro, en edición, entonces, de bolsillo) y en la versión actual de 1993 han sido notablemente corregidas ideas, depuradas otras y ampliadas las más, sobre todo en su parte final.* No es de extrañar, por tanto, que **el contenido de la Disertación de Bolonia del año 1992 anteriormente resumido haya sido aquí**

(64) V. DÍEZ-PICAZO, *op. prec. cit.*, p. 483 (subrayados míos: J.C.G.).

(65) V. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Tercera edición corregida y puesta al día, Editorial Ariel, Barcelona, Septiembre, 1993: especialmente, el capítulo VII (Códigos, leyes y normas), pp. 156-178.

(66) V. *op. cit.* en nota 65 precedente, pp. 161 y ss.: *la numeración que sigue y que expongo es personal mía* (J.C.G.).

vertido en la nueva edición de 1993 con adaptación al texto, dicción y sistemática de la edición primera primitiva. En mi opinión, aunque algo condensadas, las ideas de la “Disertación” de Bolonia *se corresponden exactamente con los puntos del n° 4 al n° 9, ambos incluidos*, de la enumeración que acabo de citar.

Quedan, sin embargo, los puntos 1 a 3 –según mi presentación– como prototípicos del pensamiento del Profesor L. DíEZ-PICAZO sobre nuestro tema, y quiero traer alguno de ellos a colación en este lugar por su notable relevancia. Dice así el autor citado **en orden a la moderna significación del vocablo “código”**:

“Un código es hoy, en muchos aspectos, un sistema convencional de señales o de símbolos, que permiten la transmisión de un mensaje o de una información. (Y en nota 4 añade que «Un código es un sistema de símbolos que permiten representar una información y también el conjunto de reglas que permiten cambiar el sistema de símbolos sin cambiar la información representada. Por ello la codificación (codage) es una transformación de un mensaje mediante un conjunto de signos siguiendo unas equivalencias convenidas.» En la transmisión de mensajes secretos se distingue entre las cifras y el Código. Al cifrar, se mezclan las letras del mensaje siguiendo un orden de distribución. Si se conoce la ley de distribución, el receptor puede restablecer el orden descifrando. En cambio, cuando se utiliza un código, se utiliza un libro donde está indicada la correspondencia entre un cierto número de palabras y otras palabras o signos. *Un código, es, por ello, una especie de diccionario*»). Y codificar es transformar la información o el mensaje a este lenguaje convencional que será utilizado para transmitirlo y para recibirlo.–...= En nuestros días las expresiones código y codificar han recibido una notabilísima carga de sentido en la cibernética y en el manejo de los ordenadores y de las computadoras, donde hay un código y una codificación cuando un problema se traslada a los símbolos que la maquinaria puede utilizar” (67).

Continuaba después el profesor DíEZ-PICAZO preguntándose en qué medida la “codificación” jurídica ha sido y es, también, un código y si nuestros códigos son de algún modo sistemas convencionales de señales para transmitir y recibir informaciones. Entiende el citado Profesor que:

“Cuando se habla de «codificación» se alude a un proceso histórico que se desenvuelve en la Europa continental o, de otro modo más general, en el Occidente –puesto que la codificación se produce también en grandes zonas americanas–, que comienza a finales del siglo XVIII y del que no se puede decir claramente que haya concluido aún. En la «codificación», así entendida, hubo sin duda el intento de introducir unos determinados puntos de vista

(67) V. op. cit. en nota 65 precedente, pp. 162-163 (subrayados míos: J.C.G.).

político-sociales.—...= Porque significaban la renovación de unos ideales de vida, los Códigos debían constituir obras unitarias, lo que exigía la derogación del Derecho anterior y la prohibición o el impedimento de una heterointegración del sistema.—...” (68).

7.5. ANTONIO PAU PEDRÓN

Muy recientemente este polifacético jurista *ha procedido*, en unas recientes “**Jornadas**” dedicadas al tema de este ensayo, a vincular los términos “*seguridad jurídica*” y “*codificación*” que en los últimos tiempos parece andaban cada uno por su lado (69).

Considero muy ilustrativo el recoger algunas ideas del **Discurso de Apertura** de las citadas “Jornadas”, a cargo de **D. FEDERICO TRILLO-FIGUEROA y MARTÍNEZ CONDE** (Presidente —entonces— del Congreso de los Diputados), como sigue:

“... Es verdad que seguridad jurídica y codificación son quizás dos palabras, dos términos que han andado durante muchos años, durante muchos siglos, incluso, juntos, y que en este momento se observa entre ambas una lejanía que va sin ninguna duda en perjuicio de las dos.”...=

“... creo que la génesis filosófica (el pensamiento racionalista del siglo XVIII) de la idea codificadora es algo que está, no sólo estrechamente vinculado a su desarrollo, sino también a la crisis de la codificación que se vive en los últimos años de este siglo. Esta crisis está ligada a la crisis de esa racionalidad que se entiende como moderna ...=... ese procedimiento codificador, sistemático, unitario, con principios que ordenan como en un todo completo una rama del ordenamiento jurídico, es algo que se concilia perfectamente ... con todo el movimiento científico de la modernidad, protagonizado por COPÉRNICO, SPINOZA, NEWTON y otros muchos. La codificación está ligada al auge de la lógica que lleva consigo el Movimiento Ilustrado.— ...= Esa lógica, que de un modo completo se plasma en los Códigos del siglo XIX, es la que de alguna manera hoy se ha perdido o, al menos percibimos los juristas que se está perdiendo.”

“Ello viene a contrastar —es el segundo punto que quería llevar a su reflexión— con la afirmación al máximo nivel jurídico, formal y operativo,

(68) V. op. cit. en nota 65, p. 163.

(69) En su condición de Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España organizaba poco tiempo ha unas “**Jornadas**” en Madrid —continuación, al parecer, de otras precedentes similares en años pasados en Eslovaquia y en París—, en las cuales se pretendían abordar varios temas: uno, la situación legislativa española; dos, las experiencias extranjeras sobre la segunda codificación; y tres, las perspectivas de que nuestros legisladores —Administración y Parlamento— emprendan una sistematización y simplificación del Ordenamiento.

El contenido de tales “Jornadas” sobre “**Seguridad Jurídica y Codificación**” constituye el volumen colectivo de AA.VV., relacionado en el apartado de Bibliografía: a observar que no aparece en el volumen el dato de los días de la celebración de las Jornadas, aunque al parecer se celebraron en Julio de 1998.

del principio de seguridad jurídica. Si la codificación aparece como un esfuerzo de racionalización del ordenamiento, ...y tiene entre sus fines la seguridad jurídica de la sociedad civil a que los códigos se destinan, es curioso subrayar, insisto, que cuando el movimiento codificador en la segunda mitad del siglo XX parece que está de capa caída, la seguridad jurídica se coloca en la cúspide del ordenamiento. No en balde nuestra Constitución subraya entre los principios ordenadores, los principios básicos de todo el ordenamiento jurídico, en su artículo 9.1, el principio de seguridad jurídica. Es notoria la aplicación y el juego operativo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está verificando del precepto, constituyéndolo ya como uno de los principios básicos del ordenamiento, casi me atrevería a decir como uno de los valores del ordenamiento que habría de añadir a los valores superiores que se mencionan en el Preámbulo de la Constitución española. En esta perspectiva cabe preguntarse cómo abordar esa contraposición entre reafirmación del principio de seguridad jurídica y decadencia del principio de la idea codificadora.”.

“Creo sinceramente, y lo apuntaba al principio, y es la tercera reflexión que quería trasladarles, que esto tiene que ver con el cambio y la mutación en los esquemas de pensamiento y de racionalidad de finales del siglo XX. No es sólo ... una diferente manera de hacer las leyes ...; no es sólo un problema de formalización parlamentaria ...=... tengo toda la impresión de que aquellas certezas con las que se trabajó durante la Ilustración y que configuraron la gran mentalidad de la modernidad han venido a sustituirse, también en el terreno de lo jurídico, por las grandes incertidumbres del mundo fraccionario y fraccionado de la postmodernidad.—...”=.

“Cabe preguntarse qué hacer ante esta situación.— ...= Considero que, ..., necesitamos en Europa, y desde Europa en todos aquellos sistemas que se derivan del propio sistema de la tradición romano-canónica, rehacer de alguna manera la idea codificadora.—...”=.

“**Me parece un déficit relevante** que tanto en las normas europeas como en las normas nacionales **no tengamos vigentes las ideas codificadoras que dieron unidad y sistematicidad al ordenamiento jurídico.** Si hay un valor fundamental de la codificación no lo es tanto para quien les habla, ...; no lo es tanto para el académico, ni tan importante para el Juez, ni tampoco para otros profesionales del Derecho. **Sobre todo es importante para el ciudadano. Creo que los mayores beneficiarios de la codificación son los ciudadanos,** y por tanto pongo en relación la inexistencia o la decadencia de la idea codificadora .. con un alejamiento de la ciudadanía.—”... (70).

Para la presentación del volumen (Prólogo) A. PAU PEDRÓN toma como punto de partida el conocido tópico de la claridad y la estabilidad de las leyes como paradigma, y nos dice:

(70) V. TRILLO-FIGUEROA y MARTÍNEZ-CONDE, Federico: “**Discurso de apertura de las Jornadas**”, en la obra *precitada en nota 69*, pp. 11-14 (*el compendio, subrayados e incisos son míos: J.C.G.*).

“El modelo, el paradigma de cuerpo normativo ordenado y duradero es el Código. La palabra Código tiene un prestigio secular. Para aprovechar ese prestigio, a algunas leyes de ámbito geográfico y material limitado se les ha denominado **Códigos** –de Familia, de Patrimonio ..., y las editoriales ofrecen como **códigos** recopilaciones normativas difícilmente sistematizables.= De los países centrales de Europa, que difundieron la codificación decimonónica, nos llega, como proyecto para el siglo inmediato, una segunda codificación. Una ley pendular va marcando los procesos de codificación y descodificación. Un flujo de integración y un flujo de desintegración parece mover la actividad de los legisladores. Para estar a la altura de los tiempos hay que seguir el impulso de integración, de codificación, que anima hoy a la generalidad de los legisladores europeos.= Tanto la codificación del siglo XIX como esta nueva codificación del siglo XXI tienen como meta la sistematización y simplificación del ordenamiento. Ni aquella ni éste pretenden modificar el sentido de las normas. No se quiere más variación de fondo que la que venga exigida por nueva forma. Al ordenar se eliminan duplicidades, contradicciones, vacíos.= Se han echado cuentas de lo que cuesta un Ordenamiento jurídico inestable y confuso y se ha visto que resulta caro para el Estado y para los ciudadanos: los funcionarios pierden mucho tiempo buscando una norma, y los ciudadanos tienen que acudir a asesores para resolver la más mínima duda”. (71)

En cuanto a la intervención de A. PAU PEDRÓN en dichas “Jornadas”, la recojo aquí más por la vertiente o perfil civilista y se destaca de las restantes aportaciones de manera notable. De la disertación del mismo, titulada “**La segunda codificación**” (72), cabe extraer las siguientes consideraciones:

- Partiendo de la idea de la llamada “descodificación”, como fraccionamiento radicalmente contrario a la idea de codificación, recoge la afirmación de L. DIEZ-PICAZO en el sentido de que “la codificación, como técnica jurídica, ha de sobrevivir”.
- Constata que la proclamación del final de los Códigos está en discordancia con la tendencia general en Europa y en otros Continentes influidos por el “common law”, con la celebración de numerosos Coloquios Internacionales sobre la viabilidad de la codificación para el siglo XXI, con la muy numerosa bibliografía aparecida hasta hoy

(71) V. PAU PEDRÓN, A.: “**Prólogo**”, en la obra precitada en nota 69, p. 9.

(72) V. PAU PEDRÓN, A.: “La segunda codificación”, *op. cit.* en nota 69, pp. 73-88: subrayados y distinguo míos (J.C.G.).

Las citas a páginas y demás datos corresponden a este volumen antes precitado.

Sin embargo, recibo con posterioridad un ejemplar del “LIBRO-HOMENAJE A JUAN MANUEL REY PORTOLÉS”, que contiene un artículo de A. PAU PEDRÓN titulado “La segunda codificación” (pp. 19-37), que al parecer es el germen o es de similar contenido que el posterior precitado de su colaboración a la “Jornadas” dichas de 1998.

favorable a la codificación, e incluso con la propia realidad de la entrada en vigor de varios nuevos Códigos.

- Analiza las premisas que presidieron la primera codificación, centradas –a juicio de BRUNO OPPETIT– en razones políticas, ideológicas, sociales y técnicas. De tales premisas considera A. PAU que quedan en pie, a primera vista, tan sólo la última: **las razones técnicas**.
- Sin embargo, dice A. PAU que, además de la técnica, hay otras nuevas premisas:
 - La realización del Estado de Derecho hace hoy necesaria la clarificación normativa. La efectividad de los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos pasa por una previa clarificación y simplificación del Ordenamiento. De donde, para G. BRAIBANT, la idea de que “la codificación es un elemento de la democracia”.
 - Las exigencias económicas, con una pluralidad de aspectos: por un lado, se trata de homogeneizar los costes en países sometidos a unas mismas exigencias económicas supranacionales; por otro lado, se trata de limitar la necesidad de los intermediarios entre el ciudadano y el Derecho; por último, se trata de facilitar a los Estados un importante instrumento de política económica.
 - El reconocimiento de la posibilidad de que las leyes sean conocidas.

• *Examina A. PAU seguidamente el modelo francés de segunda codificación también seguido por las instituciones de la Unión Europea para codificar el Derecho Comunitario llamado “**codificación de derecho constante**” (que dicho autor califica de codificación “**de lege lata**”) frente a la **codificación “reformadora” o “de lege ferenda”** (73). Analiza A. PAU las diferencias entre uno y otro tipo de codificación, que resume en una cuestión de grado: la codificación “de lege lata” es muy semejante a la técnica española de la “**refundición**” de textos legales en un texto único (art. 85.5 CE); la codificación “de lege ferenda” o “reformadora” viene a ser una “**recodificación**”.*

• *En orden al ámbito de esta “segunda codificación”, entiende A. PAU que –a diferencia de la “primera codificación”, cuyo ámbito se extendió a*

(73) Para todo este punto de la “**codificación à droit constant**” remito a las argumentaciones de G. BRAIBANT que he presentado previamente: muy en especial, a la nota 28 precedente.

cuatro campos concretos (civil, mercantil, penal y procesal)– se enfrenta a un ámbito más amplio y, siguiendo a G. BRAIBANT que ha formulado la llamada “presunción de codificabilidad”, cree que toda rama del Derecho es susceptible de codificación.

- Esta gran amplitud de la materia codificable esconde, según A. PAU, *un segundo problema: la determinación de lo que se ha llamado el “perímetro” de los Códigos*. Si todo el Derecho es susceptible de ser fraccionado en segmentos, y cada uno de ellos puede ser materia de un código, **¿cómo se determina el contenido y la extensión de cada uno de aquéllos?** La praxis francesa sugiere *diversos criterios* para la fijación del “perímetro” de un nuevo Código: ni “maxi-códigos” ni “mini-códigos; códigos por materias; códigos hechos para los usuarios, no para delimitar territorios ministeriales.

- *En cuanto a la autoría de la codificación “de lege lata” (segunda codificación)*, A. PAU entiende que, básicamente, es obra de la Administración: es una codificación *administrativa*, una codificación de funcionarios. *Los problemas graves se plantean, a juicio de este jurista, en orden a la adscripción administrativa de los funcionarios y a la coordinación de las diversas instituciones del Estado intervinientes en la tarea.*

En relación con el punto 1º, en ESPAÑA (y en FRANCIA) existe una institución específicamente codificadora –la “Comisión General de Codificación”– cuya finalidad exclusiva hoy en día, más que la “codificación”, es la “recodificación”, esto es, la reforma de los grandes Códigos ya existentes. Pero, observa A. PAU, toda codificación –la primera, y también esta segunda– tiene vocación de universalidad, lo cual exige que para abarcar hoy todo el Derecho hay que cambiar las competencias de las “Comisiones de Codificación” y cambiar su adscripción administrativa. Esta tarea la ha efectuado el legislador francés que, –por el Decreto de 12 Septiembre 1989, que crea la “Comisión Superior de Codificación”– la adscribe a la Jefatura del Gobierno (el Presidente de la Comisión es el Primer Ministro).

En relación con el punto 2º, sobre la coordinación de las diversas instituciones del Estado intervinientes en la codificación, es una cuestión que sólo se ha planteado en aquellos países que ya han optado por el camino de la “codificación” (la simplificación y la sistematización de las normas), lo cual exige una activa colaboración del Gobierno no sólo para su aprobación en él sino también para su presentación al legislativo. El poder legislativo, por su parte, puede rechazar en todo o en parte el proyecto de Código o introducir en él modificaciones, pero debe ser consciente del tipo de codificación que se está realizando: una codificación que sólo pretende sistematizar el Derecho –todo el Derecho–, y no una reforma del mismo en profundidad.

- En las consideraciones concluyentes A. PAU afirma que:

“La necesidad de la segunda codificación, antes o después, acabará imponiéndose, porque la descodificación afecta a la seguridad jurídica, y porque la recodificación es un remedio insuficiente –aunque se consiguiera que los códigos antiguos fueran exhaustivos en sus respectivas materias, lo que es bien difícil, quedarían muchos sectores jurídicos sin la debida sistematización–. La segunda codificación, modesta en apariencia, es una gran tarea de política legislativa, porque actualizar el lenguaje y sistematizar las normas por conjuntos homogéneos, además de suponer un gran avance por sí mismos, llevan consigo, necesariamente, una clarificación del fondo. Con mucha razón y nada de retórica *se ha podido escribir que «el Código es el futuro de la ley»*”. (74)

7.6. JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ

Este joven autor civilista, aunque ya citado anteriormente en orden a un análisis del tema desde la *Historia del Derecho*, merece ser tomado como el cierre final de toda la galería de civilistas aquí presentada por la exhaustividad, profundidad y omnicomprensión del problema de la “codificación” en España globalmente considerado (75).

Su premisa o punto de partida es impecable. A partir de la Constitución de 1978 y de su controvertido artículo 149.1.8º, este autor entiende que:

“En suma, puede decirse que no existe una opinión común, sino varias y enfrentadas, y que las cuestiones fundamentales que plantea el modelo organizativo del Estado siguen abiertas. Por cuanto aquí interesa **esas cuestiones son:**

– ¿Cómo puede articularse la unidad constitucional y la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles?

– ¿Qué es hoy el derecho civil? ¿Cómo se crea? ¿Quién debe legislar sobre derecho civil? ¿Qué relación existe entre democracia y derecho civil?

La reflexión sobre las cuestiones enunciadas no puede olvidar la historicidad radical de cualquier problema. Pero ello no significa en ningún caso que sea de rigor utilizar la historia o la tradición como justificación, sencillamente porque la mera existencia de las cosas ni las justifica, ni las legitima, ni las explica”. (76)

(74) V. op. cit. en nota 72, p. 88. La cita final de A. PAU PEDRÓN es a Bernard BEIGNIER, en su “Prólogo” al volumen colectivo titulado *La codification*, París, 1996: “Los años venideros verán el triunfo de un nuevo adagio, **nulla lex sine codice**: el código es el futuro de la ley”.

(75) V. NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio: “Constituciones, Códigos y Fueros. La Codificación Civil en España y la cuestión regional”, en *Actualidad Civil*, 1994, citada.

(76) V. op. cit. en nota 75 precedente, pp. 677-678 (subrayados míos: J.C.G.).

*En la Parte Primera de su estudio analiza **qué cosa sean los Códigos** (como intento de neutralización de la política) y **los fueros** (como ejemplo de la indeterminación jurídica y de su manipulación política). De esta parte interesan aquí, a nuestros efectos, *un par de afirmaciones del autor:**

– *En orden a los Códigos:*

“... Con la codificación nace otro nuevo mito, otra nueva religión revelada y custodiada por nuevos pontífices y sacerdotes. La nueva religión es el derecho y los nuevos sacerdotes son los juristas.= *Pero el derecho no es una religión, y la ciencia de la legislación no se agota en lógica: lo prueba la experiencia histórica, la propia historia y vicisitudes de la codificación.*”=

“...= **Lo que no revelan los códigos** es que tras la igualdad en derecho existe una desigualdad real.

Lo que no revelan los códigos es que la función decisiva y fundamental de la codificación es una función atributiva, esto es, la previa decisión acerca de lo que es de cada uno y esta decisión, la constitución del moderno principio propietario es una decisión política.=

Lo que no revelan los códigos, hasta el punto de que muchos juristas lo han olvidado, es que el derecho moderno positivo es un derecho enteramente disponible por la política. Los códigos no son mas que artificios jurídico-políticos, cuyas técnicas, formas y contenidos son creadas en determinadas condiciones por los hombres.–...=” (77)

– *En orden a los fueros:*

“**No es fácil identificar con cierta precisión qué «cosa» significa en la historia reciente fuero, foral o foralidad.**–...=...= ¿Qué se entendía en 1889 por foral? ¿Lo mismo que en 1804, lo mismo que en 1978? ¿Acaso el significado y función del fuero es el mismo en el siglo XIII que en el XVIII?

Lo foral en 1889 quedó voluntariamente indeterminado igual que en 1978, pero al resto de las preguntas se puede contestar radicalmente que **no**.

La foralidad, lo foral en el sentido de privilegio, o de orden jurídico cuya primera fuente es la costumbre, *es incompatible* de modo absoluto y en términos lógicos con la constitución y el Código.–...=” (78)

“La cuestión foral o regional en España desde primeros del XIX hasta nuestros días no se ha reducido ni a una cuestión etimológica, ni a una cuestión jurídica, sino que tiene una fundamental y decisiva dimensión política...= *Lo decisivo, en mi opinión, no es que la burguesía en 1876 o en 1889 fuese débil en España, lo decisivo es que la burguesía española estaba más dividida que en otros estados modernos, como Francia.*–...=” (79)

(77) V. op. cit. en nota 75, p. 680 (subrayados míos: J.C.G.).

(78) V. op. cit., p. 681 (subrayados míos: J.C.G.).

(79) V. op. cit., p. 682 (subrayados míos: J.C.G.).

Después de las premisas y de la introducción general, *el autor citado analiza exhaustivamente en la Parte Segunda las vicisitudes de la codificación civil en España*, utilizando unas perspectivas *de conjunto*: **abarcando desde el punto de vista típicamente historicista, pasando por los perfiles económicos, políticos, sociales y jurídicos** (desde el punto de mira constitucional, pasando por el procesal, administrativo, mercantil y civil) **y llegando a desentrañar el tema de los fueros y el del fracaso del proyecto de García Goyena** (80). Considera seguidamente *las razones por las que pudo llegar a hacerse el Código Civil*, y opina que:

“el Código Civil versión 1889 es un Código a la altura de quienes lo hicieron y comprensible en el país en que se hizo, sin gran calidad técnica, porque a tanto no llegaba el nivel de la cultura jurídica...” (81).

Después de *reflexionar sobre la historia de los Apéndices forales*, termina con un *epígrafe dedicado al punto de “Cómo lo social inunda la escena”* y alude al que llama “derecho civil en transformación”. Finaliza con una visión de los paradójicos derroteros a los que se ha ido reconduciendo la “cuestión foral”, y dedica interesantes *reflexiones en orden a la relación entre Código Civil y Compilaciones de derecho civil foral*, relación que –nos dice– “no puede hacernos olvidar que puede plantearse también como cuestión de democratización del derecho”.

Pasa en su Parte Tercera al examen detenido del gran tema de “La unidad y pluralidad de ordenamientos civiles y el Estado Autonómico”, tema que, es obvio, sabemos ha hecho correr ríos de tinta desde todas las perspectivas del ordenamiento jurídico español. *Comienza con una impecable posición desde el punto de vista constitucional*, exponiendo **el artículo**

(80) V. *op. cit.*, p. 692: “Las razones más profundas del fracaso del Proyecto de García Goyena están en el divorcio existente entre la realidad institucional, social y económica y el Proyecto...”.

(81) V. *op. cit.*, pp. 694-695 (*subrayados míos*: J.C.G.): **añade a continuación, en cuanto al Código Civil**, que

– “... consigue la unidad en torno a los grandes principios del derecho moderno, aunque no consiga la uniformidad.– Los grandes principios no están obviamente sólo en el Código Civil sino que informan otras disposiciones de aplicación general en todo el territorio como la Ley Hipotecaria, etc.

– El Código español no cumple ninguna función antifeudal. El feudalismo y el Antiguo Régimen ya eran historia a finales del XIX, eran irreversibles.

Con lo que no hace las cuentas el Código es con el gran problema abierto ya en su tiempo: con la cuestión social y con la cuestión democrática.

Para comprender las funciones del Código no basta con bucear en su interior, en su contenido y estructura, que por sí solos no dicen mucho, **es preciso poner en relación** el Código **con** la cultura jurídica de su época y el mundo de relaciones sociales y económicas al que había de aplicarse”.

149.1 C.E. en su totalidad y preguntándose “el porqué todos los civilistas y manuales de derecho civil se centran exclusivamente en el apartado 1.8”; se decanta por la interpretación de E. ROCA TRÍAS –de las tres opiniones más significativas sobre el tema–; viene a plantear *unos supuestos de articulación* de los principios de competencia *con* los de unidad y jerarquía normativas **prácticamente idénticos a los del jurista que suscribe** (82); *llama la atención, una vez más, acerca de la gran indeterminación actual de los términos civil y foral*, que ni siquiera se pueden confundir con las materias contenidas en los diferentes textos legales vigentes a la fecha de promulgación de la constitución; y entiende que:

“... Como resultado –en parte– de la indeterminación que provoca el texto constitucional resultan dos cosas:

- Una, el Tribunal Constitucional se convierte en legislador positivo, puesto que en concreto y en la práctica *decide* qué es lo foral o qué es lo civil o qué lo básico.

- Dos, el Gobierno Central, pero también los Autonómicos, sustraen a los parlamentos la competencia que tienen atribuida.

Todo ello produce una seria quiebra del principio de legalidad, un incumplimiento de la Constitución en dos aspectos importantes: uno, que el Tribunal Constitucional ha de ser sólo legislador *negativo*, y dos, que *han de ser las Cortes Generales las que determinen* qué son las bases de las obligaciones o de cualquier otra competencia atribuida.

Como resultado de esa quiebra y de esos incumplimientos se ha producido una dislocación de las sedes, ámbitos y acciones en la construcción del Estado autonómico...” (83)

Tras una rápida *referencia al positivismo ético-legalista* –que dice dominar la cultura jurídica española en general y la civilista en particular–, alude como de pasada a lo que denomina **“antiformalismo”** (84) con una lapidaria afirmación:

“Es muy peligroso confundir antiformalismo con falta de respeto y con desprecio a las formas y a los procedimientos. El antiformalismo, en ocasio-

(82) Lástima que el autor no conociera *mi aportación* que es una de las primeras en esta materia, luego seguida por otros casi al pie de la letra: v. **mi Ponencia-Comunicación a las “Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”**, Barcelona, 1980: **ahora formando parte, como epígrafe 2 del Capítulo I de mi libro, precitado**, “Estudios sobre Codificación...”, pp. 181 y ss.

(83) V. *op. cit.*, p. 703 (*subrayados míos*: J.C.G.).

(84) *Este término, en sede de codificación, parece apuntar a las ideas de Don Antonio Hernández Gil. Me remito a consideraciones precedentes –en Epígrafe II 7.1º, y allí nota 38–. El autor aquí objeto de resumen –J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ– ¿no quiso entrar en polémica con Don Antonio Hernández Gil? (que, por cierto, había ya fallecido en el momento de la publicación del trabajo referido en la revista Actualidad Civil).*

nes, es la coartada del jurista consejero del príncipe que desprecia las instancias democráticas” (85).

Finaliza este apasionante trabajo con una referencia a qué cosa sea el Derecho Civil hoy y a qué crisis sufre y para quiénes se produce tal crisis. Tras unas precisiones en orden al contenido del Derecho Civil de hoy, y de pasar revista a una serie de ejemplos que la experiencia práctica nos suministra en orden a la concreta realidad histórico social vigente en variados temas concretos (educación, vivienda, etc.), entiende que la cuestión básica reside

“... en el tipo de relación que existe entre las reglas de derecho y los poderes jurídicos, económicos y políticos que intervienen en el estudio y la cultura y en la vivienda. **Se trata, una vez más, del problema de la democracia, de la democratización de las relaciones sociales y del derecho.**= ...= En mi opinión, la democratización del derecho encuentra obstáculos que hay que identificar, porque **el problema fundamental** no es el cómo se puede ejercer el autogobierno, *el problema es el poder constituido, es la constitución fijada y bloqueada, porque es el gran obstáculo que lo impide.*” (86).

El autor reseñado termina preguntándose

“**¿Y qué es el derecho civil hoy?** Dejemos la pregunta de las esencias e identidades a quienes están preocupados por ellas. Lo importante es ir de la declaración de los derechos a su aplicación particular y efectiva.—...=...= **Autonomía y derecho al autogobierno de las personas y los pueblos es reivindicación para crear espacios y reglas de convivencia, sin exclusiones ni imposiciones. Porque lo propio del hombre es su capacidad creativa, su capacidad de respuesta a nuevas situaciones. El hombre no es sujeto de necesidades. El hombre crea las necesidades al mismo tiempo que crea reglas de conveniencia.**—...= Reivindicación de autonomía significa reivindicación de mayoría de edad frente a los que deciden por nosotros, reivindicación de ocupar el lugar de quien decide”. (87)

8. Posición del jurista que suscribe

• *Respecto de las perspectivas posibles del tema en examen y de unas adecuadas premisas generales, había adelantado hace unos años mi punto de vista personal y de ello se ha hecho cita expresa anteriormente (v. en el epígrafe II. 5). (88)*

(85) V. op. cit., p. 704.

(86) V. op. cit., p. 708 (subrayados míos: J.C.G.).

(87) V. op. cit., pp. 709-710 (subrayados míos: J.C.G.).

(88) V. notas 19 y 20 precedentes.

• *En cuanto a la conveniente interrelación de perspectivas*, había aludido a ella en trabajos míos anteriores, ya en 1988, y *quizás sea ahora momento de recordar de nuevo aquí*:

“Que las distintas perspectivas o enfoques de la materia objeto de estudio estaban todas ellas interrelacionadas parecía ya evidente para toda persona sensata hace ya algunos años. Que en la materia a estudiar aparecía como un ente proteico y multiforme en el que cada perfil requería un examen del estudioso respectivo, era a mi manera de ver muy claro. Que toda esta interrelación estaba implicando una problemática más amplia, *subsumida dentro de la Teoría General de las Normas* (dentro del ordenamiento jurídico patrio), era también evidente”. (89)

“Parece claro que **todo el ordenamiento jurídico español forma un único conjunto o sistema normativo**, pero que **a su vez comprende en su interior toda una serie de subconjuntos normativos o microsistemas**, caracterizados *unos* por ser simplemente autonómicos –leyes autonómicas propiamente dichas– y *otros* por ser autonómicos civiles– leyes civiles territoriales, antes forales o «especiales». –Parece que, a la luz de los actuales criterios interpretativos constitucionales y administrativistas o publicistas, *dentro de cada uno de los subconjuntos o microsistemas* opera exclusivamente el principio de competencia.”

Como consecuencia de la diversidad de perspectivas posibles de enfoque de la materia estudiada que no han conducido a una unidad de interpretación, de la ignorancia mutua de civilistas y administrativistas, de la inexistencia de un trabajo en equipo tipo «rapport» anglosajón y de la falta de depuración de la interpretación «ex constitutione» de esta materia, yo había postulado años atrás la labor interdisciplinaria y de análisis de la confluencia de los distintos sistemas normativos forales o civiles territoriales entre sí y con el Código Civil. Nadie hizo caso, se perdieron años importantes y hoy está todo igual, pendiente de hacer y con el aditamento de una mayor complejidad”. (90)

En mi opinión, todas estas afirmaciones mías del año 1988 pueden ser reiteradas en este momento y sin que nada en contrario pueda oponerse a ellas. El paréntesis abierto entonces sigue hoy abierto.

Es obligada aquí la referencia personal a la conveniencia de las labores interdisciplinarias en los temas aparentemente conflictivos o que tienen difícil solución o respuesta. Soy consciente de la gran influencia y ayuda en su día recibida de mi compañero y amigo E. FOSAR BENLLOCH (**Uno**

(89) V. ahora formando parte de mi libro “Estudios sobre Codificación ...”, cit., pp. 334 y ss., y 382 y ss.

Posición mía compartida en su día por otros estudios posteriores de civilistas (J. L. LACRUZ, E. ROCA TRÍAS, etc.).

(90) Así, en mi comunicación a las “V Jornadas de Derecho Catalán” en Tossa de Mar en 1988: ahora formando parte de mi libro, cit., pp. 334-335.

y otro, animados de un juvenil entusiasmo, pudimos leer en el verano de 1973 el libro entonces recién aparecido de A. J. ARNAUD) (91). Lo cual nos motivó a que –dentro de las coordenadas de la Filosofía Jurídica por nosotros recién descubierta también por aquellos años (RECASENS SICHES, sobre todo)– nos decidiéramos a insertar en nuestros trabajos o estudios los necesarios referentes interdisciplinarios, con mayor o menor fortuna, por supuesto.

*** La referencia al punto de vista estructuralista (en la juvenil versión de E. FOSAR BENLLOCH).**

En esa labor de asimilación del discurso del estructuralista A. J. ARNAUD, típicamente interdisciplinario, parecía –a nuestro juicio– imprescindible una labor crítica o de revisión de dicho texto. Así se hizo en su día por E. FOSAR BENLLOCH, el cual escribió sobre ello:

“... la crítica que de él pueda realizar necesariamente deberá tener lugar a varios niveles, no jurídicos todos ellos, aunque como es lógico, tendentes todos a hallar su significación intrínsecamente jurídica”. (92)

Dicha **crítica** la hizo E. FOSAR BENLLOCH *desde los niveles que denominó:* lingüístico, de la Historia del Derecho, Filosófico jurídico y de Política legislativa, y dogmático-jurídico (93). A todos los citados niveles se extendía la crítica de FOSAR, *partiendo de una inicial reflexión* en el sentido de que:

“... habría que considerar al derecho y concretamente a un Código Civil, como un discurso comunicatorio cerrado sobre sí mismo, constituyendo una totalidad, un universo de sentido, que puede ser objeto de estudio por la lingüística y la Semántica estructurales...”. (94)

(91) Aunque por distintas procedencias recibimos ambos el volumen de A. J. ARNAUD (“Essai d’analyse structurale ...”, citado en la Relación Bibliográfica), su estimulante lectura nos hizo reaccionar y fue un reto o estímulo intelectual decisivo.

Una de las consecuencias directas de aquellos intercambios de pareceres fue la creación de un “miniequipo” que se encargó de buscar, seleccionar y recopilar todas las limitaciones o restricciones a la capacidad jurídica de la mujer casada en los variados sectores del ordenamiento jurídico español. Todo lo cual se plasmó en un “anteproyecto” normativo, elevado al entonces Director General de Registros F. ESCRIVÁ DE ROMANÍ: de tal “anteproyecto” nunca más se supo.

(92) V. su estudio “Los Códigos Civiles: problemas que plantea su estructura”, citado (inédito), pp. 37 y ss.

(93) V. en capítulo VIII, apartados A) al D) del estudio referido.

(94) V. op. cit., p. 37.

– Desde el punto de vista de la lingüística eran interesantes las alusiones de FOSAR a la calificación del Código como “estructura”, a su análisis textual como un sistema de comunicación y a la *semiología de la significación de cada institución, en cuanto lengua*. **El Código Civil –decía– debe ser considerado como un conjunto, que comprende una serie de subconjuntos**, del modo en que son estudiados estos términos en las llamadas “Matemáticas de conjuntos”.

– Desde el punto de vista de la Filosofía Jurídica E. FOSAR aludía a las críticas de ARNAUD al Derecho Natural, y a la contra-crítica de J. LACROIX (95).

– En un interesante Capítulo IX (titulado “Epílogo para juristas españoles e ideas para desvelar la posible estructura del Código Civil español”) E. FOSAR aludía entonces a que:

“Sólo un examen de nuestro Código, utilizando todas las disciplinas jurídicas a nuestro alcance sin ideas preconcebidas ni preconceptos ideológicos, distinguiendo el plano sincrónico –lo que fue el Código en su promulgación– y el diacrónico –su transformación por la evolución histórica sobrevenida–, ayudados, como disciplinas auxiliares de las jurídicas, por el resto de las ciencias humanas y sociales, de las que cuando menos debemos poseer los rudimientos esenciales, nos permitirá llegar a un resultado parangonable con el obtenido por Arnaud en su análisis del Código Civil francés”. (96)

Como desenvolvimiento de tal planteamiento, E. FOSAR aludía allí a la Historia del Derecho, a la Filosofía Jurídica, a la Sociología Jurídica y a la civilística, y resumía sus ideas postulando:

“La creación de un equipo de juristas especialistas de todas las ramas del Derecho, asistido quizás de sociólogos, lingüistas y otros cultivadores de las ciencias del hombre, **trabajando interdisciplinariamente** –con la enorme dificultad que la verdadera interdisciplinariedad comporta– será el instrumento de trabajo indispensable para dar cima a la *empresa de analizar científicamente nuestro Código Civil.*–”... (97)

(95) V. op. cit., p. 44: remite a la cita de Jean LACROIX, “Recensión a ARNAUD”, en el Diario “Le Monde” del 3 junio 1973 (Sección de Filosofía).

(96) V. op. cit., p. 58 (subrayados míos: J.C.G.).

(97) V. op. cit., p. 60 (subrayados míos: J.C.G.).

*** La perspectiva estructuralista acerca de nuestro tema en la versión de Don Antonio Hernández Gil.**

Don Antonio Hernández Gil había hecho un análisis exhaustivo, *en un sentido genérico*, acerca de *las posibilidades de hacer compatibles el estructuralismo específico y el Derecho* (98).

En un sentido específico, concretándose a la obra de A. J. ARNAUD y a la referencia al Código Civil, analizaba dicho texto en 1985 y venía a resumir su posición personal como sigue

“... este estudio nos parece, no tanto un análisis estructural del derecho, esto es, estructuralismo jurídico, como la aplicación a un texto jurídico del estructuralismo lingüístico, o más exactamente, una crítica literaria de carácter estructuralista referida a un Código lo mismo que podría ir referida a una novela” (99). **Proseguía Don Antonio, también en la misma línea**, diciendo que *“hay cierta tendencia a considerar como cuestión clave del estructuralismo jurídico el análisis de las correlaciones estructurales y, en particular, ver cómo la estructura jurídica viene condicionada por la estructura económica y por la ideología política o por el conjunto de la estructura social. A esta tendencia responde el propio libro de ARNAUD, que coloca el Código Civil francés al servicio de la ideología representada por la paz burguesa. A nuestro juicio, este tipo de análisis es propio de la dialéctica o de la sociología estructuralista”*. (100)

- Tendría ahora el abajo firmante que referirse, *por otro lado*, a la *perspectiva historicista*, ampliamente utilizada en numerosos trabajos míos precedentes, a los que remito (101). Perspectiva historicista *doblemente necesaria en nuestro tema*, con casi doscientos años desde que comenzara a hablarse de “Codificación” en nuestro País, y habida cuenta de que en el momento actual la panorámica sobre nuestro tema abarca más de cien años desde la promulgación del Código Civil.

- Seguramente como consecuencia de la lectura y posterior **Recensión de la obra** de L. RECASÉNS SICHES, *ya en 1972/1973 el jurista que suscribe había comenzado a hacer uso del método de la tridimensionalidad*

(98) V. su obra monumental “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Tomo II, Madrid, 1971, pp. 415-462.

Posteriormente, v. su **Discurso de Inauguración del Curso Académico del año 1985, titulado** “La contemporaneidad ...”, cit., pp. 49 y ss.

(99) V. “La contemporaneidad ...”, cit., p. 53 (*subrayados míos*: J.C.G.).

(100) V. *op. cit.*, p. 53 (*subrayados míos*: J.C.G.).

(101) V. **mi libro citado** “Estudios sobre codificación...”, pp. 336 y ss. (en **mi comunicación** a las “V Jornadas...”, Tossa de Mar, 1988), y 384 y ss. y 429 y ss. (en **mi conferencia** en la “Academia Matritense del Notariado”, Madrid, 1988).

Indispensable, desde este perfil, el estudio de la obra de J. F. LASSO GAITE, citada.

como modo de entender el derecho. *Hice amplio uso de esta perspectiva metodológica* también en algunos estudios posteriores y, *en especial, en mi volumen de “Comentarios”* a la Compilación Civil de Baleares. En cuanto a *su nota de específico en relación con nuestro tema*, –y en combinación con la distinción entre las dimensiones estática y dinámica del proceso de codificación, o, de otro modo dicho, entre la estructura y la función de tal proceso– he hecho *un amplio uso de dicho método en mi Conferencia* precitada (102).

Hubo sin embargo *una diferencia sutil en el tratamiento efectuado* en aquel entonces: así como hice allí las consabidas referencias **en el plano o aspecto normativo tanto al Código Civil como a las Compilaciones Civiles Forales** el planteamiento precitado lo fue tan sólo a la *dimensión estática*, mientras que *en el punto dedicado a la dimensión dinámica* sólo hice la alusión al Código Civil dado que está pendiente de hacer dicha tarea en relación a las Compilaciones Civiles Forales.

- *Había en su día finalizado mis reflexiones* precedentes sobre el tema de la codificación *con una serie de consideraciones valorativas* acerca de tal problemática y *aventurando las posibilidades de solución* a los viejos problemas. A ellas entiendo debo remitir en este lugar (103).

- A la hora de proceder a una a modo de “auto-crítica” sobre mis reflexiones precedentes en el tema de la “codificación”, quizá cabría ir a *una decantación de todas mis ideas de años pasados y de mis reflexiones* postuladas y presentadas en momentos y en foros distintos. Decantación que podría –a mi juicio– quedar mejor delimitada si acudimos a *su presentación bajo el aspecto tridimensional acerca del concepto “codificación”*, decantación y presentación que quedaría, algo resumidamente, como sigue:

- **Codificación como hecho**

Las preocupaciones e investigaciones del jurista que suscribe, –efectuadas en años pretéritos–, en presentación aquí esquemática, pero rigurosa, fiel y exacta, no pretende sino *dar testimonio de una serie de hechos notorios*. Los temas y puntos por mí analizados fueron en su día quizás algo atrevidos, anticipativos o novedosos, aunque alguno de ellos a mi parecer ha quedado desbordado por el paso del tiempo: pero en mi opi-

(102) V. **mi libro citado**, *Estudios sobre codificación...*, pp. 429 y ss. (en orden a la dimensión *estática*) y 451 y ss. (en orden a la dimensión *dinámica*).

(103) V. **mi libro citado**, *Estudios sobre codificación...*, pp. 451 y ss. (Situación actual de esta problemática), 457 y ss. (Repertorio de problemas pendientes), y 461 y ss. (Elección de nuevos tópicos).

nión no habían sido tratados hasta entonces por nadie anteriormente. Entre ellos, entiendo es de especial relieve *el examen de estos puntos, directamente relacionados con la temática de la “codificación”*:

- “Comisión General de Codificación”: Jaca, 1976.
- “Comisiones Compiladoras Forales”, y su articulación o vertebración con la Administración Pública: Jaca, 1976.
- Competencias legislativas en materia de Derecho privado de las Comunidades Autónomas, e interrelaciones normativas Estado-Comunidades Autónomas: Barcelona, 1980.
- Sobre el Artículo 149.1.8º Constitución, e interrelaciones entre Código-Compilaciones, reformas del Código-Compilaciones, Constitución-Compilaciones, y supletoriedad del Derecho del Estado: Zaragoza, 1981.
- Comparación entre sistemas normativos compilados forales:
 - Aragón-Baleares: Zaragoza, 1980.
 - Vizcaya-Baleares: Bilbao, 1991.
- Reforma de las Compilaciones de Derecho Foral:
 - Proceso de adaptación a la Constitución: Jaca, 1983.
 - Revisión en general (Baleares): Palma, 1981.
 - Revisión en especial (Libro III de la C.D.C. de Baleares): Ibiza-Madrid, 1973; Tossa de Mar, 1984; Ibiza-Madrid, 1989.
- Análisis *genérico* acerca de la codificación: Tossa de Mar, 1988; Madrid, 1988.
- Tensiones en el desarrollo legislativo postconstitucional, y relaciones institucionales Estado-Comunidades Autónomas: Tossa de Mar, 1988.
- Problemática pendiente tras el atomismo del Derecho Civil español actual: Madrid, 1988.

• **Codificación como normativa (Norma jurídica)**

A mi modo de ver, *la presentación efectuada por el jurista que suscribe en la Conferencia precitada (104) de las respectivas normativas estatal y autonómicas* era la primera vez que se hacía entre nosotros. *El análisis comparativo textual, en horizontal y en vertical, de unas y otras normativas, dejaron la puerta abierta a sucesivas o posteriores investigaciones.*

La citada presentación, preferentemente dedicada a la dimensión “estructural”, dejaba este perfil estático de nuestro tema prácticamente

(104) V. **mi libro citado**, *Estudios sobre codificación ...*, pp. 438 y ss. y 451 y ss.

concluso, a mi modo de ver: es decir, tanto en orden al **cómo son las normas** (estructura **interna o propiamente dicha**) como en orden al **cómo se originan** (estructura **externa**, origen o producción de las normas). (105)

En cuanto al *análisis del perfil **dinámico** de nuestro tema, referido a la dimensión “funcional”* requería –a mi entender– una “relectura” del Código Civil –y, en su caso, de las respectivas Compilaciones Civiles Forales–: re-lectura que entonces, y de momento, quedó intencionadamente aplazada. **Es, por consiguiente, una tarea pendiente de realización. Manténla entonces (1988) y mantengo todavía hoy** que “es una tarea urgente y prioritaria a cualquier otra entre las de los civilistas de hoy” (106).

- **Codificación como valor (*Quid valoris*)**

1. *La cuestión básica en orden al “valor” de la codificación* parece consiste en *contestar a la pregunta de su fundamento o razón de ser última, su intrínseca justificación como hecho social*. La contestación va a depender de la respectiva posición doctrinal que cada uno asume (107). Esa justificación equivale en el fondo a *una preferencia, a una elección, a un VALOR*, derivado al parecer de una instancia superior que “legitima” tal hecho social. De donde la doctrina autorizada ha considerado que **la razón última de validez de todo el ordenamiento jurídico deriva en definitiva de un “consenso” de la base social, entendido como adhesión, como aceptación y como aquiescencia, centrados en un conjunto de creencias, estimativas y convicciones de la mayoría del grupo social** (108).

2. *Esta justificación acerca de la “legitimidad” de un problema social dado, en nuestro caso el tema “codificación”,* está –como acabo de decir– en función de la personal posición de cada autor que analiza el tema. Por obvias razones, y para evitar repeticiones inútiles, aquí me limito a consignar las que pueden ser las distintas “valoraciones” –a mi entender–, que los diferentes civilistas seleccionados parecen asignar a la “codificación”.

(105) V. *mi Conferencia en la UNED de Ibiza* el 28 novbre. 1994: publicada como artículo en la *RCDI*, sept.-oct. 1995, n° 630, pp. 1547-1586, *en especial* pp. 1.560-1.563.

(106) V. *mi libro citado, Estudios sobre codificación ...*, pp. 457 y ss.

(107) V. *mi artículo citado en nota 105 precedente*, con mayor detalle: *op. cit.*, pp. 1.567 y ss.

(108) V. DÍEZ-PICAZO, “Experiencias jurídicas ...”, *cit.*, pp. 197 y ss., *en especial*, pp. 204-206.

- **D. Antonio Hernández Gil.**

Parece seguir *una actitud oscilante, gráficamente representada a modo de una línea ondulada*, que va desde la codificación como tendencia hacia la unificación (no equivalente al dogma de la unidad), pasando por la codificación como un proceso en marcha (con dinamicidad interna y entendido como problema), atravesando los largos meandros de su intensísima actividad política (así como de intervención directa en la elaboración y promulgación de toda clase de leyes –Constitución incluida–), hasta llegar a la tranquila etapa final de recogimiento interior (y del sorprendente **silencio** sobre el tema: “**ad extra**”, por supuesto).

- **D. José María Castán Vázquez.**

Los acusados *perfiles humanistas del autor* le llevan al cotejo del valor ejemplar de la literatura de las leyes de utopía y su escaso reflejo en el mundo de hoy, y a la constatación del hecho actual de la “codificación” en todo el mundo como valor comparativo innegable.

- **D. Ángel María López y López.**

La aportación fundamental del autor es *la del intento de justificación última, esto es, estimar como un valor el de la de “centralidad” del Código Civil dentro del ordenamiento jurídico español.*

- **D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.**

La aportación básica de este autor, a mi juicio, reside en **la consideración de la “codificación jurídica” como un código en sentido moderno, esto es, un sistema convencional de señales o de símbolos** que permiten la transmisión y la recepción de un mensaje o de una información. *La aproximación aquí a la posición semiótica de UMBERTO ECO* parece intuible a simple vista.

- **D. Antonio Pau Pedrón.**

La interesante *reflexión del autor acerca de la actual “codificación” como “de lege lata” o “de derecho constante”* (muy similar a la praxis española de la “refundición”), parece *conectar bien con el perfil* de las técnicas legislativas en general y *con lo habitual* en otros ordenamientos europeos. No parece un valor seguro o en alza en nuestro actual sistema, aunque sí cabe emparentarlo con las atrevidas consideraciones de L. M. CAZORLA.

• **D. José Antonio Navarro Fernández.**

Muy interesantes *sus juicios de valor en la parte final de su trabajo*, que apuntan a: la indeterminación de los términos “civil” y “foral”, la inseguridad jurídica en que se traduce, la quiebra del principio de legalidad y el incumplimiento **material** de la Constitución y al recuerdo de que **la cuestión básica es el problema de la “democratización” del derecho** (109).

3. Las “valoraciones” del jurista que suscribe

A lo largo de las páginas anteriores han ido apareciendo *alusiones a reflexiones más precedentes o publicaciones sobre el tema en examen* y también se ha ido deslizado alguna que otra *estimativa o juicio de valor en puntos diversos*. Sin ánimo de exhaustividad, pero con el debido rigor y precisión técnica, he de señalar aquí como **estimativas más personales** las que siguen:

- 1) La referencia ya antigua a **la idea o valor de la utopía** (110) tanto en orden a la que denominé “reviviscencia” de la utopía codificadora como en cuanto a lo que calificué de “brote” y “desmadre” de la utopía autonómica (111).
- 2) La anticipación intuitiva en orden a la previsible importancia del perfil que denominé **“la técnica legislativa”** o **“LEGÍSTICA”**, con la referencia inevitable a OTTO WEINBERGER y a la doctrina alemana (112).
- 3) La consideración de que el viejo “derecho civil foral” ha devenido en **un campo más del nuevo DERECHO AUTONÓMICO**. En el fondo, el derecho civil foral ya es puro derecho “estatutario” (113).

(109) *A este punto me refería en su día en mi conferencia* en la “Academia Matritense del Notariado”: v. **en mi libro precitado**, *Estudios sobre Codificación ...*, p. 427 (allí, la referencia a F. GALGANO).

(110) *Una atrevida visión del vocablo*, en Luciano PELLICANI “*La riscoperta dell'autonomia privata*”, p. 33 (“Todas las utopías en definitiva son totalitarias por definición, porque presuponen siempre que no existen los elementos que estorben esta gran armonía que se ha realizado”): v. **en “ATTI DEL CONVEGNO DI STUDIOSI A ROMA, IL 27-28 OTTOBRE 1979”**, Ed. CEDAM, Padova, 1981, pp. 16 y ss.

(111) V. **en mi libro**, *Estudios sobre codificación ...*, pp. 345 y ss. y 349 y ss.

(112) V. **en mi libro**, *Estudios sobre Codificación ...*, pp. 423 y ss. (y allí las notas 76 y 77), donde recojo la sugerencia germánica a la conveniente *división de la llamada “CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN” (GESETZGEBUNGSLEHRE)* en varias partes: Teoría del Proceso Legislativo, Metodología Legislativa, Logística y Evaluación Legislativa.

(113) V. **en mi libro**, *Estudios sobre Codificación ...*, cit. p. 452.

- 4) La reflexión acerca de un **“re-pensar” sobre el problema de las fuentes normativas**, un inquirir cuál sea un posible “futuro” Código Civil y si ese Código es viable y conveniente (114).
- 5) **La valoración positiva del perfil “estructuralista”**, arriba ya apuntada. Aunque se partiera teóricamente de la aceptación de *las autorizadas objeciones de Don Antonio Hernández Gil a las ideas de A. J. ARNAUD*, a mi modesto parecer **todo el análisis del “Derecho de Obligaciones” del autor francés obedece a los dictados de lo que cabría llamar “lógica simbólica”**, en la línea de la “Dissertatio de arte combinatoria” de LEIBNITZ (115).
- 6) **La valoración positiva acerca del método de la “tridimensionalidad” aplicado a cualquier hecho social o sector jurídico**: evidenciada en este lugar al dar *una visión omnicomprendensiva del tema “codificación”* bajo sus variados *aspectos* como hecho, como normativa y como valor.
- 7) La postulación –quizá también utópica– de **la necesidad de una labor “interdisciplinaria” en equipo**: hasta la fecha, ni siquiera abordada entre nosotros.
- 8) La admisión y aceptación de la estimativa importada de la doctrina italiana moderna, en el sentido de **ubicar la problemática de la “codificación” dentro de un contexto más amplio**, no sólo histórico, filosófico y político, sino también jurídico y social, esto es, *en aquella dimensión atinente a la parte de la “historia de la civilización” del Derecho* (116).
- 9) *La consecuencia inmediata de la anterior*, en el sentido de **no identificación del problema genérico de la codificación con el problema del moderno Derecho Civil en general, ni de la confusión entre “codificación” y Código Civil, ni con la reducción del tema a la “cuestión foral”** (117).
- 10) Finalmente, la insistencia y la reiteración personal en orden a **la re-ubicación de toda la problemática acerca de la “codificación” dentro de la “TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS”** (118).

(114) V. en mi libro, *Estudios sobre Codificación ...*, cit., p. 452.

(115) V. en ECO, Umberto: *La búsqueda de la lengua perfecta*, traducción de María PONS, Editorial CRÍTICA, Barcelona, 1993: **capítulo 14 (De LEIBNITZ a la Enciclopedia)**, pp. 228 y ss., *espec.* 230 y ss.

(116) V. en mi libro *Estudios sobre Codificación ...*, cit., p. 425.

(117) V. en mi libro *Estudios sobre Codificación ...*, cit., pp. 425 y ss. y 435 y ss.

(118) V. en mi libro *Estudios sobre Codificación ...*, cit., p. 452. *Las referencias más a reflexiones de años anteriores, innumerables, son rastreables a lo largo del libro.*

– Una primera recapitulación

Anteriormente he efectuado algunas consideraciones acerca del conocido tópico de la “codificación”, con un obligado resumen de algunas de las más significativas posiciones doctrinales sobre el tema. Todo lo cual parece sugerir la conveniencia de un pequeño descanso en este “iter” argumental, lo que en este momento hago, *con la decantación de algunas de las proposiciones a mi parecer más interesantes*, en esta a modo de **primera** recapitulación parcial.

Me parecen más relevantes, en el mismo orden expositivo propuesto, **los puntos siguientes**:

A. En cuanto a la introducción personal

1. *La referencia* hecha por UMBERTO ECO al arte de la “memoria espontánea” recreada por MARCEL PROUST, permitía al jurista abajo firmante el retroceso a tiempos pasados y el recuerdo de la figura de Don Antonio Hernández Gil.

La exclusión de los variados aspectos del abanico de los “niveles de conocimiento”, postulados en su día por ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, parecía aquí obligada en función del también amplio abanico de preguntas que el tema de la “codificación” nos suscita.

2. *La recapitulación* de ideas y proposiciones presentadas precedentemente por el jurista abajo firmante acerca del tema de la “codificación” descansa en un tipo de razonamiento jurídico emparentado de intento con la tónica moderna y con el llamado “pre-enjuiciamiento subjetivo” (“pre-compresión”) por la doctrina alemana.

3. *El recuerdo de mis “encuentros” personales con Don Antonio Hernández Gil* (entre 1979 y 1994) suele oscilar entre los contactos muy directos en una fase primera en temas de codificación foral y los diálogos más bien breves con el mismo como Presidente de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”.

El recuerdo de su brevísima alocución en el Congreso de Zaragoza de 1981, desafortunadamente perdido al parecer y quizás desconocido por muchos civilistas, parecía en este lugar de obligada mención.

B. En cuanto a la elección de posibles perspectivas

1. Parecía, por tanto, conveniente *el reiterar la doble rememoración antes aludida*, tanto en orden a mis “encuentros” con Don Antonio Hernández Gil como a mis “evaluaciones subjetivas” acerca del tópico “codificación”.

2. *En orden a la metodología empleada*, el abajo firmante en su día había hecho uso de métodos diversos en sus reflexiones sobre el tema “codificación”, y no quiso encasillarse bajo el manido tópico del “**io non so come...**”.

3. *La cuestión del *quid nominis*? (aspecto terminológico)*, permitiría un desmesurado recorrido por las visiones de los distintos autores en este tema: desde los inicios del vocablo en la Ilustración Jurídica, pasando por los del siglo XIX y llegando a la “Semántica” actual (U. ECO), recorrido que aquí voluntariamente he dejado reducido al *binomio* representado por el par **A. HERNÁNDEZ GIL-U. ECO**, binomio a mi juicio suficientemente representativo.

4. *En orden al *quid conceptus*?*, la gama de posiciones doctrinales es amplísima, lo que me ha obligado a necesarias remisiones al respecto, a obligadas exclusiones –a mi pesar y sin ánimo negativo– y a una muy personal selección de autores más o menos representativas de tendencias dispares **dentro de cada sector** de nuestro ordenamiento jurídico.

5. Parecía de elemental cortesía y deferencia para los posibles lectores que desconocieran mis preocupaciones o reflexiones precedentes en esta materia, *el presentar previamente mis consideraciones preliminares en esta materia*, tales como el conjunto de perspectivas sobre el tema y unas necesarias premisas generales sobre la idea de “codificación”: **todas ellas, publicadas antes de y en 1988.**

6. *De todas las posibles perspectivas*, se ha procedido a *una obligada selección* de la multitud de aportaciones aparecidas en los últimos años y se ha tratado de *encajar las posiciones de los autores dentro de los distintos perfiles presentados*. Perfiles que he denominado: desde el Derecho Constitucional, desde el Derecho Administrativo, desde la Historia del Derecho y desde el Derecho Civil. Encaje que he efectuado en función del *tratamiento respectivo dado por cada autor a la materia*, sin dependencia estricta de la personal “condición subjetiva” de cada autor.

7. De entre la gama de los distintos autores seleccionados, *parece de obligada relevancia la mención de algunos de ellos, a mi juicio, de inexcusable consulta.*

- **En el Derecho Constitucional:** L. M. CAZORLA PRIETO (sobre todo con su recientísimo libro sobre “Técnica Legislativa”).
- **En el Derecho Administrativo:** A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y G. BRAIBANT.
- **En la Historia del Derecho:** B. CLAVERO SALVADOR (con sus increíbles trabajos de investigación, tan exhaustivos como interesantes: v. gr. con sus famosos “paradigmas”).

- **En el Derecho Civil.**

Voluntariamente *reducida la selección a los autores posteriores al año 1988*, parecía necesaria la referencia a *la muy numerosa serie de obras colectivas* propiciadas desde diferentes sectores jurídicos y aparecidas con motivo del “Centenario” de nuestro Código Civil vigente.

De obligada consulta y mención la obra auspiciada por la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, quizá *merecedora de una visión interdisciplinaria o de conjunto* más que de artículos dispersos.

He creído *indispensable la mención* de la notabilísima obra de J. F. LASSO GAITE, hoy por hoy insustituible.

He reducido al mínimo las consideraciones de civilistas, pretendiendo significar en las personas de los elegidos aquellas **ideas** que me han causado mayor impacto. *De entre ellas, las aportadas por los siguientes civilistas*: ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, ÁNGEL MARÍA LÓPEZ Y LÓPEZ, LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, ANTONIO PAU PEDRÓN y JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ.

8. *De entre esta apretada síntesis **diacrónica** de autores civilistas* intento aquí y ahora *un escueto resumen de las actitudes fundamentales de los elegidos* en orden al tema en examen, *actitudes* que a mi juicio pueden ser condensadas como sigue:

8.1. Don Antonio Hernández Gil

* *La síntesis perfecta de la figura de tan ilustre Maestro* la hizo ya —mejor y antes que yo— *otro gran Maestro, Don FRANCISCO BONET RAMÓN* en su conocida “**LAUDATIO**”

“Concretándonos a delindar la figura prócer del Académico Numerario Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil, **la podríamos comparar con un poliedro, en cuyo centro** se encuentra la personalidad del jurisconsulto, irradiando **sus múltiples facetas** coordinadas y sujetas a un proceso de exósmosis y endósmosis, que vivifican la unidad e inseparabilidad de las superficies que armoniosamente compendian el conjunto.—...” (119)

* *Dentro del perfil concreto del tópico “codificación”, el jurista abajo firmante* ha pretendido decantar **las posibles posiciones personales del Maestro** a lo largo de su vida, distinguiendo estas que he denominado “**actitudes**”:

– **Primera** (años 50/60).

(119) V. BONET RAMÓN, F.: *op. cit.* en **nota 40** precedente, p. 239.

- **Media o notoria**, como Presidente de la “Comisión General de Codificación”, y de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” (años 70/80).
- **Política**, como Presidente de las “Cortes Generales”, de la “Comisión General de Codificación” y de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” (años 76/85).
- **Final**, como Presidente del “Consejo General del Poder Judicial”, del “Tribunal Supremo” y de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” (años 85/94).

En un cotejo comparativo actual respecto de su inicial posición ante el tema de “la cuestión foral”, cabría quizás reconducir aquellas distinciones más a unas paralelas concordantes posiciones respecto de los “Derechos Forales”, a mi juicio subsumibles en esta otra diferenciación:

- **Posición beligerante o crítica**, concordante con la actitud “primera”: entre los años 40/60.
- **Posición reflexiva o comprensiva**, concordante con las actitudes “media” y “notoria”: años 60/80.
- **Posición argumentativa o tolerante**, concordante con parte de la actitud “final”: años 80/85.
- **Posición silenciosa**, reflejada en la actitud “final”: años 85/94.

* *A su vez, dentro de este cuadro de “actitudes” y “posiciones” idealmente diseñado por quien esto suscribe, lo que, a mi muy personal modo de ver, más puede interesar a los posibles lectores o al gran público interesado en el tema en examen, es este punto: los “silencios” de Don Antonio Hernández Gil acerca de este nuestro tópico permanente aquí analizado.*

Pero no acaba aquí mi pregunta, dado que –a mi juicio– no parece sean de idéntica calidad los “silencios” de Don Antonio en dos sectores de tiempo muy diferentes: el uno, entre 1976 y 1985 (Presidente de las Cortes y Presidente de la “Comisión General de Codificación”), y el otro, entre 1985-1994. O, de otro modo dicho: ¿cuál es el sentido de uno y otro silencio?, ¿qué valoración jurídica tienen ambos, unitaria o plurívoca? (120).

8.2. Don José María Castán Vázquez

De tan ilustre y representativo jurista, embebido del tema “codificación” por sus largos años de permanencia en la “Comisión General de Codificación” junto a la figura egregia de Don Antonio Hernández Gil, ha parecido oportuno traer aquí la *selección de un par de aportaciones*:

(120) Sólo sus familiares, amigos y allegados, y discípulos inmediatos, parece *podrían* aportar alguna consideración o información a este respecto.

- *Una*, relativa a **la idea de la codificación como hecho actual**: con los temas de la necesaria distinción entre codificación y códigos, la de la posibilidad de revisión constante de los códigos y la problemática de su actualización, del método comparativo, y del posible alcance de las reformas actuales de los Códigos.
- *Otra*, **relativa a la literatura de las leyes de utopía**: su concordancia con la realidad legislativa en el mundo de hoy, las aspiraciones utópicas en orden a las leyes y su conexión con la idea de Justicia.

8.3. *Don Ángel María López y López*

Toma este jurista como punto de partida un dato histórico y continúa con otro hecho, el de la pérdida de papel “cuasiconstitucional” del Código.

Analizado luego con rigor el diverso juego de la analogía respecto de las llamadas “leyes especiales”, reconduce el tema al papel de **la “centralidad” del Código** fundamentándola en el valor trascendental de los principios generales del Derecho.

8.4. *Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León*

Algunas de las afirmaciones de este autor aquí seleccionadas ya estaban contenidas en una temprana obra de 1973 acerca de las que denominó “experiencias jurídicas”, *dentro de cuya obra sus preocupaciones sobre el tema “codificación” aparecían ya englobadas en su personalísima “visión” del Derecho*, ubicadas sistemáticamente a continuación del examen sobre el “análisis de las normas jurídicas”, de la diferenciación entre “normas jurídicas y textos legales” y de las llamadas “fuentes del derecho”.

El tema de este ensayo el ilustre Maestro lo sitúa dentro de un Capítulo titulado “Códigos, leyes y normas”, que toma como punto de partida el formalismo y realismo en las fuentes del derecho, continúa con el que llama “proceso de consuetudinarización” de las leyes y el proceso de “habitación” a la ley y sigue con el examen de lo que para él supone el gran tema: Código, Códice y codificación.

Los distintos ángulos, perfiles o perspectivas del tema permitieron al autor citado hace algunos años una personal visión de la codificación: como racionalización y tecnificación del mundo jurídico, como sistema de símbolos de representación de una información, como progreso y transmisión de ideales, como función de pedagogía y de simplificación del mundo jurídico, y como utopía.

Lo más relevante de sus siempre interesantes reflexiones, *a modo de ideas cuyas conclusivas*, es lo que sigue:

- La afirmación del *hecho actual* de la que llama **“recodificación”** (o Códigos **“de segunda generación”**).

- Su convicción de que *la codificación, como técnica jurídica, ha de sobrevivir.*
- Sus reticencias ante *la posible actitud de la jurisprudencia* en cuanto a la recepción de los nuevos contratos atípicos que surgen en la realidad social del mundo de hoy.

8.5. Don Antonio Pau Pedrón

Del máximo interés su aportación, al intentar *la vinculación entre los términos “seguridad jurídica” y “codificación”*. De sus reflexiones he entresacado algunas interesantes consideraciones. Aquí parecen de obligada mención algunos puntos, como sigue:

- De *las premisas* que presidieron la primera codificación, considera esencial *la de las razones técnicas.*
- Examina *el modelo francés de “segunda codificación” o codificación “de derecho constante”,* lo que *le sirve de constante referencia,* a modo de **lo que él llama codificación “de lege lata”.**
- Entiende que *el ámbito de esta nueva o “segunda” codificación* es de enorme extensión, lo que le conduce al *problema* del que llama **“perímetro” de los códigos.**
- En cuanto a *la autoría de la codificación* cree que, básicamente, es administrativa.
- *La institución específicamente “codificadora” –en nuestro país, la “Comisión General de Codificación”– necesita grandes cambios* en su estructura, competencias y adscripción administrativa.
- La “segunda codificación” –*que reconduce a la idea de la “refundición”*–, modesta en apariencia, es una gran tarea de política legislativa.

8.6. José Antonio Navarro Fernández

En su exhaustivo trabajo, anteriormente resumido, **el autor parte de la historicidad radical de cualquier problema,** analiza en la *Parte Primera* qué cosa sean *los Códigos* (como intento de neutralización de la política) y *los fueros* (como ejemplo de la indeterminación jurídica y de su manipulación política).

En la *Parte Segunda* del trabajo analiza en profundidad *las vicisitudes de la codificación civil en España,* que olvidó en su período final la inundación de la escena por “lo social”.

En la *Parte Tercera* examina **el gran tema de “la unidad y pluralidad de ordenamientos civiles y el Estado Autonómico”,** comenzando por *un impecable análisis del artículo 149.1. C.E. en su totalidad* desde una posición rigurosamente *constitucional.* Denuncia las quiebras de los principios constitucionales. Finaliza con la referencia a *qué cosa el Derecho Civil hoy y a quiénes sirve,* reivindicando los conceptos de “autonomía” y de “autogobierno” de personas y de pueblos.

9. Posición del jurista que suscribe

A la hora de proceder a la decantación de mis ideas precedentes parece que el jurista abajo firmante puede sentar las siguientes *afirmaciones*:

- He reiterado y recordado *mis reflexiones precedentes de años anteriores* en orden a *perspectivas posibles* sobre el tema y en orden a *premisas generales* adecuadas.
- He aludido a *la necesidad de interrelación de perspectivas –también objeto de reflexiones precedentes–* y al *recuerdo personal de esas tareas de “interdisciplinarietà”* (iniciadas juntamente con E. FOSAR BENLLOCH en 1973 a raíz de nuestro juvenil entusiasmo descubridor del volumen de A. J. ARNAUD). *Las referencias al punto de vista estructuralista acerca de los Códigos*, –en las posiciones de ARNAUD, FOSAR y A. HERNÁNDEZ GIL–, parecían de imprescindible mención en dicho lugar.
- He mantenido *mi visión o perspectiva historicista a lo largo de numerosos trabajos precedentes*, de los que se hizo mención. Aquí la reitero y reafirmo de nuevo, *máxime en orden al tema estudiado*.
- He usado el *método de la tridimensionalidad desde hace muchos años (1972/73)* y parece ser de resultados eficaces y notables. En combinación **con el perfil derivado del punto de vista estructuralista de la distinción entre las dimensiones estática (estructura) y dinámica (funcionamiento) del tema a estudiar**, parece tener un notable interés. De todo ello hice un detenido estudio y desenvolvimiento al ocuparme *en concreto de la temática de la “codificación civil” en España, y allí remito*.
- He intentado años atrás efectuar *unas reflexiones valorativas* y de posibilidades de solución de la vieja problemática codificadora, y allí remito.
- En este apartado que considero *a modo de “autocrítica” respecto de mis observaciones precedentes*, he procurado *una decantación acerca del concepto “codificación” bajo el triple aspecto de la tridimensionalidad*, decantación que entiendo ha ofrecido estos resultados:
 - * **Codificación como hecho.** Se ha dado *testimonio de una serie de hechos notorios* en orden al examen por mí efectuado años anteriores *respecto de unos puntos* relevantes y directamente relacionados con la temática examinada.
 - * **Codificación como normativa (norma jurídica).** Se ha recordado *la presentación efectuada años atrás en cuanto al análisis comparativo textual*, en horizontal y en vertical, de las respectivas normativas **estatal y autonómicas**.

La presentación fue *centrada en la dimensión estructural de tales normativas*, no sólo en cuanto al **cómo son tales normas** sino también en cuanto al **cómo se originaron**.

La dimensión funcional de tales normativas quedó por el momento aplazada.

- * **Codificación como valor.** Sentadas previamente *las consideraciones acerca de cuál sea la intrínseca justificación de la “codificación” como hecho social* y, por consiguiente, su posible instancia superior “legitimadora”, –así como su ubicación dentro de la escala de la jerarquía de valores– *consideraciones que van implícitas o subyacentes en las posiciones personales que cada autor adopta sobre el tema, ha parecido oportuno pasar revista a lo que, a mi juicio, han sido las diferentes “valoraciones” de nuestro civilistas aquí seleccionados.*

Parecía también conveniente finalizar este apartado reflejando esquemáticamente *aquellas “estimativas” personales de quien esto suscribe* en relación directa con el tema de la “codificación”.

III. Resumen comparativo actual

1. La evolución en la década 1988/1998: cuadros comparativos (Anexos)

Igual que hice en mis reflexiones precedentes al analizar la *evolución de las tareas codificadoras civiles durante el tiempo anterior al año 1988*, me ha parecido también oportuno el pasar revista a la evolución de tales tareas en estos últimos años.

Me había referido a *la evolución* producida en el movimiento codificador hispánico *durante la década siguiente (1988/1998)* con motivo de **mi comunicación-informe** a la “Comisión de Expertos” creada para la posible reforma del Derecho Civil de Baleares (121). En el Informe pre-

(121) Por *ACUERDO de fecha 16 de noviembre de 1998 de la Presidencia del GOVERN BALEAR* (BOCAIB, nº 153 de 1-12-1998, p. 18.512), se tomó la decisión de **crear una “Comisión de Expertos”** para el estudio de una posible reforma de la Compilación de Derecho Civil de Baleares. Recogía así un *acuerdo precedente de 9 de octubre de 1998* del Consejo de Gobierno y la Consellería de Presidencia.

Nombrado el jurista que abajo suscribe en representación de IBIZA, se me solicitó, en tal condición de experto en el tema, la elaboración de **un informe y unos cuadros comparativos de la situación actual –esto es, otoño de 1998–**, para el estudio subsiguiente por la citada “Comisión de Expertos”.

citado presentaba la *comparación* entre los datos normativos de las codificaciones civiles estatal y autonómicas *en los cuadros* que denominé **ANEXO I (1988)** y **ANEXO II (1998)**. Tales *cuadros* se acompañan de nuevo aquí, a los efectos de una mayor claridad expositiva.

Un nuevo cuadro comparativo, referido esta vez a la *evolución de tales tareas* que ha sucedido *en tan sólo un año (1998-1999)* –que título **ANEXO III (1999)**–, tengo ocasión de presentar ahora, de manera que procedo a incorporarlo al presente ensayo.

2. El “gap” jurídico como resultado

Es fácilmente perceptible de inmediato la gran fractura o desequilibrio producido entre la tarea codificadora civil estatal y las homónimas autonómicas. De donde el anglicismo por mí empleado, que responde adecuadamente a la realidad de la situación de hecho actual (122) y que no es sino el resultado de toda *una cadena de datos fácticos de todo tipo* precedentes.

Respecto de ese desequilibrio, desajuste o espacio abierto entre los ordenamientos civiles hispánicos territoriales y el ordenamiento civil estatal parece que nadie ha prestado atención ni interés. A la inicial y lógica sorpresa subsigue la normal pregunta del **porqué** –el “¿*cur?*?”– de esa especialísima situación fáctica producida entre nosotros. A la inicial cuestión de *ese “porqué”* quizá habría que sumar una curiosa y nueva pregunta acerca del “**porqué de ese porqué**”, pero no parece oportuno insistir ahora en ello. Creo bastante en este lugar aportar la referencia a *unas*

La referida “Comisión” cesó en su actividad pocos días antes de las nuevas Elecciones Autonómicas de Mayo 1999, entregando un *INFORME* al Govern Balear (*fechado* en Palma, Mayo 1999). Del *INFORME* citado cabe reseñar que *una de las conclusiones relevantes* era la conveniencia de creación de un organismo especial consultivo superior de asesoramiento y preparación de la legislación civil de las islas, denominado “COMISIÓN BALEAR DE DERECHO CIVIL”, *Comisión que sería adscrita a la Presidencia* de la Comunidad Autónoma.

Recientemente, *por Decreto 229 /1999 de 22 de Octubre, de la Conselleria de Presidencia del Govern Balear* (BOCAIB, nº 136 de 30-10-99, p. 14881), *se ha creado* la llamada “**COMISIÓN ASESORA DE DERECHO CIVIL**”. No tengo ulteriores referencias al día de hoy.

(122) V. el vocablo “**GAP**” en el “*COLLINS SPANISH-ENGLISH/ENGLISH-SPANISH DICTIONARY*”, de COLIN SMITH en colaboración con DIARMUND BRADLEY-TERESA DE CARLOS-LOUIS RODRIGUES-JOSÉ RAMÓN PARRONDO, editado por HARPER-COLLINS *Publischers*, Glasgow, *versión española de Ediciones Grijalbo, S.A.*, tercera edición, Barcelona, 1992 –en columna 2ª de p. 253 y columna 1ª de p. 254– *con los significados siguientes*:

“(natural) hueco/(*man-made*) abertura, brecha/(*between bars*) distancia, separación / (*in process*) solución de continuidad/(*in quality*) disparidad/(*malad-justement*) desfase, desajuste/...”.

previas reflexiones más sobre este mismo punto y tema (123) en cuanto a esa primera cuestión inicial propuesta, esto es, en orden al **porqué** de tal situación fáctica.

El intérprete podría quizás aventurar diversas variables a modo de otras tantas posibilidades o causas diversas que justificaran ese gran desequilibrio, y así cabría aludir a *causas de tipo subjetivo, de tipo objetivo o de tipo formal*. Todo ello, naturalmente, *desde el punto de vista conceptual o teórico*, dado que *sustancialmente* lo que se está intentando es barajar la posibilidad –más teórica que práctica– de evaluar o cotejar ordenamientos civiles territoriales –hoy devenidos “**autonómicos**”– de características técnico-jurídicas diferentes.

Sobre *el tema de la “actividad codificadora”* –esto es, de un especial “*leges ferre*” o “*leges facere*”– y, *en especial, en orden a Baleares*, el jurista que suscribe había anticipado su posición personal en otros lugares (124). A mi modesto parecer, fundamentado en los largos años de permanencia y de ejercicio profesional en estas Islas, la derivación “consuetudinaria” del especial Derecho Civil **de todas** las Islas aconsejaba tomar en cuenta la triple apoyatura de una amplia y sólida base popular, de un competente y preparado equipo interdisciplinario de juristas y de prácticos ejercientes del Derecho y de un necesario e imprescindible “consenso” entre todos los grupos políticos del arco parlamentario. A mi juicio, ese triple apoyo citado sigue siendo *sustancial en la fase de elaboración normativa de todo Derecho*, y no sólo el “foral”, hoy “territorial”, sino incluso desde la perspectiva estatal.

Hoy mismo, ante esa perspectiva globalizadora y presupuesto este punto de partida, *sigo insistiendo y pregunto: ¿CUR SIT DIFFERENTIA?*

- *¿Es de tipo subjetivo la diferencia?*

No parece, conceptualmente al menos, que las diferencias subjetivas o personales de quienes intervienen en la actividad codificadora resulten especialmente significativas, puesto que –de haberlas– parece cabría hablar de una cierta discriminación, lo que constitucionalmente está vedado por principio.

No parece, por tanto, asumible, una diferencia específica *en orden a los titulares reales de la actividad conocida como “Técnica Legislati-*

(123) V. **en mi libro** *Estudios sobre Codificación ...*, cit., pp. 345 y ss. y 349 y ss.

(124) V. **en mi libro** *Estudios sobre Codificación ...*, cit., pp. 409 y ss. y 421 y ss.

va" (125), tanto desde la perspectiva Estado-Comunidad Autónoma como desde la perspectiva de Comunidades Autónomas entre sí.

Podría quizás aceptarse que, *en función de* determinados y concretos grupos de población –sobre todo, *dependiendo de los sectores económicos* posiblemente afectados por una nueva normativa civil autonómica–, hubiera algún tipo de diferencia derivado de *las reticencias de base popular* (¿populista?) ante determinadas situaciones de hecho, v. gr. las denominadas “parejas de hecho” (126).

Podría también pensarse que, *en función de* las distintas posiciones de los grandes *Maestros* y de las consiguientes “*Escuelas Jurídicas*”, hubiera algún matiz esencial que imposibilitara una convención o nexo natural de unión de pareceres sobre el tema “codificación”.

Podría quizás argüirse que, sometidos *los políticos* a las grandes presiones sociales del día a día, el movimiento “codificador” les pilla con un pie cambiado y no hay tiempo para una reacción oportuna y rápida.

Podría pensarse en *una suma de todas estas posibles razones subjetivas*, aunque, a mi modo de ver, son *matices conceptuales* que no parece pudieran impedir llegar a un amplio “consenso” en el debatido tema ni justificar ese “**desequilibrio**” **obviamente tecnológico-jurídico** aquí apuntado.

• *¿Es de tipo objetivo la diferencia?*

No parece, *conceptualmente* al menos, que existan razones en cuanto al *contenido* de ese “desequilibrio”, dado que los problemas de los humanos son siempre los mismos. En consecuencia, a problemas concretos habrá que dar respuestas similares y también concretas.

(125) V. CAZORLA PRIETO, *op. cit.*: pp. 93 y ss., *espec.* 97 y ss.: titularidades general o especializada, difusa o concentrada, etc.

(126) Denominación que parece va a terminar por imponerse, *pese a la impropiedad e inexactitud del término importado desde Italia “de hecho” o “de facto”* (aunque el mismo jurista aquí firmante lo haya utilizado una vez a efectos sistemáticos). No pretendo ahora remitir a trabajos míos precedentes en esta materia, pero sí **reiterar mi formal y expreso rechazo a la palabra, por las razones obvias de:** la existencia de un organismo europeo (CONSEJO DE EUROPA) que sufragan, *o sea, pagamos todos*, todos los Estados miembros; la existencia de “**Recomendaciones**” a todos los Estados Miembros derivados de los *Acuerdos de los Consejos de Ministros*; la existencia de un amplio “consenso” institucional, político, cultural y **jurídico, en lo referente a la denominación oficial, que es la de “PAREJAS NO CASADAS” (COUPLES NON MARIÉS, UNMARRIED COUPLES).**

Para el lector avisado y curioso y para los estudiosos del tema ignorantes de todo esto, remito a la imprescindible consulta de las **ACTAS del “XI Coloquio de Derecho Europeo”, MESSINA 8-10 JULIO 1981 (“Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés”)**, Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1982: v. *allí, sobre todo*, las **PONENCIAS de los Profesores A. FALZEA** (pp. 152-162) y **W. MÜLLER-FREIENFELS** (pp. 62-120), **hoy por hoy definitivas –aunque ignoradas por más de uno– sobre este tema.**

Al cotejo entre las materias afectantes al contenido de esa actividad codificadora, me he referido en otros lugares (127).

En definitiva, *no parece que existan causas objetivas suficientes que justifiquen las diferencias aludidas.*

- *¿Es de tipo formal la diferencia?*

Aquí parece que hemos tocado fondo. Es **argumento apodíctico, de toda evidencia**, *el contenido de los datos normativos suministrados en los ANEXOS I, II y III, precitados, que aquí se acompañan.*

La pregunta clave es ahora: ¿por qué el DERECHO antes “COMÚN” (DE CASTILLA) –hoy el CÓDIGO CIVIL– no evoluciona, ni tiene señales ni posibilidades de hacerlo?

No parece quepa hablar de *diferencias cualitativas* en el “*modus operandi*” legislativo prototípico de cada Territorio del Estado con Derecho Civil propio, ni entre sí ni respecto del Estado.

No parece tampoco que existan *diferencias cuantitativas* en orden a la necesaria adaptación a la realidad social de los problemas emergentes de todo tipo y a las respuestas o comportamientos normativos postulados por los ciudadanos.

Habrá que pensar, en consecuencia, que **es posible que sea en la mecánica legislativa del Estado donde se ha producido el atasco**. Que la posible causa de ello sea *de tipo eminentemente formal*, organizativo, administrativo, etc., *es lo que han venido denunciando últimamente desde distintos sectores normativos* autores significativos y profesores autorizados (128).

A observar que *el movimiento codificador –un proceso en marcha*, según nos decía Don Antonio Hernández Gil– *parece detenerse* precisamente a raíz del cambio introducido por el *RD 1 agosto 1985*, que *reorganiza* la “Comisión General de Codificación” y *por el cual prácticamente se cesa al Presidente y se le sustituye* por el Ministro de Justicia.

3. El desenvolvimiento previsible

Incluso refiriéndome a un posible desenvolvimiento de cómo podrían producirse las cosas, el jurista abajo firmante había dedicado algunas

(127) V. en mi libro *Estudios sobre Codificación* ..., cit. pp. 350 y ss., 452 y 458 y ss.

(128) V. *precedentemente*, las citas de Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Antonio PAU PEDRÓN, etc.

reflexiones adecuadas **en mi Comunicación a las “V Jornadas de Derecho Catalán” en Tossa de Mar (129)**: de nuevo remito a las mismas.

Teniendo en cuenta que *aquellas previsiones, entonces quizás aventuradas, pero ya intuitas en 1988, han sido cumplidas con creces*, no parece deba extrañarnos el resultado general al que se ha llegado hoy en día: **la actividad legislativa autonómica** ha sido incesante y se desborda en cantidades ingentes (130).

Una vez más, a mi juicio entiendo *debo reiterar lo que dejaba escrito en su día*:

“El «viejo» derecho civil foral, luego derecho civil «territorial», ha devenido *en un campo más* del derecho AUTONÓMICO. A mi modo de ver, se ha procedido a una trasmutación aparentemente «formal» en base al *origen* de la norma, pero en el fondo y en el ámbito «material» el derecho civil foral ya es puro *derecho estatutario ...*”.

A mi entender, solamente con **un marco de referencia competencial claro** cabe llegar a intuir una solución a tan graves problemas. *Todo ello, dentro de una “Teoría General de las Normas”, como ya había precisado en su día.*

IV. Situación prospectiva. Aspectos prospectivos

Razonablemente considerada, y pese a la dificultad de su teórico planteamiento, una “prospectiva” general en este añejo tema de la “codificación” parece posible. Quizá cabría proceder a un resumen o compendio de algunas ideas subyacentes en nuestros ámbitos culturales actuales, y apuntar esta serie de *reflexiones o aspectos prospectivos*:

1. En orden al *quid nominis*

Parece últimamente imponerse entre nosotros *el par terminológico* “LEGÍSTICA-TÉCNICAS LEGISLATIVAS” (131).

(129) V. **en mi libro** *Estudios sobre Codificación ...*, cit. pp. 357 y ss. y 458 y ss.

(130) V. CORRAL DUEÑAS, F.: “Normativa autonómica, 1997-1998”, Tres Tomos, CER, Madrid, 1999: T.I, con 1.471 pp.; T. II, pp. 1.473-3.072; T. III, pp. 3.073-4.900.

A observar que en pocos años *el contenido de esta obra* ingente e impagable, que comenzó a editar el CER *en 1985* en un volumen se cierra ya **hoy con un total de casi 5.000 pp. en casi un sólo año**. Sin comentarios.

(131) V. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: (*op. cit.*) y L. M. CAZORLA PRIETO (*op. cit.*).

A observar que toda esta terminología quedó por mí analizada y reflejada en mi Conferencia en la “Academia Matritense del Notariado” (132), y que –en mi opinión– *queda subsumida o incapsulada dentro de una temática más general* conocida como “**CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN**”, *subdividida* a su vez en varias ramas o sectores por la doctrina germánica actual, *en una de cuyas ramas se encuadraría esa postulada entre nosotros* “Legística”.

2. En orden al *quid conceptus*

A mi modo de ver, ha quedado ampliamente evidenciada la gama de posiciones doctrinales al respecto y en función de los distintos sectores normativos o perspectivas posibles de análisis. *Remito al epígrafe II precedente*, en lo necesario.

3. En orden al *quid rei*

Parece que toda la esencia del tema “codificación” debe reconducirse a la diferenciación entre las dimensiones *estructural* y *funcional* del mismo.

Desde el punto de vista **estático**, lo que interesa de esa “estructura” es no sólo **cómo es** sino también **cómo se origina**. A todo ello me he referido en anteriores páginas. *Aquí la referencia obligada al “organismo” apropiado* parece inexcusable: en el ámbito **estatal**, remito de nuevo a las reflexiones de A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ.

Desde el punto de vista **dinámico**, parece debería pensarse en una cierta *articulación* o *vertebración* de los distintos organismos “Codificadores” civiles hispánicos. Me he ocupado de este punto en otros lugares (133), al analizar *las relaciones institucionales* bajo las dimensiones estructural y funcional de tales relaciones.

4. En orden al *quid valoris*

Analizadas precedentemente *las diferentes “estimativas” o valoraciones personales de cada autor seleccionado, incluidas las del jurista que suscribe*, en este lugar parece que sólo cabe apuntar al **hecho concreto** de que *la situación* de hipertrofia normativa autonómica y de “gap” técnico jurídico *pudiera implicar una discriminación efectiva, real, para determinados ciudadanos que ven cambiado su “status” normativo-social cuando*

(132) V. en mi libro *Estudios sobre Codificación* ..., cit. p. 423, y allí la nota 76.

(133) V. en mi libro *Estudios sobre Codificación* ..., cit. pp. 359 y ss.

cambian determinadas variables personales: traslados por trabajo a otras Regiones de Estado, matrimonio y cambios de domicilio de la pareja, estatuto sucesorio en función de la vecindad –aforada o no–, etc.

Apuntada esa *mi personal visión prospectiva en este punto*, me permito subrayar una materia de gran importancia y cuya *valoración efectiva por todos los súbditos del Estado (o Comunidad Autónoma, en su caso) –en definitiva, los reales destinatarios de las normas– es de relevante actualidad*. Se trata del **“derecho supletorio”**, tema siempre atrayente y siempre recurrente, entre los juristas *catalanes*, sobre todo (134).

La idea básica subyacente la presenta de forma muy clara E. ROCA TRÍAS

“... el *leitmotiv* que guía esta aportación es, precisamente, una nueva lectura sobre el tema del Derecho supletorio: **es decir, que quien manda intenta imponer su derecho, porque esta es una de las expresiones más claras de la soberanía, se diga *regalía* se diga propiamente *soberanía***. Y por esta razón no se puede permitir que elementos extraños puedan mandar a través de la aplicación de un derecho no creado por los organismos titulares de la soberanía, en definitiva, del poder ...” (135)

El argumento central del trabajo histórico de investigación de la profesora ROCA TRÍAS –frente al *argumento central de la codificación* de un “régimen jurídico íntegro”– reside en que conforme a los proyectos codificadores del siglo XIX el derecho que se mantenía “vigente” solamente podía considerarse en su integridad si conservaba los derechos supletorios.

La reflexión final de la profesora ROCA TRÍAS es que, con la Constitución de 1978, el cambio introducido en este punto consiste en que el derecho supletorio será un instrumento de relación entre los distintos ordenamientos conforme al artículo 149.3 CE. Termina E. ROCA diciendo que:

(134) Remito aquí a una *cadena imaginaria*: DURÁN Y BAS, ROCA SASTRE, FAUS ESTEVE, FIGA FAURA, J. VALLET DE GOYTISOLO, PUIG SALELLAS, PUIG FERRIOL, ROCA TRÍAS, etc. etc.

Remito aquí, *en especial*, a las espléndidas investigaciones de la Profesora Encarna ROCA TRÍAS (v. en la *Relación Bibliográfica*): *sobre todo*, “De nou sobre el Dret supletori...”, cit., en la obra colectiva citada a cargo de A. IGLESIA FERREIRÓS, pp. 563 y ss., **muy en especial pp. 572-579**.

Mi posición personal sobre este punto, reflejada en *escritos míos precedentes* –v. *Estudios sobre Codificación*, cit. pp. 412 y ss. y 419– aparece hoy actualizada en **mi libro reciente *Derecho de Ibiza: pasado y futuro***, pp. 381 y ss.

(135) V. ROCA TRÍAS, E.: *De nou sobre el Dret supletori*, cit., p. 565 (**traducción del catalán y subrayados míos: J.C.G.**).

“con la selección de la documentación presentada en su trabajo ... la historia nos enseña que los argumentos no cambian. Siempre se vuelve a lo mismo, porque la idea básica está en el ejercicio del poder y el concepto de soberanía”.

“**La racionalidad de un Código único es solamente un argumento que esconde otro tipo de «racionalidad»: la de un poder único.** Los medios para la concentración de la soberanía y del consiguiente ejercicio de este poder son diversos, es verdad. Pero los argumentos han de ser forzosamente redundantes”. (136)

5. En orden al *quid fines*

Parece concorde la doctrina en afirmar que *el fin último del Derecho* reside en que viene a satisfacer unas necesidades sociales de acuerdo con las exigencias de la justicia y demás valores jurídicos implicados por ésta. *Se trata, por consiguiente, de averiguar en cada caso cuáles* son los tipos generales de necesidades humanas sociales que todo Derecho intenta satisfacer. **En nuestro tema en examen, habrá que ver qué tipo de necesidades sociales intenta realizar la “codificación”.**

A este examen y este análisis han dedicado buena parte de sus especulaciones y argumentos la mayoría de los autores que han estudiado este permanente tópico, y de muchas de tales argumentaciones nos hemos ocupado en páginas precedentes, a las que remito.

El gran tema fundamental de cuál sea el supremo fin del Derecho –con su corolario de la exigencia de la Justicia y de los valores jurídicos a ella conexos– conduce inexorablemente a la exigencia del *reconocimiento del valor supremo (FUNCIÓN ESENCIAL)* de la dignidad de la persona humana.

Como consecuencia de lo expuesto, parece posible concluir que, en orden a las funciones o fines de toda obra codificadora, la posición personal de cada autor será decisiva y la adecuación con el supremo fin del Derecho la señal de una actitud ajustada. En un rápido repaso selectivo, cabría decir que para nuestros civilistas **la “codificación” implica funciones o fines varios:**

- Tecnificación de los actos de preparación y elaboración de la ley; democratización del derecho derivada de una auténtica voluntad colectiva y traducida en un sistema de convivencia regido por el Estado y con vocación de sometimiento al derecho (A. HERNÁNDEZ GIL).
- Tecnificación y racionalización del mundo jurídico; simplificación normativa; progreso jurídico, político y económico; como sistema de símbolos de representación de una información (L. DíEZ-PICAZO).

(136) V. op. cit., p. 579 (traducción y subrayados míos: J.C.G.).

- Democratización de las relaciones sociales y del derecho; ejercicio sin bloqueos de la autonomía y del autogobierno (J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ).
- Re-lectura del derecho supletorio; conexión con la idea de soberanía (E. ROCA).
- Re-ubicación de la problemática dentro de la “Teoría General de las Normas”; re-planteamiento del tema de las fuentes normativas; adecuación de la tarea codificadora al principio fundamental del valor superior de la dignidad de la persona humana (J.C.G.).

V. Tareas pendientes hoy. Dimensiones o aspectos de la “codificación”

Al uso por mi parte de la perspectiva tridimensional sobre el tema de la “codificación” en alguno de mis escritos precedentes, debería seguir aquí en este momento y lugar el servirme ahora de este método en orden a *la serie de tareas que el intérprete u operador del derecho tiene hoy ante sí* cuando se enfrenta al tema “codificación”.

En las variadas dimensiones o aspectos en que este método se despliega, hago referencia a **los tres perfiles conocidos: fáctico, normativo y valorativo**. Todo ello en la forma que sigue:

1. Aspecto fáctico (en cuanto a los hechos)

A mi parecer, son de notoria importancia *los datos fácticos que siguen*:

- * La necesidad de no identificación de “Codificación” con Código Civil.
- * La evidencia de **una “tercera generación” de Códigos**, que apunta a la idea de **una “recodificación”**.
- * La amenaza de las “Directivas” de la Comunidad Europea.
- * El movimiento doctrinal europeo compartido (¿globalización?) en orden a la conveniencia de un “consenso” acerca del tema de los nuevos “códigos”.
- * El postulado de la necesidad de un compromiso de más de una generación para llevar a ejecución un amplio programa de individualización de un sistema del Derecho Civil armonizado conforme a los principios constitucionales (137).

(137) Así, en P. PERLINGIERI: v. la cita **en mi libro** *Estudios sobre Codificación ...*, cit., pp. 460-461.

- * La evidencia de una falta de madurez para la elaboración de un nuevo Código Civil, por no existir la amplia base de fuerzas políticas, económicas y sociales en la concorde valoración de los intereses a tutelar (138).
- * El *dato objetivo del “consenso” obtenido* para llegar en 1978 a la aprobación de la Constitución Española, que sugiere el argumento “a simili” como posible “tendencia” en el movimiento codificador del futuro.
- * La urgencia en el desenvolvimiento legislativo de *los sectores normativos* dedicados a un “Código Concursal” y a un Código General de las Obligaciones”.
- * El retraso injustificado en la salida o solución a viejos problemas pendientes en materia de vecindad civil, ley de conflictos “inter-regionales” (o “intra-nacionales”, al decir de hoy) y superación o eliminación de posibles discriminaciones anticonstitucionales por cambios de domicilio, etc.

2. Aspecto normativo (en cuanto a las normas)

Parece primordial en este punto el acometer sin demora *una reforma en profundidad del ámbito normativo atinente a la “codificación”*, lo que implica una serie de **opciones o variables posibles**:

- * La elección, re-ubicación, re-diseño, re-organización, etc. del “**organismo**” apropiado para la tarea codificadora.
- * La elección de **los tipos de “técnica legislativa” adecuados** para la tarea, sin dejarnos deslumbrar (¿de nuevo?) por ejemplos extraños. O, de otro modo, *no parece* que quepa reconducir toda la materia a la llamada codificación “de derecho constante”, ajena a nuestra praxis habitual, y sí, en cambio, asumir como *postulables* las tareas de “**recodificación**” en el sentido apuntado por nuestra más autorizada doctrina.
- * La conveniencia de *una articulación clara de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, así como la *adscripción concreta de las “titularidades reales” de las técnicas legislativas*.

(138) Así, en S. PASARELLI: v. la cita **en mi libro** *Estudios sobre Codificación* ..., cit. p. 462.

3. Aspecto valorativo (en cuanto a los valores)

Parece fundamental *eliminar* el doble “gap” jurídico hoy existente y *re-definir el valor “codificación” dentro de la jerarquía de valores.*

A tal efecto, habría que considerar

- * La conveniencia de reducir el “gap” jurídico derivado del cotejo de normativas de los distintos territorios hispánicos (entre sí, y con relación al Estado).
- * La conveniencia de excluir el “gap” jurídico derivado de la hipertrofia de tareas del Tribunal Constitucional.
- * La *ubicación exacta* del valor “codificación” *dentro de* la escala o jerarquía de valores, **en función siempre de su adaptación al principio superior de dignidad de la persona humana.** O, de otro modo dicho, debe entenderse que *“la Codificación se ha hecho para el hombre y no el hombre para la Codificación”.*
- * La aclaración –por la vía interpretativa, o normativa, en su caso– de *la remisión general del artículo 149.3 CE.*
- * La re-definición de **la analogía “iuris”** y su aplicación al **derecho supletorio.**
- * La *ubicación del principio de auto-integración normativa, dentro del proceso interpretativo de determinación o concreción del derecho* (139). Es lo que J. VALLET denominó “el proceso interpretativo posterior a la pre-comprensión”: *en especial*, selección de las normas, intelección de las normas, conexión hechos-derecho y formulación de la *quaestio*, y concreción de lo interpretado como explicación jurídica del hecho (*o sea*, del derecho que en éste subyace).

– Una segunda recapitulación

La exposición precedente, ya de por sí algo fatigosa para el paciente lector, puede verse facilitada con el recurso a un nuevo alto en el camino, que nos permita unas breves consideraciones recapitulatorias, *a modo de una segunda recapitulación*, centrando algunas de las ideas expuestas. Todo ello, en la forma que sigue:

(139) V. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorámica general de la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 79 y ss., *en especial* 87 y ss. y 91-92: v. allí la referencia a K. LARENZ y a la “precomprensión” que todo jurista necesita.

- 1º. *La evolución de los datos normativos presentada* mediante los cuadros comparativos (v. **ANEXOS**) permite detectar el cumplimiento exacto de mis previsiones o anticipaciones **de 1988**.
- 2º. El grave desequilibrio –calificado a mi juicio como “gap” jurídico– que se ha producido permitiría indagar, conceptualmente al menos, acerca de las posibles *causas o “porqués”* de dicha situación.
- 3º. *La fase de elaboración normativa*, que parece puede entenderse como que descansa en una triple apoyatura social aludida, presenta *graves diferencias* entre los diferentes sistemas normativos hispánicos.
Se ha intentado profundizar en *las razones* de tipo subjetivo, objetivo o formal, que permitan explicar o justificar esas diferencias de normativas.
- 4º. *La actividad normativa autonómica* ha tenido *el previsible desenvolvimiento* por mí auspiciado en 1988 –**esto es, un aumento desmesurado**– y ha motivado que en poco más de un año el volumen de “normativa autonómica” abarque casi 5.000 páginas.
- 5º. Planteada *una situación prospectiva* como posible, se han analizado *los diversos aspectos prospectivos*, tales como los relativos al *quid nominis*, al *quid conceptus*, al *quid rei*, al *quid valoris* (básico) y al *quid fines*.
- 6º. Las posibles *tareas a desarrollar por el jurista avisado de hoy* pasan por una reflexión de *las dimensiones o aspectos* fáctico, normativo y valorativo, en relación con el tema de la “codificación”.
- 7º. De todos esos aspectos o dimensiones *son aquí relevantes en el ámbito fáctico* aquellos relativos al movimiento de la llamada “recodificación”, la conveniencia de un “consenso” generalizado sobre el tema de los nuevos “Códigos” y la urgencia en la solución de los conflictos “interregionales” y derivados del cambio de vecindad civil.
- 8º. *En el ámbito normativo* es relevante el papel de la nueva rama de la “Ciencia del Derecho” conocida como “LEGÍSTICA” y la elección de las actividades o tipos de técnicas legislativas adecuadas para tal tarea, así como el re-diseño o nuevo papel del “organismo” apropiado para la tarea codificadora.
- 9º. *En el ámbito valorativo* son relevantes las “estimativas” tendentes a la eliminación del doble “gap” jurídico, a la exclusión de la quiebra constitucional y reducción del papel del Tribunal Constitucional, a la ubicación del derecho supletorio y a **la adaptación del valor “codificador” en la jerarquía de la escala de valores dentro de nuestro ordenamiento jurídico**.

– Unas reflexiones finales

- Obviamente, si se ha procedido correctamente en la exposición precedente a la presentación de aquellos puntos de mayor relieve en orden a la doble referencia al tema de la codificación y a la persona de Don Antonio Hernández Gil, parece también ahora posible dar cima a este ensayo con *unas consideraciones concluyentes*.
- He de referirme, por consiguiente, a *la serie de ideas que se han ido decantando al efectuar las consiguientes recapitulaciones* primera y segunda, en la forma dicha.
- Intentada la conclusión de este ensayo mediante las presentes reflexiones que *no pretenden* dar por cerrado el tema (esto es, resuelto el permanente tópico), parece podrían reconducirse a algunos de *los puntos siguientes*:

1°. El recuerdo de la magdalena proustiana asociado por UMBERTO ECO al arte de la memoria espontánea suponía para el jurista abajo firmante el recuerdo de mis encuentros personales con Don Antonio Hernández Gil, recuerdo asociado a su vez con el gran tópico de la codificación civil española.

2°. Si *la aproximación del abajo firmante al tema “codificación” venía en parte predeterminada* por reflexiones y proposiciones por mí **postuladas antes de 1988**, parece que tales reflexiones van emparentadas o son encajables dentro del prototípico “enjuiciamiento subjetivo” o “pre-comprensión” personal mía acerca del tema.

3°. Inicialmente *no adscrito el abajo firmante a métodos o escuelas determinados*, en cada momento y lugar hizo uso del *método o canon hermenéutico que le pareció más oportuno*, sin la pretensión diferenciadora de “no ser como X”, aunque con alguna tendencia a la metodología tridimensional.

4°. Teniendo en cuenta que *los aspectos terminológicos o conceptuales acerca de nuestro tema* son muy variables y dependen de la personalísima posición de cada autor o investigador de esta materia aquí en examen, *se ha tratado de presentar una cuidadosa selección de autores dentro de cada uno de los sectores normativos* o perfiles más relevantes (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Historia del Derecho, Derecho Civil).

5°. *Básica, como siempre, la aportación de los civilistas*, se han *seleccionado* diversos autores (CASTÁN VÁZQUEZ, LÓPEZ Y LÓPEZ, DÍEZ-PICAZO, PAU PEDRÓN, NAVARRO FERNÁNDEZ) y se ha dedicado *una atención muy preferente a la figura de Don Antonio Hernández Gil*.

Dentro de este apartado especial referido a Don Antonio, se han presentado sus variadas posiciones en orden al tema “codificación” intentando el paralelismo con posibles “actitudes” suyas en orden a la “cuestión foral”. Se ha presentado también la gran cuestión del porqué de “los silencios” de Don Antonio en las etapas finales de su vida.

6°. A la hora de resumir *las distintas “estimativas” o “valoraciones” de los civilistas aquí seleccionados acerca del tema “codificación”*, podría postularse que:

- A. HERNÁNDEZ GIL: podría figurar a modo de una línea ondulada u oscilante, en función de su concepción del tema como un proceso en marcha con dinamicidad interna o “*per se*”.
- J. M. CASTÁN VÁZQUEZ: vendría a ser una línea continua caracterizada por los valores del humanismo y de la tendencia a la Justicia.
- L. DíEZ-PICAZO: el valor central lo ocupa su búsqueda del “*iustum*” concreto centrado en la codificación, resumido en las distintas funciones que despliega en el ordenamiento jurídico y en el realce del valor semiótico del concepto “Código”.
- J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ: el valor central reside en la democratización del derecho y el realce de la autonomía o autogobierno.

7°. *Respecto del jurista que abajo suscribe, dejando a un lado todas mis reflexiones precedentes sobre el tema ya apuntadas, parece –a mi juicio– esencial prestar atención al **quid rei** y a la necesaria distinción entre las dimensiones **estática** (cómo es, cómo se origina o produce) y **dinámica** (cómo funciona) de la “codificación”. Distinción de la que me había ya ocupado años atrás.*

En el ámbito valorativo, parece conveniente recordar también ahora las anticipaciones del abajo firmante en cuanto a los valores de utopía, “Legística”, conversión de los “Derecho Forales” en “Derecho Autonómico” y postulación de la re-inserción del tema global dentro de la “Teoría General de las Normas”.

8°. Al grave *desequilibrio normativo (gap jurídico)* se le ha intentado buscar *posibles causas*, bien de tipo subjetivo, objetivo o formales.

La evolución de los datos normativos presentados –mediante cuadros comparativos (1988-1998-1999)– permite detectar el cumplimiento exacto de mis iniciales anticipaciones de 1988. En la forma actual el ritmo previsible de la “normativa autonómica” no es siquiera calculable ni para un solo año.

9°. *El análisis de los diversos aspectos prospectivos* ha permitido detectar: el incremento del estudio de las “Técnicas legislativas”, el examen del papel del organismo “codificador” desde la perspectiva estatal, la falta de articulación institucional de los distintos organismos “codificadores” civiles hispánicos, las posibles discriminaciones reales de ciudadanos en virtud de un simple cambio de residencia por variación de la vecindad civil, la importancia y ubicación del derecho supletorio y las necesidades sociales a las que la “codificación” intenta dar realización efectiva.

10°. Obviamente *el jurista de hoy tiene ante sí una multitud de actividades* a desarrollar y un conjunto de *tareas pendientes* de ejecución que le transmitieron los juristas que le precedieron.

De entre tales tareas pendientes he intentado *seleccionar* algunos **puntos concretos** en relación con los ámbitos fáctico, normativo y valorativo. *De entre esos puntos parece deberían destacarse:* el movimiento de la “recodificación”, la conveniencia de un “consenso” generalizado sobre los nuevos “Códigos”, la aparición de la nueva rama jurídica (LEGÍSTICA) relacionada con el tema “codificación”, el nuevo papel del “organismo” adecuado para las tareas codificadoras, la ubicación del derecho supletorio y la adaptación o inserción del valor “codificador” dentro de la jerarquía de valores de nuestro ordenamiento jurídico.

- Habría ya que *finalizar aquí este mi ensayo o aproximación al tema*. No quiero hacerlo sin volver otra vez a lo que he denominado “**los silencios de Don Antonio**”, y para ello he recordado también las palabras llenas de sentido que le dedicaba otro gran Presidente de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO:

“No olvidemos que, él, jamás hacía nada sólo para salir del paso; que todo lo trabajaba a conciencia, lo pensaba, repensaba, pulía y repulía ...” (140)

De nuevo vuelvo a preguntar acerca del valor de “los silencios” de Don Antonio Hernández Gil (1981-1985-1993), y de *sus posibles sentidos* referentes a posiciones o actitudes suyas vitales en el tema “codificación” (¿tesis de 1969-70?, ¿tema cerrado: 1981?, ¿tendencia al “consenso”?)..

(140) V. VALLET DE GOYTISOLO, J.: *El Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil ...*, op. cit., pp. 27-28.

- Intentaba quizás el abajo firmante *encontrar, a través de esta indagación* acerca del “silencio” de Don Antonio sobre el tema “codificación”, *unas señales o balizas* que delimitaran *un camino seguro al intérprete jurídico del futuro*, en esa odisea nietzscheana y musiliana del camino de retorno a Itaca (141). ¡Quizás no he logrado encontrar señales, ni hallar camino, incluso sería posible que el camino no exista!
- Me parece, por tanto, que **esta pretensión mía, en tanto que utópica** (esto es, lugar imposible/lugar de la dicha), *viene a desenvolver un espacio mental interior, pero en tanto que recuerdo “proustiano” supone un trayecto vital personal y un viaje de la memoria en el tiempo*. Y dado que **la memoria no es lineal sino circular y siempre regresa a los orígenes**, parece ahora oportuno *que yo vuelva al origen de este ensayo*, esto es, a *ideas* acerca de nuestro tema venidas una vez más de la mano de UMBERTO ECO:

“La metáfora del Código, incluso cuando ha sido mera metáfora, al menos ha respondido siempre a una obsesión unificadora: la dialéctica entre ley y creatividad o –según las palabras de APOLLINAIRE– «la lucha constante entre el Orden y la Aventura»” (142).

(141) V. la cita de N. IRTI, “Il ritorno ad Itaca. Dialogo tra giuristi amici”, en la revista *Rassegna di Diritto civile*, 4186, pp. 852 y ss. – **La crítica de dicha tesis**, en P. CAPELLINI, “Che cosa significa pensare (giuridicamente)?”, en el vol. *colectivo citado*, ed. de A. IGLESIA FERREIRÓS, cit., pp. 27 y ss.

(142) V. ECO, U.: “Semiótica y Filosofía del Lenguaje”, cit., p. 340.

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

Unos años atrás (entre “los 70” y finales de “los 80”) la doctrina española solía apuntar la escasez de estudios y trabajos especializados sobre esta materia de la codificación y, en especial, en relación con la codificación civil en España. *En la actualidad*, el contraste con aquella parvedad es tremendo y enorme la abundancia de obras y artículos sobre este punto. Por consiguiente, aquí me limito a dejar constancia de **las referencias mínimas de citas doctrinales** con las que he contado para abordar este pequeño ensayo, dejando quizás para mejor ocasión el análisis de otras tantas obras para un más amplio y profundo tratamiento de esta gran temática nuestra. *Todo ello, además, partiendo del dato inicial –con ligerísimas y contadas excepciones– de finales del año 1988*, fecha de **mi Conferencia** sobre este punto, luego citada.

La ordenación de las obras sugeridas se presenta en forma alfabética, para más fácil ubicación, y *dentro de este orden* arbitrario muy personal se insertan las aportaciones *según el año de su publicación*, desde las de mayor a las de menor antigüedad.

ALONSO PÉREZ, Mariano: “Ideal Codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”, en el Tomo I de la obra conjunta de AA.VV. precitada de la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, pp. 17-50.

ALPA, Guido: “1995-2095, Cent anys de Dret Civil”, en la *Revista Jurídica de Catalunya*, Número Extraordinario del Centenario 1895-1995, año 1997, pp. 83-145.

ARBÓS, Xavier: “La Constitución y el Derecho actual”, en el LIBRO-HOMENAJE al Profesor J. M. GAY i ESCODA titulado *Estat, Dret i Societat al segle XVIII*, por la Associació Catalana d’Historia del Dret “Jaume de Montjuïc”, edición de Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, Barcelona, 1996, pp. 15-25.

ARNAUD, André-Jean: “Essai d’analyse structurale du Code Civil français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)”, con un *préface* de M. VILLEY y un *postface* de G. MOUNIN, éditions de la LGDJ, París, 1973.

AA.VV.: “El Centenario del Código Civil en el Tribunal Supremo” (Ciclo de Conferencias organizado por la Presidencia del Tribunal Supremo y su Gabinete Técnico de Documentación e Información en conmemoración del Centenario del Código Civil, 1889-1989), edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Impr. AGESA, Madrid, 1989.

AA.VV.: “Centenario de la Ley de Bases del Código Civil” (Ciclo de Conferencias sobre la Ley de Bases del CC), ed. del “Centro de

- Estudios Hipotecarios” del “Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”, Impr. J. San José SA, Madrid, 1989.
- AA.VV.: *Cent anys de Codi Civil des de Catalunya* (“Materials V Jornades de Dret Català a Tossa”, Tossa de Mar, 27-30 de setembre, 1988), ed. PPU. (Promociones Publicaciones Universitarias), Barcelona, Primera edición, 1990.
- AA.VV.: *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, editorial “Centro de Estudios RAMÓN ARECES”, dos tomos, Madrid, 1990.
- AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, obra colectiva dirigida por los profesores Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, Ediciones del “Centro de Publicaciones” del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Impr. Gráficas Arias Montano SA, dos tomos, Madrid, 1991.
- AA.VV.: “Seguridad jurídica y Codificación”, en la colección de *Monografías* del “Centro de Estudios Registrales”, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Imprenta J. San José, SA, Madrid, 1999.
- BONET RAMÓN, Francisco: “Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil, 25 años en la Academia” (“Laudatio” o “alabanza” del Académico Excelentísimo Señor Don Antonio Hernández Gil en el Vigésimo quinto aniversario de su solemne recepción), en el volumen nº 23 de los *Anales* de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, Impr. de Gráficas San Marcos, SL, Madrid, 1993, pp. 237-259.
- BRAIBAN, Guy: “El modelo francés de la nueva codificación”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. *Seguridad jurídica y Codificación*, pp. 89-101.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María:
- “Don Antonio Hernández Gil, Presidente de la Comisión General de Codificación”, en la *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1969, pp. 550-558.
 - “La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas”, **Discurso en su Recepción Pública como Académico de Número** en la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” de Madrid el día 23 de Enero de 1984 (y Contestación por el Presidente de la Academia Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil), ed. de la RAJL, Impr. Suc. de Rivadeneyra SA, Madrid, 1984.
 - “La visión de las leyes en la literatura de utopía”, **Lección Inaugural** del Curso 1990-1991 de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, ed. Gráficas Ortega, Madrid, 1990.

– “La Codificación como un hecho actual”, *sobretiro o separata* del LIBRO GUIÓN HOMENAJE al Dr. D. Luis MOISSET DE ESPANÉS, titulado “ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, pp. 571-584.

CAZORLA PRIETO, Luis María:

– “La codificación como función de los poderes públicos en el Estado contemporáneo. El caso español”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. *Seguridad jurídica y Codificación*, Conferencia del 16 de Junio de 1998 en el Colegio de Registradores de Madrid, pp. 31-71. **(Constituye este artículo la PARTE PRIMERA –pp. 23-81– de su posterior libro que seguidamente se reseña, de Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999).**

– *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, con un Prólogo de Aurelio Menéndez, Colección “Divulgación Jurídica” de Aranzadi Editorial, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

CERDÁ GIMENO, José:

– **Recensión de la obra de J. F. LASSO GAITE** “Crónica de la Codificación española. Tomo IV. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)”: en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Segunda Época, Tomo LXXXIII, nº 251 de la colección, agosto de 1981, pp. 231-234.

– “Unas reflexiones sobre la inacabada tarea codificadora civil”, **Comunicación** a las “V Jornadas de Derecho Catalán en Tossa”, Tossa de Mar 27/30 de septiembre de 1988, en el volumen de dichas “Jornadas”, Barcelona, 1990, pp. 355-394: **ahora formando parte** como Capítulo 1º del Epígrafe 2º **de mi libro** *Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales*, ed. del “Centro de Estudios Registrales” del “Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”, Impr. J. San José, SA, Madrid, 1993, pp. 329-371.

– “Breves reflexiones sobre la insularidad y la temática de la codificación civil”, **Conferencia** pronunciada en la “Academia Matritense del Notariado” el día 24 de noviembre de 1988, publicada en la colección *Anales de la Academia dicha*, Tomo XXIX, Madrid, 1990, pp. 389-491: **ahora formando parte** como Capítulo 2º del Epígrafe 2º **de mi libro** *precitado Estudios sobre Codificación...*, pp. 373-473.

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé:

– “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”, en el volumen *Quaderni Fiorentini* (Per la storia del pensiero giuridico moderno), nº 18, ed. A. Giuffrè, Milano, 1989, pp. 79-145.

– “Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)”, en el volumen colectivo de AA.VV. titulado *Derecho Privado y Revolución burguesa*, correspondiente al “II

Seminario de Historia del Derecho Privado”, Gerona 25-27 de Mayo de 1988, coordinación de Carlos PETIT, ed. de Marcial Pons Ediciones Jurídicas, SA, Madrid, 1990, pp. 53-85.

– “Codificación civil, Revolución constitucional”, en el volumen titulado *Razón de Estado, razón de individuo, razón de Historia*, ed. del “Centro de Estudios Constitucionales”, colección “Historia de la Sociedad Política”, impr. Closas-Orcoyen, SL, Madrid, 1991, pp. 61-128.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis:

– “Iusnaturalismo y Pandectismo en las grandes codificaciones modernas”, en el volumen titulado *Derecho civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, en la colección “Monografías de la editorial Civitas”, SA, primera edición, Madrid, 1988, pp. 95-128.

– “La “cultura jurídica” del Código Civil: Una aproximación a su estudio”, en el TOMO I de la obra conjunta de AA.VV. precitada de la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, pp. 663-690.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro (y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos): “Derecho civil navarro y codificación civil en España”, en la *Revista Jurídica de Navarra*, nº 6-vol. I, julio-diciembre de 1988, pp. 65-84, en especial pp. 69 y ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:

– “Codificación, descodificación y recodificación”, en la revista *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, Fascº. II, abril-junio 1992, pp. 473-484.

– “Experiencias jurídicas y Teoría del derecho”, en la colección ARIEL de la editorial ARIEL, tercera edición corregida y puesta al día, Barcelona, septiembre de 1993, **espec.** pp. 110 y ss. y 157 y ss.

ECO, Umberto:

– *Semiótica y filosofía del lenguaje*, **traducción de R. P.**, colección “Palabra en el tiempo”, Editorial Lumen, primera edición, Barcelona, 1990, pp. 56 y ss. y **espec.** pp. 289 y ss.

– *Los límites de la interpretación*, **traducción de Helena Lozano**, colección “Palabra en el tiempo”, Editorial Lumen, primera edición, Barcelona, 1992, pp. 36 y ss., 239 y ss., 283 y ss. y 357 y ss.

– *El futuro del libro*, **colaboración** en el volumen de idéntico título de AA.VV., comp. de Geoffrey NUNBERG y traducción de Irene NÚÑEZ ARÉCHAGA, Editorial Paidós, Barcelona, 1998: **publicado en forma de artículo** en la Revista “LATERAL”, abril de 1998, pp. 32-33.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego:

– “Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, Tomo I, pp. 825-849.

- “Las ramas autónomas del Derecho y la unidad del ordenamiento jurídico”, en el volumen colectivo titulado *Libro-Homenaje a Jesús López Medel*, edición del “Centro de Estudios Registrales”, dos tomos, Impr. J. San José, SA, Madrid, 1999: en el Tomo I, pp. 157-174, en especial **epígrafe II. El siglo de la codificación**, pp. 161 y ss.
- ESSER, Josef: “La interpretación”, **traducción de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO**, en la Revista *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva época, Tomo III, Madrid, 1986, pp. 41-73.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: “Los Códigos civiles: problemas que plantea su estructura”, Madrid, agosto de 1973 (**Texto inédito** –compuesto de 63 páginas y otras XVI de Notas– del que dispuse en su día y dispongo hoy, por su amabilidad).
- GIL CORTIELLA, Arcadio: “En el Centenario del Código civil”, artículo en la Revista *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, año 1992, pp. 1.639-1.665.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio:
- “Reflexiones sobre el Derecho foral y la unificación del derecho”, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Enero de 1955, edit. I. E. Reus, Madrid, 1955.
 - “Formalismo, antiformalismo y codificación”, **Discurso** en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca el día 18 de septiembre de 1970, ed. de la “Comisión General de Codificación”, Madrid, 1970.
 - *Metodología de la ciencia del derecho*, tres volúmenes, Madrid, 1971.
 - Distintas **Ponencias ante el Pleno de Académicos Numerarios** de la “Real Academia de Juirsprudencia y Legislación” de Madrid, publicadas posteriormente en la Revista **ANALES** de dicha Academia: v. en especial, las de los números 1 (1973), 3 (1975), 9 (1981) y 14 (1984).
 - Diversos **Discursos de Inauguración** de los respectivos “Cursos Académicos” de la referida Academia, publicados y entregados “in situ”: en especial, los de los años 1986-87 (La sentencia y el estilo judicial), 1988-89 (El lenguaje en el Código civil) y 1991-92 (El lenguaje del Código civil, segunda parte).
 - “La ciencia jurídica tradicional y su transformación”, en la colección “Cuadernos CIVITAS”, Ed. Civitas, SA, primera edición, Madrid, 1981, pp. 78 y ss., 100 y ss. y 116 y ss.
 - “La contemporaneidad en la filosofía del Derecho”, **Discurso de Inauguración** del Curso Académico 1985-86 el día 25 de noviembre de 1985: Publicaciones de la RAJL, Impr. Suc. de Rivadeneyra, Madrid, 1985.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Nota Preliminar” al libro de F. GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Reimpresión de la edición de 1852 de Madrid, dos tomos, editorial BASE, Barcelona, 1973 (Zaragoza, septiembre de 1973, pp. III-X).

LALINDE ABADÍA, Jesús:

- “La creación del derecho entre los españoles”, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1966, pp. 301-377.
- “Apuntes sobre las «ideologías» en el Derecho histórico español”, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1975, pp. 123-157.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos:

- *Autonomías y derecho privado en la Constitución española*, Editorial Civitas, SA, Madrid, 1980.
- “El Derecho civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, Tomo II, pp. 1.105-1.138, **en especial epígrafe 5**, pp. 1.129 y ss.
- *Principios de Derecho Civil. Tomo Primero (Parte General y Derecho de la Persona)*, Editorial Trivium SA, Impr. de Edigrafos, SA, Cuarta edición, Madrid, septiembre de 1995: **en especial epígrafe 2 (La Codificación y los Derechos Forales)**, pp. 44 y ss. y 55 y ss.

LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española. Tomo IV– Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, dos tomos, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel María: “Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho civil”, Tomo II, pp. 1.163-1.176.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.:

- “La Codificación civil en España (Síntesis de un proceso)”, en la *Revista de Derecho Privado*, año 1981, pp. 1.083-1.101.
- “El Código civil o la codificación del derecho castellano”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, Tomo II, pp. 1.205-1.230.

MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: “Derecho judicial y Código Civil (Función interpretadora, correctora o integradora)”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, Tomo II, pp. 1.275-1.297.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (y DE PABLO CONTRERAS, Pedro): “Derecho civil navarro y Codificación civil en España”, en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 6-Vol. I, julio-diciembre de 1988, pp. 65-84, **en especial pp. 69 y ss.**

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio:

- “La calidad de las leyes y la reforma de la Comisión General de Codificación”, **Comunicación al Pleno de Académicos de Número de**

- la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación” los días 2 y 9 de Marzo de 1998, publicada en la revista de la RAJL *Anales*, nº 28, Madrid, 1998, pp. 242-266.
- “La Comisión General de Codificación y la elaboración de las leyes”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. *Seguridad jurídica y Codificación*, pp. 15-29.
- MOTILLA, Agustín: “La Codificación como técnica de producción legislativa”, en la *Revista de Derecho Privado*, año 1987, pp. 545-574.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio: “Constituciones, Códigos y Fueros. La Codificación civil en España y la cuestión regional”, en la revista *Actualidad Civil*, nº 35, semana del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1994, Epígrafe XXXV (Doctrina), pp. 677-711.
- PAU PEDRÓN, Antonio:
- “La segunda codificación”, **colaboración** para el *Libro-homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Editorial “Centro de Estudios Registrales”, Impr. J. San José, SA, Madrid, 1998, pp. 19-37.
- “La segunda codificación”, **artículo** para la obra colectiva conjunta precitada de AA.VV. *Seguridad jurídica y Codificación*, pp. 73-88.
- PEÑALVER DE LA CALLE, José Fernando: “Don Antonio Hernández Gil y la Comisión General de Codificación”, en la obra *Libro Conmemorativo del Centenario del Código Civil* dirigida y coordinada por el profesor Don Francisco Rico Pérez, Madrid, 1989, Tomo II, pp. 358 y ss.
- PONS IRAZAZÁBAL, Félix: “¿Deben hacer las leyes los juristas?”, **Conferencia** en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, Noviembre de 1997 (INÉDITA: pero difundida mediante la Circular nº 92 de la “Comisión de Cultura” de dicho Colegio, con fecha 15 de diciembre de 1997).
- PUIG FERRIOL, Luis: “El denominado problema foral desde la perspectiva de un centenario”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho Civil”, Tomo II, pp. 1.617-1.636, **en especial epígrafe 8**, pp. 1.633 y ss.
- ROCA GUILLAMÓN, Juan: “Codificación y crisis del Derecho civil”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho civil”, Tomo II, pp. 1.755-1.776.
- ROCA TRÍAS, Encarna:
- “L’estructura de l’ordinament civil”, en la *Revista Jurídica de Catalunya*, año 1983, pp. 125 y ss.
- “El antiguo artículo 12 del Código civil y la historia del derecho supletorio”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. de la “Asociación de Profesores de Derecho civil”, Tomo II, pp. 1.777-1.806, **en especial epígrafe III**, pp. 1797 y ss.

- “De nou sobre el Dret supletori: mètode i intenció del dret en la Historia”, en la obra conjunta precitada de AA.VV. a cargo de Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, Barcelona, 1996, pp. 563-579.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: “Filosofía crítica de los sistemas jurídicos”, en la Revista *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1976, pp. 77-123, **en especial 102-103.**

SEBASTIÁN LORENTE, Jesús J.:

- “La Comisión General de Codificación”, en la revista *Actualidad Civil*, nº 42, semana del 15 al 21 de noviembre de 1993, Epígrafe XLII (Doctrina), pp. 805-818.
- “La Comisión General de Codificación. De órgano colegislador a órgano asesor”, en la misma revista *Actualidad Civil*, nº 47, semana del 22 al 28 de diciembre de 1997, Epígrafe LV (Doctrina), pp. 1.177-1.199, **en especial 1.197 y ss.**

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans:

- “Esbozos para una teoría general de la interpretación”, en la Revista de la RAJL *Anales*, nº 24, Madrid, 1994, pp. 45-87.
- “El Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Gil, Numerario y Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, **Discurso de Inauguración** del Curso Académico 1994-95, leído el día 7 de noviembre de 1994, Impr. Aguirre, Madrid, 1994.
- “Panorámica general de la interpretación jurídica”, **Discurso de Inauguración** del Curso Académico 1995-96, leído el día 13 de noviembre de 1995, Impr. Aguirre, Madrid, 1995: **en especial, pp. 24 (nota 47), 39 (notas 71 y 72), 55 (nota 105) y 87 (nota 138), todas ellas con citas de Don A. Hernández Gil.**
- “Las teorías hermenéuticas de la recepción y de la deconstrucción aplicada al Derecho”, en la Revista de la RAJL *Anales*, nº 26, Madrid, 1996, pp. 185-203.

ANEXO I (*)
SITUACIÓN A 1 DE NOVIEMBRE DE 1988

Cuadro-resumen comparativo de las Leyes de aprobación del Código Civil y de las Compilaciones Civiles, y de sus respectivas leyes de reforma

C.C. 1889	C.D.C. Vizcaya (1959)	C.D.C. Cataluña (1960)	C.D.C. Baleares (1961)	C.D.C. Galicia (1963)	C.D.C. Aragón (1967)	C.D.C. Navarra (1973)
APROBACIÓN LEY – R.O. 29-7-89 (exposición sobre las adiciones y enmiendas).	APROBACIÓN COMPILACIÓN – Exposición de motivos con 26 párrafos.	APROBACIÓN COMPILACIÓN – Exposición de motivos con 21 párrafos.	APROBACIÓN COMPILACIÓN – Exposición de motivos con 14 párrafos.	APROBACIÓN COMPILACIÓN – Exposición de motivos con 30 párrafos.	APROBACIÓN COMPILACIÓN – Exposición de motivos con 47 párrafos.	APROBACIÓN COMPILACIÓN – Exposición de motivos con 25 párrafos.
REFORMAS DEL CÓDIGO <i>Parciales:</i> – 1928 – 1939-1950 – 1954 – 1958 – 1960 – 1970 <i>Globales:</i> – 1974 – 1981 – 1982 – 1983 – 1987	REFORMAS COMPILACIÓN – <i>Proyecto privado</i> de reforma de 1984 (143 párrafos la memoria justificativa). – Ley 6/1988, de 18 de marzo (no publicada en BOE).	REFORMAS COMPILACIÓN – Ley 13, de 20-3-1984 – D.L. 1, de 19-7-1984 – Ley 9, de 25-2-1987 – Ley 10, de 25-5-1987 – Ley 11, de 25-5-1987	REFORMAS COMPILACIÓN – Ley 3, de 11-4-1985 (art. 63 C.D.C.) – <i>Proyecto</i> de Ley: 3 de septiembre de 1987.	REFORMAS COMPILACIÓN – Ley 7, de 10-11-1987	REFORMAS COMPILACIÓN – Ley 3, de 21-5-1985 – Ley 3, de 25-4-1988	REFORMAS COMPILACIÓN – Ley Foral 5, de 1-4-1987

(*) Elaboración personal del autor: publicado en mi libro *Estudios sobre Codificación y Derechos Civiles Territoriales*, citado, pp. 369 y ss. y 467 y ss.

ANEXO II (*)

SITUACIÓN A 1 DE NOVIEMBRE DE 1998

Cuadro-resumen comparativo de las Leyes de Reforma del Código Civil y Compilaciones Forales

CÓDIGO CIVIL	C.D.C. VIZCAYA	C.D.C. BALEARES	C.D.C. GALICIA	C.D.C. ARAGÓN	C.D.C. NAVARRA	C.D.C. CATALUÑA	
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la Reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. BOE 18/10/90. - Ley 18/1990 de 17 de diciembre sobre Reforma en materia de nacionalidad. BOE 18/12/90. - Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. BOE 4/4/94. - Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones. BOE 25/11/94. - Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. BOE 25/11/94. - Ley 29/1995, de 2 de noviembre, se modifica el Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad. BOE 4/11/94. - Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE 17/1/96. - Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. BOE 14/4/98.	- Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. BOEPV 7/8/92.	- Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares. BOCAIB. 17/7/1990. - Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. BOCAIB. 2/10/90 y 21/3/91.	- Ley 3/1993, de 16 de abril, de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia. DOG 22/4/93. - Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. DOG 6/7/95. BOE 27/6/95.	- Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre el artículo 39 de la Compilación (recurrida de inconstitucionalidad, provocó la STC de 12 de marzo de 1993). - Ley 4/1995, de 19 de marzo, de modificación de la compilación (Artículo 136 y 136-bis) sobre la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. - PROYECTO DE LEY DE CÓDIGO SUCESORIO DE 218 ARTÍCULOS (Boletín Cortes de Aragón 18-9-98). - Proposición de Ley del PSOE para la regulación de las "Parejas no casadas".	- Ley Foral 6/1990 de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, que modifica el artículo 43 del Fuero Nuevo (BON 13-07-90 y 15-10-90). - Proposición de Ley de 1998, sobre Fiscalidad de la Familia (actualmente, en trámites de discusión parlamentaria).	- Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos. DOG 28/3/90. - Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad. DOG 18/7/90. - Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones. DOG 10/5/91. - Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosas muebles. DOG 16/12/91 y 10/4/92. - Ley 29/1991, de 13 de diciembre, Modificación de la Compilación del Derecho de Cataluña en materia de venta a carta de Gracia. DOG 3/1/92. - Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. DOG 17/1/92. - Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones tutelares. DOG 20/1/92. - Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código Sucesiones por causa de muerte del derecho Civil de Cataluña. DOG 21/1/92 y 13/4/92.	- Ley 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del consumidor, DOG 12/3/93. - Ley 8/1993, de 30 de septiembre de modificación de la compilación en la materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. DOG 11/10/93. - Ley 10/1996, de 29 de julio, de Alimentos entre Parientes. DOG 2/8/96. - Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e Instituciones tutelares. DOG 2/8/96. - Ley 12/1996, de 29 de julio, de la Potestad del Padre y de la Madre. DOG 2/8/96. - Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. BOE 19/8/98. - Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de pareja. BOE 19/8/1998.

(*) Elaboración personal del autor: *comunicación* a la "Comisión de Expertos" nombrada por el Govern Balear con fecha 9 de octubre de 1998.

ANEXO III (*)

SITUACIÓN A 31 DE DICIEMBRE DE 1999

Cuadro-resumen comparativo de las leyes de Reforma del Código Civil y Compilaciones Forales

CÓDIGO CIVIL	C.D.C. VIZCAYA	C.D.C. BALEARES	C.D.C. GALICIA	C.D.C. ARAGÓN	C.D.C. NAVARRA	C.D.C. CATALUÑA	
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la Reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. BOE 18/10/90. - Ley 18/1990 de 17 de diciembre sobre Reforma en materia de nacionalidad. BOE 18/12/90. - Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. BOE 4/4/94. - Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones. BOE 25/11/94. - Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. BOE 25/11/94. - Ley 29/1995, de 2 de noviembre, se modifica el Código Civil en materia de recuperación de la racionalidad. BOE 4/11/94. - Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE 17/1/96. - Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. BOE 14/4/98.	- Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. BOEPV 7/8/92.	- Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares. BOCAIB 17/7/1990. - Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. BOCAIB 2/10/90 y 21/3/91.	- Ley 3/1993, de 16 de abril, de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia. DOG 22/4/93. - Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. DOG 6/7/95. BOE 27/6/95. - Ley 5/1998 de Cooperativas (DOG de 30 de diciembre de 1998, BOE de 25 de marzo de 1999).	- Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre el artículo 39 de la Compilación (recurrida de inconstitucionalidad, provocó la STC de 12 de marzo de 1993). - Ley 4/1995, de 29 de marzo, de modificación de la compilación (Artículo 136 y 136-bis) sobre la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. - Ley 9/1998, de 22 de diciembre sobre Cooperativas (BOA de 31 de diciembre). - Ley 1/1999 de 24 de febrero de sucesiones por causa de muerte. BOE 25 de marzo). - Ley 5/1999 de 25 marzo sobre Urbanismo. BOE de 21 de abril). - Ley 6/1999 de 26 de marzo de parejas estables no casadas. (BOE 21 de abril).	- Ley Foral 6/1990 de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, que modifica el artículo 43 del Fuero Nuevo (BON 13-07-90 y 15-10-90). - Proposición de Ley de 1998, sobre Fiscalidad de la Familia (actualmente, en trámites de discusión parlamentaria).	- Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos. DOG 28/3/90. - Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad. DOG 18/7/90. - Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones. DOG 10/5/91. - Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosas muebles. DOG 16/12/91 y 10/4/92. - Ley 29/1991, de 13 de diciembre, Modificación de la Compilación del Derecho de Cataluña en materia de venta a carta de Gracia. DOG 3/1/92. - Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. DOG 17/1/92. - Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones tutelares. DOG 20/1/92. - Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código Sucesiones por causa de muerte del derecho Civil de Cataluña. DOG 21/1/92 y 13/4/92.	- Ley 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del consumidor, DOG 12/3/93. - Ley 8/1993, de 30 de septiembre de modificación de la compilación en la materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. DOG 11/10/93. - Ley 10/1996, de 29 de julio, de Alimentos entre Parientes. DOG 2/8/96. - Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e Instituciones tutelares. DOG 2/8/96. - Ley 12/1996, de 29 de julio, de la Potestad del Padre y de la Madre. DOG 2/8/96. - Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. BOE 19/8/98. - Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de pareja. BOE 19/8/1998. - Ley 19/1998 de 28 de diciembre sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua (DOGC de 8 de enero).

(*) Elaboración del autor.

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, CINCO AÑOS DESPUÉS. ¿PRINCIPIOS CONFIGURADORES?

VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA
Notario

SUMARIO: **I.** LOS PRINCIPIOS QUE CONFIGURAN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. **II.** LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN EN QUE SE VERIFICA LA VOLUNTAD DE NO INSCRIBIRLA O BIEN TRANSCURRE UN AÑO DESDE EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN SIN HABERSE SOLICITADO LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL (ART. 16 LSA Y ART. 11.3 LSRL). **III.** APORTACIÓN A LA SOCIEDAD A TÍTULO DE USO. **IV.** TODA PARTICIPACIÓN SOCIAL ATRIBUYE A SU TITULAR LA CONDICIÓN DE SOCIO (CONTRA, GARRIDO DE PALMA: "COMENTARIO AL ARTÍCULO 5", EN *LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA*. VARIOS AUTORES. CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, MADRID, 1995. TOMO I, P. 69). AHORA BIEN, LOS DERECHOS DE SOCIO QUE A SU TITULAR OTORGA CADA PARTICIPACIÓN SOCIAL PUEDEN SER DIFERENTES. **V.** "ES, ADEMÁS, UNA SOCIEDAD ESENCIALMENTE CERRADA, EN LA QUE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES TIENEN RESTRINGIDA LA TRANSMISIÓN, EXCEPTO EN CASO DE ADQUISICIÓN POR SOCIOS, POR EL CÓNYUGE, ASCENDIENTE O DESCENDIENTE DEL SOCIO, O POR SOCIEDADES PERTENECIENTES AL MISMO GRUPO QUE LA TRANSMITENTE, QUE, EN DEFECTO DE

CLÁUSULA ESTATUTARIA EN CONTRARIO, CONSTITUYEN SUPUESTOS DE TRANSMISIONES LIBRES” (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE 1995 Y ART. 29.1 DE LA MISMA). **VI.** ¿LO PACTADO ENTRE LOS INTERESADOS PUEDE PLASMARSE EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN SOCIAL EN LO QUE TENGA IMPORTANCIA CAUSALIZADORA? **VII.** LA JUNTA GENERAL Y EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN ANTE EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. **VIII.** “CUANDO LA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA... AFECTE A LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS SOCIOS NO PODRÁ INSCRIBIRSE LA ESCRITURA SIN QUE CONSTE... EL CONSENTIMIENTO DE LOS... AFECTADOS...”. ARTÍCULO 195 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL QUE COMPLETA LA MISMA EXIGENCIA DE LA LEY DE LIMITADAS EN SU ARTÍCULO 71.1, SEGUNDO PÁRRAFO. **IX.** LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO DEL SENO SOCIAL Y EL DERECHO A ADQUIRIR LAS PARTICIPACIONES DE UN SOCIO SI SE PRODUCEN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS. EL ARTÍCULO 98 DE LA LEY Y EL 188.3 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. **X.** REFLEXIÓN FINAL.

No tienen buena prensa los principios configuradores en sede de sociedades de capital. Sin embargo, hay que retomarlos [artículos 12 de la Ley de SRL y 175 del Reglamento Mercantil (RM)], profundizar en ellos y extraer consecuencias. Cinco años desde la Ley de 1995 son suficientes para ello.

I. Los principios que configuran la sociedad de responsabilidad limitada

Con motivo del homenaje a Aurelio Menéndez (“Autonomía de la voluntad y Principios configuradores en las SA y de SRL” II. CIVITAS. 1996) me he preguntado: ¿Cuáles son los principios configuradores de la limitada?, para contestar que hay que partir de algo *sine qua non*: el ámbito institucional de la figura, que es el de las relaciones externas, y el ámbito contractual, propio de su estructura interna, para en base a ellos, diseccionar a continuación el tipo legal (en igual sentido en *La SRL*, 1996. Tomo I; pp. 159 y ss.). Ahora, transcurridos unos años de la Ley de 1995, puede ser momento oportuno para contrastar algunos de los pilares básicos que diseñan y sobre los que se asienta el tipo legal, con la aplicación efectiva en la realidad de aquélla. El esquema elegido es el siguiente:

1. Al hablar del derecho de todo socio a la constitución *regular* de la sociedad limitada, he expuesto que conforme al artículo 16 de la Ley de

Anónimas (aplicable por la remisión del artículo 11) cualquier socio puede instar la disolución de la sociedad irregular... (p. 161 *op. cit.*). Ahora puede precisarse la temática de la Limitada en formación que entra en irregularidad, a la vista de cuestiones problemáticas que han surgido en estos últimos años.

2. Cuando al hablar de que la Limitada es una sociedad “de riesgo limitado”, (artículo 1), he aludido a la necesaria defensa del capital social y a la necesidad de que el objeto de las aportaciones de los socios consista en bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica (p. 160). Ahora puede precisarse el concepto de aportación.

3. Al hablar de que “la escritura y los estatutos pueden ajustar a cada sociedad concreta la regulación legal, la que en cuanto a las relaciones internas y la posición jurídica de los socios deja amplio margen a lo pactado por los interesados” (p. 164), se abría la puerta no sólo a lo que he denominado “clave de bóveda, el principio de la autonomía de la voluntad de los socios en la Limitada” (p. 163), sino al planteamiento del deslinde y separación de los aspectos contractual *sensu stricto* y estatutario, con la conveniencia o no de plasmar la causa concreta en la escritura pública (lo que profundicé en 1998 en el tomo II de la obra).

Ahora puede precisarse esta cuestión con arreglo a aspectos que al hilo de los años han surgido en esta materia.

4. Al hablar de que las participaciones sociales atribuyen a los socios los mismos derechos, pero... (p. 160), planteaba y desarrollaba la función y significado de la participación respecto a la condición de socio en la Limitada (pp. 167 y ss.). Ahora conviene retomar la cuestión: ¿es la participación la que atribuye la condición de socio o no?

5. Al hablar de la naturaleza esencialmente cerrada de la sociedad en estudio, con expresa alusión a la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 (p. 163), obtenía algunas conclusiones (pp. 41 y ss.), que ahora pueden contrastarse con el devenir real de la aplicación de la Ley; por ello, vuelvo sobre la transmisión de las participaciones y las posibilidades estatutarias en la materia.

6. Al hablar de la necesaria estructura corporativa de la Limitada: Junta General y órgano de administración, me refería a las relaciones entre ambos órganos, para decir que se configuran delimitando sus respectivas competencias “mas no con carácter rígido y total, aludiendo al artículo 44,1 y 2 de la Ley” (pp. 161 y 162). Ahora puede volverse sobre las cuestiones que ha suscitado esta materia, tanto respecto a las respectivas competencias, como al posible control del órgano de administración por la Junta General.

7. Al hablar del principio de igualdad o paridad de trato (p. 163), aludía a que “la igualdad, rectamente entendida, protege a los socios ante

la concesión de privilegios, derechos... o frente a la pretendida imposición de nuevas obligaciones”, con referencia expresa al artículo 71.1 de la Ley (p. 136). Ahora puede ser momento adecuado para plantear cuestiones en este punto, dado el contraste de lo plasmado en la Ley y su aplicación real a cinco años de aquélla.

8. Al hablar de la dimensión contractual de la sociedad, exponía la estructura interna de la misma: estatuto de los socios..., separación y exclusión. Para destacar el “derecho del socio a mantenerse en la sociedad, sin ser excluido de la misma, salvo las causas legales y en su caso las estatutarias” (pp. 162 y 189). Ahora cabe volver sobre esta temática, precisando algún aspecto de la exclusión de socios, y con matizaciones relativas a la llamada obligación de transmitir del artículo 188 reglamentario.

II. La sociedad en formación en que se verifica la voluntad de no inscribirla o bien transcurre un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución sin haberse solicitado la inscripción en el Registro Mercantil (art. 16 LSA y art. 11.3 LSRL)

1. En octubre de 1990 (*Las Sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. 3.^a edición. TRIVIUM; pp. 106 y 107), escribí lo que sigue:

El valor jurídico de la escritura pública de constitución es claro: salvo la disciplina corporativa propia de los estatutos, *todo lo demás* del régimen de la sociedad anónima ya es de aplicación a la sociedad en *iter* formativo (MENÉNDEZ). Con la escritura existe ya un contrato perfecto, válido y eficaz, que vincula a los contratantes, quienes no pueden desligarse ni incumplir las obligaciones que han asumido, con lo que los acreedores del socio no pueden embargar lo por éstos aportado, ni su fallecimiento afecta a la aportación realizada o prometida (RODRÍGUEZ ADRADOS). Caso de irregularidad (art. 16) cualquier socio –por minúscula que sea su aportación– puede instar la disolución de la sociedad en formación (no sólo separarse de ella pues), pero la voluntad plasmada en la escritura pública de constituir una sociedad anónima, debe respetarse en lo no incompatible con la necesaria protección de los terceros (PAU PEDRÓN, RODRÍGUEZ ADRADOS).

2. Y por si quedaban dudas acerca del enfoque mantenido, en 1991 exponía:

“.... Ante todo, los otorgantes han manifestado su voluntad de fundar una sociedad anónima (artículo 8.b). Y siquiera la misma no basta para que la sociedad adquiriera la personalidad jurídica de sociedad anónima (artículo 7.1), el contrato es de sociedad anónima y debe lógicamente surtir sus efectos entre los contratantes (¿la muerte, por ejemplo, de uno

de los socios entraña causa de disolución de la sociedad, como ocurre en la Colectiva?)”; para después afirmar: “... en ningún caso hay conversión en otro tipo o forma social diferente con aplicación de su total e íntegro régimen jurídico regulador, desconociéndose así la base y origen contractual de la sociedad anónima, plasmada en la escritura de constitución” (GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ: “La sociedad anónima en sus principios configuradores”. *Estudios sobre la SA*, I, pp. 69-70).

A la vista de lo expuesto en 1990-1991, ahora pueden verse algunos pareceres doctrinales que se han producido posteriormente.

3. La sociedad anónima y la de responsabilidad limitada irregular (art. 16.1 Ley SA).

La sociedad deja de ser anónima o limitada y se convierte en una sociedad colectiva (PAZ-ARES; p. 521, en URÍA-MENÉNDEZ. *Curso de Derecho Mercantil*. CIVITAS, 1999). Lo acaecido es que se produce una *transformación forzosa* en el tipo más riguroso de la sociedad colectiva, al producirse la *frustración del tipo*. Es la sanción *ministerio legis*, consecuencia del principio legal de imposición de forma: la inscripción registral es parte del proceso fundacional y al no cumplirse, la sociedad *no subsiste* como sociedad de capital. Caso por tanto de que la sociedad siga de hecho operando en la práctica, queda sometida al régimen de la sociedad colectiva.

Por el artículo 7 de la Ley de Anónimas, dicen en la misma línea URÍA, MENÉNDEZ y JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, (p. 779, *op. cit.*), la anónima no inscrita es una sociedad personificada: la inscripción en el Registro Mercantil opera como un simple requisito para la constitución plena de la sociedad anónima, de modo que se beneficia ya de todos los rasgos estructurales que legalmente definen a ésta, pero la *situación de irregularidad* hace que no quede sometida la sociedad a la disciplina de la sociedad anónima por faltar uno de los requisitos constitutivos de ésta; se rige entonces por las normas de la sociedad colectiva o de la civil, según su objeto (p. 793).

4. Modalización de la doctrina de GIRÓN TENA de la *conversión* del tipo: para RODRÍGUEZ MARTÍNEZ la modificación del artículo 16 de la Ley SA, a su paso por el Senado, ha supuesto un indudable avance sobre la normativa anterior, pero deja en el aire un gran número de interrogantes: ¿*quid iuris* en el ámbito interno de la sociedad: se aplica el régimen de la sociedad colectiva o el propio de las anónimas que es el establecido por las partes? (p. 135).

5. Reconsideración total del enfoque interpretativo: el establecimiento de un régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales más riguroso del previsto para la situación normal o de formación –dice ALBERTO TAPIA HERMIDA– no desvirtúa el tipo legal de la sociedad anónima, y es que el otorgamiento de la escritura pública es de sociedad

anónima aunque el proceso constitutivo no esté todavía ultimado (p. 499). No parece por tanto que a esta sociedad se le puedan aplicar, por su carácter de corporación, las causas específicas de disolución de las sociedades colectivas (art. 222 C. de C.), ni tampoco la facultad de denuncia del 224 (si de sociedad civil se trata, los arts. 1.700 y siguientes y 1.705 y 1.706 C. civil respectivamente). En este sentido también PINO ABAD (pp. 253 y 257. *La sociedad de capital no inscrita*. MARCIAL PONS. 1999).

6. Profundización definitiva de la tesis de la sociedad en formación en situación irregular: a mi entender se debe a GARDEAZÁBAL DEL RÍO (*La SRL*, tomo I, TRIVIUM, 1996; pp. 286 y ss.), quien desmontando la pretendida aplicación de la figura de la conversión (en base al reciente estudio de DÍAZ SOTO), llega a las siguientes conclusiones, que no me resisto a transcribir:

“A. Los intereses objeto de protección en la regulación legal de la sociedad irregular son los de los terceros, y no los de las partes contratantes; y, salvado este interés, no hay ningún motivo que obligue a reformar una declaración de voluntad perfecta, válida y eficaz entre los interesados.

B. La sociedad, en ningún momento es declarada ni considerada nula; la sociedad existe, y es posible que produzca todos y cada uno de los efectos realmente queridos por las partes en un momento posterior, si llega a inscribirse –a salvo la incidencia de lo dispuesto en el artículo 16, número 2, in fine, de la LSA–.

C. La irregularidad no tiene carácter definitivo, sino que se encuentra –en el ánimo del legislador– coloreada por un cierto carácter de provisionalidad, como demuestra la posibilidad de que la sociedad adquiera definitivamente carácter de sociedad anónima regularizándose posteriormente mediante la inscripción, para lo que no existe plazo; en cambio, la solución que deriva de la aplicación de la doctrina de la conversión tiene carácter definitivo.

D. El carácter provisional de la irregularidad queda patentizado por la posibilidad de que cualquiera de los socios pueda pedir la disolución de la sociedad.

y E. Se trata de una medida limitada a las relaciones con los terceros. Los efectos de la irregularidad se limitan a los efectos frente a éstos, no alcanzando a las partes; admitir la conversión integral del contrato, con alteración incluso del ámbito interno, significaría violentar la voluntad de las partes, lo que, además, salvado el interés de los terceros, no es requerido por ningún otro interés superior”.

El criterio expuesto –dice por último, y es de resaltar para que sirva de aviso a legisladores precipitados– es el seguido por otras legislaciones que han dedicado más líneas al problema de la irregularidad que las que contiene el artículo 16 de la LSA. Así, las leyes portuguesa y mexicana, por ejemplo. Es ilustrativo lo que el artículo 29 de esta última dice: las

relaciones internas de las sociedades irregulares se rigen por el contrato social respectivo y en su defecto por las disposiciones generales y por las especiales de la Ley de Sociedades Mercantiles; y los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de la sociedad irregular responden del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hayan podido incurrir. Para dejar sentado el artículo 37 del Código de Sociedades portugués de 1986 que, en el período comprendido entre el otorgamiento de la escritura y el registro definitivo del contrato de sociedad son aplicables a las relaciones entre los socios, con las necesarias adaptaciones, las reglas establecidas en el contrato y en la presente Ley, salvo aquellas que presupongan el contrato definitivamente registrado (cfr. el estudio de GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ: “La sociedad anónima en sus principios configuradores”; en *Estudios sobre la Sociedad Anónima I*. CIVITAS, 1991).

III. Aportación a la sociedad a título de uso

1. Con referencia general a las sociedades de capital –ya en 1989 y 1990– y de modo específico concretándose a la Limitada, he dicho –en 1993 y luego en el 96– que: aportar el *uso de...* es jurídicamente insuficiente (p. 559. *La SRL*. Tomo I. TRIVIUM. 1996).

2. Pues bien, con posterioridad cabe citar ante todo el enfoque de LOJENDIO OSBORNE, que retomando la cuestión por él ya planteada años atrás (y en la línea que primeramente ha mantenido PAZ-ARES) considera ahora que: no vemos por qué no haya de admitirse la aportación en uso de un bien propio, que sería equivalente al arrendamiento a la sociedad (*Comentario al régimen legal de las SM*. Tomo XIV. CIVITAS. 1999). Y también debe citarse en esta línea la opinión de CÁMARA ÁLVAREZ, para quien cabe aportar el derecho real de uso (*El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996).

Por último, se reafirma este criterio en la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER (en *Curso de Derecho Mercantil*, CIVITAS, 1999; p. 805): para él con este tipo de aportación se instaura un vínculo jurídico de carácter duradero –similar al que originaría una relación arrendaticia–; así como en la de RAÚL BERCOVITZ ÁLVAREZ quien sigue explícitamente el enfoque de LOJENDIO OSBORNE (en la p. 216, citando a GARRIDO, reconoce la necesidad de que el bien sea transmisible a la sociedad: *La aportación de derechos de propiedad industrial al capital de las sociedades anónimas*. ARANZADI. 1999).

3. Ante la posición anterior (¿mayoritaria?), pienso que, por un lado y antes de todo, hablar de aportar *el uso* con el carácter de derecho real no es posible en Derecho español, dada la prohibición (imperativa; en contra ALBALADEJO) de traspasar los derechos de uso y habitación a otro por ninguna clase de título (art. 525 del Código civil).

Por otra parte, la insistencia en emplear la terminología *quoad usum* es lo que a mi parecer y de modo explícito no conduce a los resultados deseables: empléese y configúrese la aportación directamente como arrendaticia si ello es en el caso real concreto posible y no hay ya ningún problema (por ahí iba el enfoque de la posible aportación de un bien en *leasing*, aunque el Tribunal Supremo al posibilitarla sin la cesión del contrato, ha complicado su efectividad real: Sentencia 7-febrero-1995 del Tribunal Supremo; criticada con razón por LOJENDIO OSBORNE, p. 538, *op. cit.*).

En último término, sigo pensando que la razón sustantiva o de fondo está en el principio de la realidad del capital social: la “reale kapitalanbringung” que para la tutela y protección de los acreedores plasmó la doctrina alemana –por todos, LUTTER–; y en la doctrina italiana OLIVIERI, para quien si bien no se llega a la exigencia propia de la tradicional categoría de *bien* del Derecho Civil, tampoco cualquier prestación útil, si no es susceptible de ser transmitida a la sociedad, puede ser objeto de aportación (ref. GARRIDO DE PALMA: “La aportación a la sociedad anónima, hoy”. *La Ley*, número 2.629, de 30 de noviembre de 1990).

No hay que poner trabas excesivas a la innovación y su encauzamiento societario, se dice: no seré yo quien ponga tales dificultades; muy al contrario, pero debe encauzarse la transmisión a la sociedad de los conocimientos técnicos e innovaciones preservables de los competidores por el medio adecuado: o aportación o bien, si sus requisitos no cumple, por la vía de la prestación accesoria al patrimonio social (últimamente puede verse “La protección jurídica de la innovación”, de LOBATO GARCÍA-MIJAN. En *Expansión*, 3 de enero de 2000).

Y es que el patrimonio de la sociedad ha de nutrirse de elementos patrimoniales susceptibles de garantizar el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones presentes y futuras (art. 1.911 Código civil): el notario, como el registrador mercantil, tienen por tanto que calificar la idoneidad del elemento patrimonial aportable, a fin de considerarlo suficiente o no, adecuado o no, y en su caso plantear la posibilidad de que constituya el objeto de una prestación accesoria al patrimonio social, mas no una aportación de capital. De ahí que consideraciones como “es un grave error plantear la cuestión del capital social y sus funciones y la relación con las aportaciones a la sociedad, asignando a aquél funciones metajurídicas...” (LLEBOT MAJÓ), haya que pesarla y ponderarla en sus

justos términos y sin eludir la misión del jurista en general y en particular (misión que en el caso del notario no se reconoce lo suficiente en ocasiones; así: ROJO y BELTRÁN, al tratar del capital mínimo en la SA, dicen que: “su cumplimiento queda sujeto al pertinente control de legalidad del Registrador Mercantil”).

IV. Toda participación social atribuye a su titular la condición de socio (contra, GARRIDO DE PALMA: “Comentario al artículo 5”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Varios autores. Consejo General del Notariado, Madrid, 1995. Tomo I, p. 69). Ahora bien, los derechos de socio que a su titular otorga cada participación social pueden ser diferentes

1. Lo anterior es transcripción literal de lo que afirma ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en la p. 90 de la obra *La SRL*. ARANZADI, 1998. Y no está solo en su afirmación, está bien acompañado: CÁMARA ÁLVAREZ había dicho en mayo de 1996 que “la participación social atribuye, como la acción, la condición de socio” (“Analogías y diferencias entre la SA y la SRL”. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado).

2. Voy a *defender* mi enfoque y voy a explicar sucintamente el contenido íntimo, profundo y sustantivo de la posición del socio en la limitada, lo que ya hice en la obra citada y en la dirigida por mí, también citada, de 1996 (Editorial TRIVIUM).

Ante todo, parece elemental decir que sin ser titular legítimo de al menos una participación social no se puede ser socio. Pero es básico también afirmar, seguidamente, que en la participación social no está petrificada la entera condición de socio (en afirmación rotunda de BISBAL MÉNDEZ): esta idea explica que la personalización de la sociedad limitada pase, instrumentalmente, por la participación, pero que acabe recalando en el contrato. Es la *dimensión contractual* de la Limitada la que da el tono y la razón de ser a la posición jurídica del socio.

“La acción confiere... la condición de socio”, dice la Ley de Anónimas, ¿omisión involuntaria en la Ley de Limitadas, o más bien descarte terminológico del legislador, convencido de que tal *repetición* conceptual “lo suspendería, sin existir más convocatorias para aprobar”?

3. El cierre de la cuestión podría hacerlo ya, pero no debo: de un lado, porque yo también estoy bien acompañado al afirmar lo anterior (CABANAS TREJO diría en 1995 que sin perjuicio de la estructura corporativa de la SL, no cabe desconocer su vertiente contractual: su significación no es sólo genética, sino también funcional, de modo que –termina

diciendo— la posición de socio hay que construirla sobre parámetros contractuales, viendo en ella la condición de *parte* en un contrato y en su transmisión la cesión de tal posición contractual; y PÉREZ DE LA CRUZ — ante la Ley de Limitadas— reitera lo que ya él mismo y BROSETA PONT mantuvieron ante la anterior Ley del 53, diciendo en términos difícilmente superables: las acciones son el instrumento a través del cual la persona que quiere formar parte de la sociedad anónima logra su objetivo, y así lo señala el artículo 48 de la Ley; bastando con adquirir en el mercado una o varias acciones. Pero las participaciones no cumplen esta función instrumental en cuanto a la adquisición de la condición de socio; más bien sucede lo contrario: una vez existe el consentimiento para que una persona se incorpore a la sociedad, se le atribuye la titularidad de una o varias participaciones...).

Y de otro, conviene y es oportuno aquí salir al paso de la afirmación según la cual la atribución de los derechos ha de hacerse necesariamente a las participaciones sociales, y no a las personas mismas de los socios (BERCOVITZ, citado, p. 100). En contra —dice— GARRIDO DE PALMA, p. 69, *op. cit.* Pues bien, me reafirmo en lo que efectivamente expuse en la página citada, pero a la vez en un contexto explicativo mucho más amplio y de más profundo calado, que ahora me limito a resumir: la personalización de la sociedad limitada pasa, claro es, instrumentalmente por la participación, pero acaba recalando en el contrato (en expresión del ya citado BISBAL), por lo que el eje director de derechos y obligaciones está en la *persona del socio*; de modo que es factible la configuración de prestaciones accesorias como obligación del socio, las que dependen sólo adjetivamente de la titularidad de la participación (art. 21 de la Ley), y también es posible la atribución de derechos (más voto, más dividendo y prioridad en exigirlo incluso...), mientras sea titular de las participaciones el socio *x* (no infrecuente en los estatutos sociales, como puedo dar fe); e incluso cabe la alteración del principio de proporcionalidad mejorando la condición jurídica de socios determinados (en este sentido, y con incisiva referencia a los derechos más instrumentales, IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, pp. 1.080 y 1.081); así como en último término es factible la personalización de las causas estatutarias de separación de la sociedad e incluso de la exclusión del socio por la sociedad (en este sentido, CABANAS TREJO).

En definitiva: persona del socio, atribución de tal condición, consentimiento negocial, participación social y contemplación total de la posición jurídica del socio en la limitada, sin juegos de palabras ni malabarismos lingüísticos. Yendo al fondo sustantivo, resumidamente expuesta queda —otra vez— mi posición.

- V. **“Es, además, una sociedad esencialmente cerrada, en la que las participaciones sociales tienen restringida la transmisión, excepto en caso de adquisición por socios, por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio, o por sociedades pertenecientes al mismo Grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisiones libres”** (Exposición de Motivos de la Ley de 1995 y art. 29.1 de la misma)

A mi juicio –como expuse desde los primeros momentos– nos hallamos ante un principio configurador de la sociedad que impide considerar la ampliación de supuestos de transmisión libre vía estatutos. Pero, ¿qué puede decirse de la cuestión a un quinquenio de la Ley? Veamos.

1. En 1996 FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS consideró que a la vista del artículo 30.1 que sanciona con la nulidad a las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión, se posibilita a *contrario sensu* la ampliación de los supuestos del artículo 29.1 citado: así, las cláusulas que permitan la transmisión a parientes colaterales del transmitente de grado más lejano que los contemplados en este precepto (p. 587. “Notas para un estudio de la transmisión de las participaciones de SRL”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XXXV).

Y en esta línea ha considerado ALONSO ESPINOSA que estamos ante una sociedad *prácticamente* abierta, pero que por los estatutos se puede cerrar (Conferencia. Valencia. 1998. No publicada). E igualmente IGLESIAS PRADA se ha pronunciado en 1999 afirmando que: el modelo societario acogido por la Ley tal vez se corresponde mejor con el propio de una sociedad preferentemente abierta y susceptible de ser cerrada por vía estatutaria (pp. 1.045 y 1.090. *Op. cit.*); hablando gráficamente de la posibilidad –dados los márgenes de flexibilidad permitidos por la Ley– de creación en general de sociedades limitadas “a la carta” (p. 1.056).

2. Ante lo expuesto, no me parece adecuado el enfoque anterior porque –a mi juicio– fuerza la interpretación del inciso último del artículo 29.1 de la Ley y realiza una a modo de yuxtaposición con la redacción de éste y del 30.1 transcrito (en este sentido, EMBID IRUJO).

De un lado, la primera afirmación casa con la clara y terminante declaración de la Exposición de Motivos al principio transcrita: no parece *serio* que el mismo legislador se desdiga luego en el texto legislativo. Pero, ¿y qué decir del artículo 30.1?: el artículo 30 a mi parecer está delimitando el tipo o forma social, midiendo lo que puede y no puede pactarse estatutariamente sin alterar la configuración legal de la SL: es nulo lo que equivalga prácticamente a hacer libres las transmisiones, y –decía el Proyecto de Ley, luego modificado– es nulo lo que prohíba

totalmente la transmisión. O sea, los dos polos o extremos opuestos: ni libertad transmisiva total ni lo contrario.

El artículo 30.1 –pienso– trata de evitar que por vías oblicuas o indirectas se consiga lo que la Ley considera que altera sustancialmente la configuración del tipo social tal como lo ha previsto y diseñado. Así lo está interpretando la mejor doctrina en estos momentos (para CÁMARA ÁLVAREZ hay que considerar lícitas las cláusulas que permitan la transmisión a personas que pueden reputarse gratas a la sociedad o que ésta conoce ya *a priori*: así, es libre la transmisión a personas que trabajen en la sociedad. (*Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada*, Consejo General del Notariado, 1998, cit., p. 117). Y con ponderación ha señalado VÉRGEZ SÁNCHEZ –después de recordar la crítica a la Ley en el punto aquí en estudio tanto de BERCOVITZ como de PAZ-ARES y de PERDICES HUETOS– que existe cierta lógica en la determinación de la ley si se tiene en cuenta la configuración del tipo social como sociedad cerrada (“Régimen de las participaciones en la SRL”. Tomo XIX del Comentario al régimen legal de la sociedades mercantiles. CIVITAS, 1999; p. 116).

3. En definitiva, hay que dejar constancia de que la Exposición de Motivos, con su rotunda claridad, se ha visto empañada con la redacción de los dos preceptos legales citados y sobre todo con la no fácil armonización de ambos: lejos estoy de rigideces y encorsetamientos para la fértil autonomía de la voluntad, pero también pienso que es necesario respetar la configuración legal de la forma social en estudio al ajustarse a la realidad empresarial que regula; ello exige una interpretación acorde con lo que en este apartado, de modo sucinto, he expuesto.

VI. ¿Lo pactado entre los interesados puede plasmarse en la escritura de constitución social en lo que tenga importancia causalizadora?

Voy a aclarar de inmediato el interrogante ciñéndome a la Limitada en estudio.

1. En 1996 y con referencia concreta a la Limitada familiar (también expresamente a la constituida por profesionales) he estudiado el *protocolo familiar*, para preguntarme: ¿ha de permanecer exclusivamente reservado, aparte y como oculto?, para responder: el entramado empresarial-familiar, en lo que puede servir para causalizar, interpretar y en su caso integrar el *complexus* estatutario de la sociedad-sociedades limitadas hay que ver –ante el caso real concreto– si es oportuno, conveniente y útil que quede reflejado en la parte contractual *sensu stricto* de la escritura de constitución. Para estos pactos contractuales incluidos en la escritura, al lado pero aparte de los estatutos, se requiere la unanimidad para su

modificación *a posteriori* (y es que –decía en 1996– no se trata sólo de una cuestión exclusiva del *locus* adecuado; es sobre todo y ante todo un tema de fondo sustantivo). Lo anterior consta en: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, p. 33. Tomo II, 1998; y p. 151. Tomo I, 1966; respectivamente.

2. La doctrina que se ha planteado estas cuestiones mantiene en los últimos años posturas divergentes; no me resisto a exponer sucintamente los enfoques que considero de mayor interés al fin práctico aquí propuesto.

A. Se ha llegado a considerar que la pretensión anterior “habrá que tacharla quizá en fraude de ley” (ALONSO ESPINOSA). Mientras que otros autores –como BOLÁS ALFONSO y BLANQUER UBEROS, este último exponiendo mi opinión de los años 1989-90, (que ya iba en la línea luego desarrollada)–, se decantan por considerar –con JUSTINO DUQUE y CORAPI– que nos hallamos ante un negocio unitario, fuente del nacimiento de la sociedad y de la regulación de su vida personificada (contenido todo ello en la escritura pública de constitución).

B. Años atrás CABANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO rotundamente decían que “nos sorprende el empeño de algunos autores (citando a VICENT CHULIÁ) en establecer diferencias de carácter sustantivo entre la modificación de los estatutos y la (pretendida) modificación de la escritura social, diferencias que descansarían nada menos que en la exigencia de unanimidad para hacerlo. Es claro que las cláusulas contractuales agotan sus efectos en el momento de la celebración del contrato...”.

C. A su paso por el Senado, en una de las enmiendas al Proyecto de Ley de SRL puede leerse: “... en la sociedad limitada el primitivo contrato de sociedad no desaparece –a diferencia de la sociedad anónima–, el «intuitu personae» se mantiene con vigor y fuerza y continúa influyendo en todo el devenir societario, para marcar las pautas de actuación de la sociedad... Por eso es normal que el cuerpo social sea cerrado, con fuertes pactos que la ley viene a admitir y a recomendar, evitando la difuminación de la personalidad de los socios”.

D. Por último IGLESIAS PRADA (en el “Curso de Derecho Mercantil”; *op. cit.* p. 1.170), a mi juicio da en la diana de la problemática (tenía que ser así después de su conferencia sobre “La Empresa Familiar y la SRL”) cuando dice, y transcribo: la Ley distingue claramente entre los estatutos y la escritura social (v. arts. 12 y 13), por lo que las previsiones propias de la escritura de constitución han de considerarse, por su propia naturaleza y cualquiera que sea la ubicación documental que se les haya dado, inmodificables sin el consentimiento unánime de los socios, mientras que las reglas de organización y funcionamiento de la sociedad son susceptibles de alteración –con independencia también de que formalmente figu-

ren o no incluidas en los estatutos–, dentro del marco legal que establece la disciplina relativa a las modificaciones estatutarias.

Y apuntilla coherentemente SÁNCHEZ ÁLVAREZ: el acuerdo social que se adopte contrariamente a un pacto que no sea calificable como estatutario en sentido material o sustantivo, sino puramente contractual, no puede impugnarse por la vía de la impugnación de los acuerdos *ex* artículo 115 Ley SA, sino que debe tratarse como lo que es, como un supuesto de incumplimiento contractual.

3. En definitiva, a mi entender no cabe mayor claridad y si algo puede añadirse es que el notario ha de velar por que cada pacto ocupe y se plasme en su *locus* adecuado. Pero resumamos ya las conclusiones que importan: es perfectamente delimitable lo contractual y lo estatutario (como advierte y regula el art. 175.2 del RRM: “en la escritura o en los estatutos”), y por tanto, –como explaya MADRIDEJOS FERNÁNDEZ (después de reconocer mi esfuerzo en pro de dicha delimitación, lo que agradezco)–, “es posible que el contrato de sociedad sea una de las consecuencias de acuerdos con un contenido mucho más amplio; en tal caso la accesoriedad ha de predicarse del contrato de sociedad, que será un medio de ejecución del otro contrato”.

En fin, termino la cuestión planteada con lo que en 1997 ha escrito JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA. Ante los artículos 12,3 Ley y 175.2 RRM afirma que: la escritura de constitución puede integrarse con elementos distintos de los puramente constitutivos pero vinculados a éstos, que por merecer el acuerdo de los fundadores no pueden ser objeto de alteración posterior sin que se renueve su consentimiento (las dos últimas citas pueden verse en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. TRIVIUM, 1998, II, pp. 34 y 35).

VII. La Junta General y el órgano de administración ante el artículo 44 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Primero.– En 1996-1998 y al estudiar específicamente las Limitadas familiar y de profesionales (*op. cit.*; pp. 61 y ss. y 26 y ss. Tomos I y II, respectivamente), he escrito:

“En las sociedades cerradas con capital concentrado no tiene lugar el distanciamiento entre la propiedad y la administración que existe en las abiertas; por ello los socios pueden no querer renunciar a cierto grado de influencia en la gestión y llegar a constituirse no sólo en órgano de control sino incluso de coadministración (OTXOA ERRARTE). Y como con precisión ha señalado IGLESIAS PRADA, es frecuente en las sociedades

familiares o con reducido número de socios, que se desee reservar a la decisión de la Junta, habitualmente bajo forma de autorización, el juicio de oportunidad sobre determinados asuntos de gestión que de otro modo entrarían en la competencia del órgano de administración.

Con lo expuesto debe enfocarse la problemática interpretativa que suscita el artículo 44 de la Ley...". Y luego, en cuanto al ámbito competencial de la Junta con plasmación estatutaria, al poner en conexión el objeto social con aquél y a su vez con las facultades del órgano de administración, afirmaba: "si el objeto social es «la explotación del establecimiento mercantil x», no es que puede sólo controlarse al administrador vía 44.2; es que éste carece de facultades para decidir la enajenación de los inmuebles afectos al establecimiento en cuestión. Es competencia de la Junta vía 44.1 decidir su hipoteca o su venta, por ejemplo; el administrador en base al acuerdo de la Junta, lo ejecutará en su caso" (p. 27 tomo II). Para terminar la temática transcribiendo y comentando la Resolución de 25 de abril de 1997 ("Solán de Cabras"; pp. 45 y 46 tomo II).

Y antes de concluir el planteamiento he considerado que el *control* de la Junta al órgano de administración –vía art. 44.2–, ni puede irresponsabilizar a éste (art. 69), ni aconseja la injerencia de aquélla más que en asuntos de especial importancia, de carácter no ordinario y que posibiliten –por no ser urgentes– una cierta reflexión (BISBAL MÉNDEZ y ESTEBAN VELASCO); e incluso –me permitía aconsejar– puede ser conveniente la precisión estatutaria al respecto (p. 63, tomo I).

Reconozco que son muchos los aspectos, las cuestiones y las materias que en las pocas líneas precedentes se abordan y más los que se vislumbra, por lo que transcurridos ya unos años de aplicación práctica de la Ley, su discurrir va dejando huellas en la realidad empresarial que conviene ahora reposar y repasar.

Segundo.– Parte de la doctrina ha mostrado cierta alarma ante el precepto, tanto por lo que dice en su número 1, como en lo que permite y expulsa en el 2. Veamos los enfoques a mi juicio de mayor peso y entidad.

1. Para CÁMARA ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 163) los supuestos estatutarios de competencia de la Junta General (número 1 letra h) deben quedar circunscritos a los actos que con arreglo a la Ley son de su competencia (así la cesión de la empresa social o de sus principales activos, como uno de los supuestos más relevantes), y a lo sumo también los que guarden clara semejanza con los del artículo 44 en estudio (por ejemplo, nombramiento de gerentes, directores generales y en general el alto personal de la empresa).

Y respecto al número 2, aparte de recordar VICENT CHULIÁ (p. 482, *Introducción al Derecho Mercantil*. 1999) que la Junta no puede asumir la

gestión, de la que responde el órgano de administración (Resolución de 24-abril-1980), para CÁMARA la injerencia de la Junta no puede ser tan intensa que lleve al *vaciamiento* de las competencias del órgano administrativo (con lo que se muestra en la línea apuntada por CABANAS TREJO, quien ha destacado que a la vista del número 2 a los administradores les corresponde una función de *filtro* para verificar en la fase ejecutiva si las iniciativas no sólo son legales sino razonables en términos de “administrador diligente” –art. 61 de la Ley–, lo que importa teniendo en cuenta su responsabilidad); y a la vista del número 1 cabe preguntarse cuáles competencias *de los* administradores pueden atribuirse estatutariamente a la Junta General (p. 196; *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. PRAXIS, 1995).

2. También hace referencia al posible *vaciamiento* IGLESIAS PRADA, aunque a su juicio la previsión estatutaria puede abarcar tanto asuntos de gestión particularmente relevantes como de gestión ordinaria. Para destacar la configuración por la Ley de 1995 de “un marco competencial de la Junta verdaderamente singular y constitutivo de una particularidad tipológica de la SRL” (*op. cit.*, pp. 1.112 y 3).

3. PÉREZ-COCA CRESPO al referirse al 44.2 de la Ley trae a colación las posturas de ARANGUREN URRIZA y de ÁVILA ÁLVAREZ, considerando que no están en realidad tan alejadas y quizás tan sólo se diferencian en una utilización distinta del concepto *gestión social*, más amplia o más estricta. En cuanto a las competencias que la ley no atribuye directamente a ningún órgano, considera con ARANGUREN que la tradicional preeminencia de la Junta resuelve toda posible duda (*Personas Jurídicas*; pp. 22 y ss. Fundación Matritense del Notariado, 1997).

4. Cabe en último término apuntar que para EMBID IRUJO (*op. cit.*, p. 20) la norma –sin precedentes en Derecho español– reconoce una especie de “derecho a administrar” de la Junta...; mientras que LEÓN SANZ centra la intervención de la Junta General en el ámbito de la: “administración extraordinaria, en cuestiones o puntos concretos de especial trascendencia” (p. 67 de las Anotaciones al Derecho español de los *Principios fundamentales del Derecho alemán de SRL*, de PETER ULMER. CIVITAS. 1998).

Tercero.– Pienso que a un quinquenio de la Ley ha llegado el momento oportuno para profundizar sobre determinados aspectos que el precepto legal suscita hoy.

I. El número 1 brinda –¿y si no existiera, acaso no?– la posibilidad de que ante el caso real concreto se fijen las competencias de la Junta y se fijen las atribuciones y facultades del órgano de administración: “que no pueda vender éste, ni hipotecar, ni...”, es camino equivocado. Cálese honda-

mente en el supuesto de hecho y puede ser que la solución sea la que –por ejemplo– plasma la escritura pública de constitución en la que “siendo el objeto social la explotación del manantial S de C; la del balneario, hostel, apartamentos, ...”, en los estatutos expresamente se dijo que “es de competencia privativa de la Junta General *disponer de* la totalidad de los bienes y derechos de la sociedad...”. La ya citada Resolución de 25 de abril de 1997 señala que: “cuando el objeto social de la entidad no se define mediante la especificación de un concreto sector de la actividad económico-social, sino por la explotación de unos concretos y significados bienes aportados al haber social..., la salida de *esos* bienes del patrimonio social afectos a su objeto, excede inequívocamente de las *facultades representativas del* órgano de administración, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta General”. Nótese por tanto que no se trata de limitar o controlar al órgano de administración propiamente; se trata de fijar competencias, deslindando las de uno y otro órgano y para ello es fundamental la adecuada plasmación del objeto social. Esto en sede de limitada forma parte del número 1 del artículo 44 en estudio, y es que como la misma Dirección General tiene reiteradamente dicho: en el ámbito de representación de los administradores se incluyen no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, para quedar excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo sino *los claramente contrarios a él*.

II. El número 2 del art. 44 lo que brinda es un control, que puede y debe ser real y eficaz de la gestión social y ello “salvo disposición contraria de los Estatutos” (sobre lo que mucho puede decirse). Pero voy a centrarme ahora en un interrogante: ¿qué es *gestionar*? Aquí reside una de las claves (¿la mayor?) de la comprensión por el jurista de la materia que trato de aclarar. Veamos.

1. Como ha reconocido la Sentencia de 19 de diciembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Madrid –con cita expresa de E. POLO SÁNCHEZ–: el desarrollo de la actividad de gestión –diferenciada de la actuación externa o representativa, art. 128 Ley SA– implica el desarrollo de actuaciones no sólo jurídicas, sino también técnicas y de contenido económico y financiero, pudiéndose hablar de una actividad de gestión *inherente al ejercicio del tráfico económico*, propiamente empresarial y no societaria, en cuyo desarrollo no entra efectivamente la Ley, ni tan siquiera para conformar conceptualmente dicha actividad, teniendo que actuar el administrador con la diligencia de un ordenado empresario y con la obligación de rendir cuentas (arts. 127 y 161 y siguientes Ley SA).

Efectivamente, si examinamos lo que aporta la más reciente doctrina, puede observarse que –dice VICENT CHULIÁ– el concepto de administración engloba: el gobierno, la gestión y la dirección, con lo que el autor reconoce –y esto antes de entrar en la analítica del contenido del término “representación”– que puede haber confusión con las competencias de la Junta General.

2. Y más, el *directivo* o “persona de vértice” (LOPRETE) es un concepto que económicamente no coincide con su homónimo jurídico: ¿empleado; directivo general, gerente, consejero delegado; apoderado, gestor...?, poniendo de relieve –creo que con acierto– PÉREZ-COCA que cuando se nombra un gerente o directivo general y otra cosa no aparece del estudio real del supuesto, nos hallamos ante un apoderado, no ante un órgano de la sociedad; sin embargo, gestiona y decide muy ampliamente, en el seno empresarial. Y en todo caso –si gerente se nombra–, lo que importa es precisar perfectamente el contenido de sus facultades representativas, para ver si estamos ante un verdadero apoderado o no (en este sentido, la Resolución de 13 de noviembre de 1995).

Ante el planteamiento que termino de hacer cabe concluir: conviene que se deje a los interesados, implicados y promotores de la actividad empresarial-societaria que controlen y supervisen al órgano de administración; aconsejémosles que “les dejen respirar”, pero que para los asuntos clave –si así lo consideran– tengan que obtener la autorización de la Junta General. Si controlar desean, lo anterior debe ser el asesoramiento jurídico adecuado, al menos en principio.

¿Aspectos a tratar sobre el tema? No sé si los que se quieran, pero sí muchísimos, porque cuando los socios realmente están implicados en la marcha de la sociedad, les es de vital interés el control y seguimiento de la actuación del administrador (y no sólo la exigencia de la rendición de cuentas y la de responsabilidad en su caso a posteriori). Algunos puntos voy a exponer como cierre aclaratorio de esta temática.

A. La conveniencia o no de delimitar el control Junta-administradores estatutariamente: la Ley no entra en este aspecto; parte de su posibilidad “salvo disposición contraria de los estatutos” (inicio del número 2 del precepto en estudio). Parece en principio recomendable la fijación de unos supuestos supervisables y del sistema o combinación de ellos elegidos (impartir instrucciones o someter a autorización, o bien aquello para unos casos y la autorización para otros supuestos). La experiencia empresarial es decisiva en este campo a fin de acertar cuali y cuantitativamente y para ello puede ser de interés lo que expongo a continuación.

B. La importancia del informe de gestión, el cual ha de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la

sociedad (art. 202.1 Ley SA). Buena piedra de toque para que la Junta General acierte en los acuerdos o decisiones a los que debe exigir la autorización o impartir instrucciones –o ambos controles, desde luego– si ante asuntos de gestión de largo tracto nos encontramos (sobre esto MALLO RODRÍGUEZ. Puede verse en *El informe de gestión de los administradores*, de RAFAEL LARA GONZÁLEZ. Editorial ARANZADI, 1999; especialmente pp. 68 y ss.).

C. En el artículo 44 que estoy estudiando he tratado de separar la regulación legal en sus números 1 y 2. Separadamente pero a la vez de modo combinado, mas no confundiendo su respectivo contenido. Algo de confusión sí que ha habido en el tratamiento jurídico dado a un supuesto fáctico que en Resolución ha terminado. Voy a transcribirlo íntegramente, ya que tanto éste como el que antes de modo resumido expuse –la Resolución del 97 ya citada– importan. Importan porque –a mi parecer– toda la temática competencial Junta General-administradores adolece hoy por hoy de falta de nitidez, pero si se cala hondo en el *sustratum* que en el artículo 44 anida, la claridad puede ir recuperándose. La Resolución de 12 de mayo de 1999, ante el artículo 23 de los estatutos de la SRL x en el que se dice: “La delegación permanente de todas o alguna de las facultades del Consejo en uno o varios Consejeros Delegados y la designación del o de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirá la aprobación de la Junta General”, considera lo que a continuación transcribo:

Los estatutos, tras admitir la posibilidad de la delegación, establecen una limitación, que la delegación permanente y la designación de las personas que ocupen el cargo requieren la aprobación de la Junta general. Con lo que se centra el debate en si tal exigencia se acomoda o no a lo previsto en el artículo 44.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Con ello se desenfoca el problema, pues la norma en cuestión se limita a permitir que la Junta general, salvo disposición contraria de los estatutos, se inmiscuya en la gestión social, sea impartiendo instrucciones al órgano de administración, sea autoatribuyéndose la facultad de autorizar la adopción por dicho órgano de decisiones sobre determinados asuntos que son, en principio, de su exclusiva competencia. Se trata, por tanto, de una facultad legal de la Junta salvo exclusión expresa, en cuyo alcance y efectos no es preciso introducirse. En realidad –afirma– el problema ha de plantearse con relación al apartado 1.º, letra h), del mismo artículo, en el que, dentro de la enumeración de las competencias de la Junta general, se contiene una habilitación a los estatutos para hacerlas extensivas a cualquier otro asunto, habilitación que si bien no puede entenderse como absoluta, sí que permite cobijar en su seno la aprobación de los acuerdos de delegación de facultades y la designación de las personas que han de

ocupar los cargos delegados, que pasa a ser, de este modo, una competencia estatutaria de la Junta.

Así planteado el problema, ningún reproche puede hacerse a la configuración que en este caso hacen los estatutos de la delegación de facultades del Consejo de Administración. La iniciativa para delegar, la configuración del órgano delegado, la extensión de las facultades que se deleguen y la designación de los administradores que pueden actuar como Consejeros Delegados, son competencia del propio Consejo que, pese al silencio de los estatutos, habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas en base a la remisión del artículo 57.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ahora bien, por aquel imperativo estatutario que goza de cobertura legal, la delegación permanente de facultades y la designación de los Consejeros en quienes se haga, requerirá la aprobación de la Junta general, requisito que ha de entenderse limitado a sus propios términos y que no puede entenderse referido ni a la iniciativa, ni a la configuración de las competencias ni a la elección de las personas y sin que las disfunciones que con ello puedan plantearse –piénsese en una aprobación sólo parcial de la delegación o de los nombramientos– sean motivos suficientes para rechazar su inscripción.

D. Por de pronto, un supuesto de aplicación práctica y operativa en sociedades limitadas de cierta importancia empresarial consiste en la profesionalización de la supervisión y el control: me refiero a la figura del administrador externo, del consejero independiente que ingresa en la sociedad y que, designado por la Junta, controla, fiscaliza y supervisa la gestión que el o los demás administradores, los consejeros gestores, los ejecutivos, realizan. Si en el caso de sociedades cotizadas el llamado *Informe Olivencia* acude a esta línea de actuación: el Consejo aprueba las estrategias generales de la sociedad y supervisa la gestión ordinaria de los administradores ejecutivos, ante sociedades de responsabilidad limitada, en que el poder decisorio no se desentiende del ejecutivo, ha de proporcionarse a los interesados facilidad instrumental, a fin de que *el control* y la supervisión sea ágil y eficaz a la vez (HELMUT NEUMANN decía hace poco que comienza a ser frecuente que empresas familiares que quieren profesionalizar el órgano de administración encarguen a firmas especializadas la búsqueda y selección de consejeros independientes).

¿No supondrá este control un a modo de *veto*, ya de la Junta directamente, ya por delegación al órgano de administración en su seno? No debe a mi juicio considerarse así: el artículo 44.2 está permitiendo lo que claramente dice en materias de *gestión* social, y en este sentido ha de interpretarse y aplicarse. Distinta sería la exigencia de que “determinados

acuerdos... han de adoptarse por unanimidad”, lo que —como ha considerado con acierto la Resolución de 25 de abril de 1997, ya citada—, constituiría una contradicción con el principio legal que en sede de sociedades de capital impone la adopción de los acuerdos del Consejo de Administración por mayoría de sus miembros (art. 140 Ley SA).

Téngase en cuenta además que, como considera el Reglamento del Registro Mercantil: en los estatutos se hará constar a qué administradores se confiere el poder de representación (caso de solidarios cabe, con alcance meramente interno, distribuir entre ellos las facultades; si son conjuntos, el poder de representación ha de ejercerse mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos, y caso de Consejo —sin perjuicio de que el poder de representación corresponde al órgano—, los estatutos pueden *además* atribuirlo a uno o varios miembros del Consejo, a título individual o conjunto; art. 185; y art. 62 de la Ley de Limitadas).

Y es que al final una enseñanza se obtiene de todo este campo problemático: gestionar lo ajeno es complicado, defender lo propio y sacar adelante la empresa también. Pero la “revolución de los managers” no puede llevar a entender que si se nombra un gestor, luego lo que cabe es sólo cesarlo o separarlo del cargo y en su caso reclamarle daños y perjuicios. Administración de un lado, representación cara a terceros de otro, constituyen dos esferas con ámbitos complejos, pero separables; cada uno admite deslinde y a su vez el primero control al órgano de administración y el segundo exige del jurista precisa y clara delimitación de las respectivas competencias.

y E. ¿Límites en la actuación del órgano de administración en su actuación representativa?: el artículo 63 (al que se refiere el último inciso del 44 en el estudio), lo deja a salvo del control por la Junta General. Pero entendamos correctamente la salvedad: con efectos internos, en la relación sociedad-órgano, éste puede ver limitado su actuar, válidamente y con la eficacia propia de la exigencia de responsabilidad; así, es frecuente limitarle su actuar respecto a determinados contratos o en cuanto a la prestación de avales o para operaciones que superen una determinada cuantía, constanding así expresamente al explayar las facultades del órgano en los estatutos. La enumeración de sus facultades ciertamente no se inscribe en el Registro Mercantil (artículo 124.4 del Reglamento), pero ello no obsta para lo que acabo de exponer.

VIII. “Cuando la modificación estatutaria... afecte a los derechos individuales de los socios no podrá inscribirse la escritura sin que conste ... el consentimiento de los... afectados...”. Artículo 195 del Reglamento del Registro Mercantil que completa la misma exigencia de la Ley de Limitadas en su artículo 71.1, segundo párrafo

¿Qué decir del requisito transcrito ante la actual aplicación real de la Ley de 1995?

1. Ya los primeros comentaristas se percataron del peligro que entrañaba la interpretación –elefantiásica en potencia– que podía recibir la expresión del legislador. El Reglamento no se atrevió a precisar y en su caso a embridar la norma (¿era su misión hacerlo o no?). En el sentido de dar la voz de alarma: ESPÍN GUTIÉRREZ, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LORA-TAMAYO y CABANAS-CALAVIA.

2. Lo anterior ha llevado a que recientemente algún autor considere que: para evitar que el principio mayoritario quede reducido a su mínima expresión en el ámbito de la Ley de Limitadas, convirtiéndose en “una varita mágica en manos de un aprendiz de brujo, el socio derrotado en la votación”, aduciendo que se ha visto afectado en un derecho individual que le pertenece (en expresión de CABANAS TREJO), hay que reconducir los supuestos de aplicación normativa al terreno de los derechos especiales (lo que en la Ley de SA –dice el autor citado últimamente– son derechos especiales *ex* artículo 148, en la Limitada conforman la noción misma de derecho individual).

3. Pero a la vez, también desde los primeros momentos fuimos más de uno los que quisimos poner el dedo en la llaga de los derechos clave, esenciales, los que configuran la posición jurídica del socio en la sociedad en estudio: a mi parecer el legislador –que en la Limitada ha evitado el listado de derechos que “como mínimo tiene el accionista” en la Anónima según el artículo 48 de su Ley reguladora, para no caer en la tentación –errónea– de trasvasar la redacción del precepto: “la acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos...”, se acoge a la tabla de salvación que airosamente le proporciona el artículo 5: las participaciones atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones...: dividendo –art. 85–, voto –art. 53.4–, participación en la liquidación –art. 119.1–. Esto lo primero y ante todo. Luego, en buena lógica, aquellos derechos que uno o varios socios hayan obtenido –vía estatutaria– también han de ser respetados si una posterior modificación de los estatutos pretende alterarlos en su perjuicio (piénsese en los derechos derivados para el socio con la obligación de prestación accesorio, *ex* artículo 23 –prestaciones accesorias retribuidas–; o en el caso de que “determinadas participaciones mientras sea su titular el socio Z lle-

van aparejado el derecho a x número de votos”, de que ya hablé en el apartado anterior).

En último término, el mismo legislador resuelve otras cuestiones que cabría plantear su en otro caso injustificable silencio: la creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias –dice el art. 25.1– ... requiere además el consentimiento individual de los obligados; y es que no caben nuevas obligaciones para los socios sin con ellos contar (art. 71,1, segundo párrafo), lo que supone la otra cara de la moneda de su posición jurídica: su derecho a la igualdad de trato en la limitada (sobre ello GARRIDO DE PALMA, pp. 167 y ss. *Op. cit.* Tomo I. 1996, y SÁNCHEZ GONZÁLEZ quien en la p. 21, *op. cit.* Tomo II, 1998, afirma: en la letra de la norma que analizamos no se distingue: habrán de incluirse ambos supuestos –los generales reconocidos por la Ley con carácter inderogable a cualquier socio y los “especiales o privilegiados”–.

4. En la línea anterior se mueve, ponderadamente, JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirma que “lógicamente hay que evitar una interpretación amplia y extensiva de esta norma...” (p. 804, *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, cit.). Señalando IGLESIAS PRADA otros supuestos por la Ley previstos (art. 30,3; art. 96 y art. 98), si bien este autor con la remisión final que realiza al principio de sometimiento del ejercicio de los derechos a la buena fe del art. 7.1 Código civil elude a mi entender el tratamiento frontal y en profundidad de la problemática, (hablando en último término de “modificaciones que sean inocuas para el interés de los socios que no han consentido la modificación estatutaria”; p. 1.173, *op. cit.*).

5. Conviene también exponer aquí la interpretación que del término “afectados” realiza ALBERTO BERCOVITZ: si existen derechos reales sobre participaciones, el perjuicio a los mismos legitima al titular para ser considerado que está comprendido en el supuesto de hecho legal. Pienso que, desde luego, si la modificación perjudica al derecho de voto o de dividendo o a la cuota patrimonial caso de liquidación el titular de estos derechos, el socio, se ve *afectado* (aunque exista relación de usufructo: a mi entender la legitimación externa frente a la sociedad la tiene el socio y a éste tiene que dirigirse el usufructuario perjudicado).

Y 6. Destacable es, como cierre hoy por hoy de la temática que la expresión legal en estudio aquí comporta, que la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante una modificación estatutaria consistente en que “desde ahora las participaciones número 1 al 4 gozarán de un dividendo extraordinario de..., mientras pertenezcan a la persona a quien se adjudican en primer lugar, o a sus hijos, convirtiéndose en todo caso en ordinarias en el momento del cese del Administrador fundacional”,

ha declarado que: la modificación estatutaria posterior del derecho individual del socio al dividendo en proporción a su participación social le afecta, por lo que al incidir sustancialmente en el propio aspecto contractual que configura la posición jurídica de socio, es exigible su consentimiento individual (en el caso, no asistió a la Junta un socio titular de la nuda propiedad de nueve participaciones sociales de las 1568 en que está dividido el capital social y no constaba la voluntad de dicho socio. Resolución de 21 de mayo de 1999).

El criterio del Centro directivo, sólo apuntado, comporta aspectos apreciativos de interés: ante todo porque permite poner de manifiesto que la participación social tiene carácter sólo instrumental, de modo que el punto de referencia es siempre el contrato y aquélla constituye sólo el medio para plasmar el contenido de la posición jurídica del socio (como ya he puesto de relieve insistentemente); en segundo término, el reconocimiento que hace del derecho individual del socio –no ya de socios individualmente considerados– al dividendo en proporción a su participación social (que por la modificación estatutaria quedaba alterado); también porque se enfrenta a un supuesto de socio-nudo propietario, aunque aquí ni éste ni el usufructuario se consideraron afectados, perjudicados; y en último término la interpretación –a mi parecer correcta– que hace del artículo 71 (no así para CABANAS TREJO, en su línea ya señalada: puede verse la crítica que realiza –para discrepar de la argumentación de la Resolución, no del resultado –en *La Notaría*, número 6, junio de 1999; pp. 316 y ss.).

IX. La exclusión del socio del seno social y el derecho a adquirir las participaciones de un socio si se producen determinadas circunstancias. El artículo 98 de la Ley y el 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil

1. En 1999 IGLESIAS PRADA ha tocado aspectos importantes de la exclusión y del derecho de adquirir reglamentario respectivamente, los que conviene considerar. En su opinión: cabe la exclusión estatutaria “por justos motivos”, sin que sea óbice para ello la exigencia reglamentaria de que “las causas han de ser determinadas concreta y precisamente”. Tal causa respeta –a nuestro modo de ver, dice– los límites de la autonomía estatutaria en la materia... y debería ser considerada lo suficientemente precisa y concreta como para superar la referida exigencia reglamentaria.

Y en cuanto al derecho de opción adquisitiva de sello reglamentario (art. 188.3 RRM), en su opinión, constituyen las restricciones que comportan para el socio obligado “casos de exclusión de socios”.

Apreciaciones que si bien no son nuevas (pueden verse los enfoques doctrinales en tal sentido en GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, II, pp. 155 y ss. y 174 y ss., respectivamente), cabe considerar que es momento oportuno para volver sucintamente sobre ellas.

2. La exigencia de concreción y precisión para que los estatutos plasmen otras causas de exclusión (para lo que el art. 98 exige –al igual que para modificar, y el Reglamento añade, para suprimir las estatutarias– el consentimiento de todos los socios) no se compadece con dejar al criterio de la Junta General que acuerde la expulsión del socio porque existe a su parecer justa causa (el socio afectado no puede votar, art. 52.1 de la Ley); incluso aunque se trate de “precisar más”, considerando que: si vulnera el deber de lealtad o fidelidad del socio con la sociedad por incumplir gravemente obligaciones sociales, la Junta General podrá excluir...

“Es que el jurista no tiene por qué asumir la carga de explayar causas estatutarias de exclusión, máxime si se está conforme por los interesados en dejarlo al criterio ponderado de la Junta General”; así se ha dicho y en el fondo de la cuestión tal razonamiento está en todo caso latente. A mi juicio lo expuesto no parece suficiente: la relación contractual existente, el *sustratum* íntimo de la posición del socio en la Limitada exigen que “no quede al arbitrio de los demás”, aunque pueda considerarse no injusto tal arbitrio: concrétnense y precísense las causas estatutarias de exclusión.

3. Y respecto a la obligación de transmitir y el correlativo derecho de adquirir del 188.3 reglamentario, de antiguo se han conocido este tipo de previsiones: para el caso de que el socio deje de trabajar en la empresa social, o si cumple determinada edad, o llega a la edad de jubilación..., como supuestos más frecuentes.

¿Estamos ante casos de exclusión y por ello el régimen legal total de la figura es de aplicación; o es figura diferente y se convierte así en *agua de borrajas* –la expresión es de ALFARO– la imperatividad de los requisitos de la Ley y del Reglamento en sede de exclusión (exigencia del pago del valor real, reducción del capital social).

A mi entender, estamos ante un *plus* regulador que el Reglamento yuxtapone a la regulación legal de la exclusión; de lo contrario hubiera guardado silencio sin más. Al hacerlo, con la parquedad reguladora con que lo ha realizado, debe ser la atenta previsión del jurista la que –ante el caso real concreto– asesore la conveniencia o no de su regulación estatutaria; concretando las causas de forma clara y precisa (como el precepto reglamentario exige), así como el valor de las participaciones a los efectos de que constituya el precio de la compraventa por el socio implicado y a favor de socio, socio o terceros extraños, caso de falta de acuerdo entre las partes (así lo he considerado en la p. 176, *op. cit.* Tomo II. 1998). Ahora bien –sin amalgama confundidora– caso de exclusión es

factible la previsión estatutaria de que socios o terceros puedan adquirir previamente las participaciones del excluido, conviniendo desde luego la completa regulación de la valoración y plazo al efecto (así lo he defendido en la p. 168 de *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. cit. Tomo II, y con referencia a la SA lo admite sin reparo GUTIÉRREZ GILSAN, J. en *Revista de Sociedades*, ARANZADI, p. 362. Número 12. 1999-1).

4. ¿Causas estatutarias de exclusión? Estudiados por mí supuestos dudosos en otro lugar (*Op. cit.* y pp. cit.) es oportuno traer a colación el supuesto que contempla la Resolución de 8 de julio de 1999. Ante un artículo de los estatutos según el cual: ... Artículo 37. Exclusión de socios. La sociedad podrá excluir: ... 3º Al socio al que le resulten embargadas sus participaciones sociales en cualquier procedimiento judicial, administrativo o de cualquier otra índole. A estos efectos se asimilan al embargo propiamente dicho cualquier medida que suponga la limitación para el socio de la libre disponibilidad de sus participaciones sociales. 4º Al socio que devenga en tal condición por adquisición, por cualquier título válido en Derecho, de participaciones sociales mediante cualquier procedimiento de ejecución forzosa frente a quien fuera previamente socio de la compañía, la Dirección General considera lo que transcribo a continuación.

Se plantea la cuestión de determinar si es inscribible la cláusula estatutaria por la que se incluyen como causas de exclusión de socios el embargo de sus participaciones, o el hecho de haberlas adquirido a través de algún procedimiento de ejecución seguido contra una persona que era previamente socio.

El tema de la exclusión de socios se ha planteado siempre en torno a las sociedades personalistas, dada la trascendencia que el "intuitu personae" tiene en estos tipos sociales. Ya el artículo 218 del Código de comercio, con su enumeración de supuestos en los que cabe lo que el texto legal denomina "Rescisión parcial" del contrato de compañía en las sociedades colectivas y comanditarias, supuso un remedio en el ámbito mercantil a la excesiva rigidez de los artículos 1.699 y 1.700 del Código Civil, inspirado en la necesidad, especialmente sentida en el mundo empresarial, de salvar el principio de conservación de la empresa, aunque es cierto que se limita esta posibilidad de rescisión parcial a casos de incumplimiento por el socio de determinadas obligaciones, o de actuaciones desleales o dañinas para la sociedad. Y así, como exclusión-sanción, se vino entendiendo tradicionalmente esta figura. En la actualidad, sin embargo, la configuración doctrinal y legislativa de la exclusión del socio ha cambiado sustancialmente en torno a la sociedad de responsabilidad limitada. En efecto, el artículo 98 de su Ley especial, al tiempo que afirma la posibilidad de excluir al socio que incumple ciertas obligaciones o causa

perjuicios a la sociedad, admite –lo que constituye una novedad legislativa, que no doctrinal–, que se incluyan en los Estatutos otras causas de exclusión o se modifiquen las existentes. Se ha recogido así, al no establecer restricciones a la autonomía de los socios en este punto, lo que venía constituyendo una opinión doctrinal generalizada, en el sentido de que la exclusión del socio no debe configurarse sólo como sanción, sino como un remedio perfectamente lícito para que, a través de la voluntad de los socios, puedan evitarse situaciones que se consideran perjudiciales a la sociedad como consecuencia del cambio en las situaciones personales de los socios, o alteración de la situación de confianza entre ellos, que se estiman potencialmente dañosas para el cumplimiento del fin social.

Pese a ello, tampoco la autonomía de la voluntad puede en este punto ser omnímoda, permitiendo establecer a su amparo causas de exclusión que, como aquellas cuya inscripción se rechaza en este caso, también son contrarias al orden público, al igual que ocurría con la anteriormente vista, con la que guarda evidente analogía. No sólo se penaliza con la exclusión al socio que se ve afectado por una medida cautelar, como es el embargo de sus participaciones, frente a las que cabe reaccionar logrando incluso levantarla y cuyo desenlace último es aún impredecible, sino a un tercero como es el acreedor que tiene derecho a obtener, a través de la realización de los bienes de su deudor, la mayor suma de dinero que la libre presentación de ofertas de subasta pública permita para hacer posible la satisfacción de su crédito y que, además, caso de ostentar ya la condición de socio ve cómo a la anterior se le acumula una nueva sanción, la pérdida de tal condición. La pretendida justificación de estas medidas, el mantener la armonía dentro del cuerpo social de un tipo societario en el que las relaciones de confianza entre sus miembros pueden ser determinantes para el mejor logro de su objeto último, razón que avala la admisión de medidas estatutarias que no defiendan frente al ingreso de extraños, tiene ya, para la mayoría de los supuestos que se tratan de salvaguardar por vía estatutaria, la cobertura legal que le brinda el artículo 31 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde se combinan las exigencias del orden público que preside la realización forzosa de los créditos con la defensa de los intereses sociales.

¿Peca de exceso de rigor la Resolución? A juicio de BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO: es absolutamente rechazable que “la posibilidad de excluir al rematante suponga una transgresión del orden público porque el precio de remate resultaría inferior...”. De todos modos, en todo caso –y así lo reconocen– con la cláusula estatutaria controvertida es claro que quedaría al arbitrio de la sociedad la resolución del vínculo con el rematante, en contra del art. 1.256 C.c. (*La Notaría*, julio-agosto 1999, pp. 469 y 470).

En último término, a mi juicio, la consideración más positiva que de lo transcrito puede hacerse es la relativa al reconocimiento de la configuración de la exclusión no sólo como sanción, sino también para “evitar situaciones que se consideran perjudiciales a la sociedad como consecuencia del cambio de las situaciones personales de los socios, o alteración de la situación de confianza entre ellos, que se estiman potencialmente dañosas para el cumplimiento del fin social”.

X. Reflexión final

Lo expuesto hasta aquí me confirma en la idea de la necesidad del punto de partida del que al inicio del presente estudio he hablado: la distinción del ámbito institucional de la figura, el de las relaciones externas, y el ámbito contractual propio de su estructura interna, en el que tiene amplio juego la autonomía de la voluntad. Sobre esta base, la interpretación e integración de la normativa que de la Ley de 1995 arranca, está demostrando que en el quinquenio transcurrido, se confirma tanto la bondad de las ideas fuerza que el legislador ha considerado como ejes configuradores del tipo legal, como la necesidad de que el jurista ahonde en tales principios básicos, a fin de extraer las consecuencias que demanda el conveniente ajuste normativo a los supuestos empresariales que la realidad muestra como aptos, idóneos, para la adecuada aplicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. EL NUEVO PAPEL DEL PRESIDENTE, EL VICEPRESIDENTE, EL SECRETARIO Y EL ADMINISTRADOR (*)

EDUARDO PÉREZ PASCUAL

Abogado

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

Letrado asesor del Colegio Oficial

de Administradores de Fincas Urbanas de Valencia

**SUMARIO: A. CONSIDERACIONES GENERALES. B. EL PRESIDENTE.
C. EL VICEPRESIDENTE. D. EL SECRETARIO. E. EL ADMINISTRADOR.**

A. Consideraciones generales

La propiedad horizontal presenta una estructura orgánica. “La concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de

(*) Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, organizadas por el Centro de Estudios del Colegio Notarial de Valencia. Valencia, enero de 2000.

un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos titulares –nos dice la Exposición de Motivos de la Ley 49/1960 de 21 de julio– ha hecho indispensable en la práctica la creación de órganos de gestión y administración.” A tres órganos confiaba dicha Ley el funcionamiento normal del régimen de propiedad horizontal: la Junta de propietarios, el Presidente de la misma y el Administrador.

La Ley 8/1999 de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, lleva a cabo una regulación actualizada de las funciones de los órganos de la comunidad de propietarios, en particular del Administrador, que podrá ser cualquier propietario, el mismo Presidente o persona ajena con cualificación profesional suficiente; del nombramiento, renuncia y funciones del cargo de Presidente y Vicepresidente; y mayor relevancia del cargo de Secretario que podrá ser desempeñado conjuntamente con el de Presidente o Administrador.

El artículo 13 de la Ley establece como órganos de la comunidad la Junta de propietarios, a quien corresponde el nombramiento de los demás cargos (art. 14.a), como son el Presidente y, en su caso, el Vicepresidente, el Secretario y el Administrador, sin perjuicio de poder establecerse, estatutariamente o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, otros órganos de gobierno de la comunidad, sin menoscabo alguno de las funciones y responsabilidades frente a terceros que la Ley atribuye a los anteriores.

Con mayor precisión, el Presidente será nombrado, entre los propietarios, mediante elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo.

Se le confiere competencia para requerir fehacientemente al propietario y al ocupante del piso o local, el cese de actividades prohibidas en los estatutos o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, pudiendo entablar las acciones judiciales pertinentes, previa autorización de la Junta de propietarios (art. 7.2).

Poner el visto bueno en las certificaciones sobre el estado de deudas cuando se produzca la transmisión en instrumento público, por cualquier título, de la vivienda o local (art. 9.1.e); o en la citación a los propietarios cuando fuere imposible practicarla en el piso o local de la comunidad (art. 9.1.h); o conocer el cambio de titularidad que exonera de responsabilidad al propietario transmitente en los términos establecidos en el artículo 9.1.i, o en la certificación del acuerdo de la Junta de propietarios para proceder judicialmente contra los propietarios morosos (art. 21.2).

Convocar las juntas de propietarios, bien a iniciativa propia bien a iniciativa de la cuarta parte de los propietarios, o un número de éstos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación, incluyen-

do en el orden del día la petición de cualquier propietario sobre temas de interés para la comunidad (art. 16.1 y 2).

Firmar las actas de las juntas de propietarios (art. 19.3) y recibir la información sobre reparaciones urgentes de la casa (art. 20.c) entre otras.

Ejercitar las acciones judiciales contra los propietarios morosos, acordadas por la Junta de propietarios (art. 21.1).

Formar parte de la agrupación de comunidades de propietarios (art. 24.2.b y 3.a).

Será responsable de la exactitud de las certificaciones en que ponga el visto bueno, antes expuestas (art. 9.1.e), durando su nombramiento un año, salvo disposición estatutaria (art. 13.7), y en general, de su actuación como representante “legal” de la comunidad.

Al Vicepresidente le corresponde sustituir al Presidente, en los casos de “ausencia, vacante o imposibilidad de éste” (art. 13.4).

El Secretario tiene como funciones principales las de expedir las certificaciones citadas anteriormente; redactar las actas de la Junta de propietarios, firmando las mismas y subsanando los defectos o errores que se pudieran haber cometido en su redacción (art. 19.3); notificar y recibir las notificaciones previstas en la Ley (arts. 9.1.h; 17.1, párrafo cuarto); custodiar los libros de actas y conservar durante el plazo de cinco años las convocatorias, comunicaciones, apoderamientos y demás documentos relevantes de las reuniones (art. 19.4).

El Secretario será responsable del contenido de las certificaciones que expida, como fedatario privado, siendo la duración de su cargo el común de un año para todos los restantes cargos (art. 13.7).

El Administrador es el órgano de gestión de forma principal, sin perjuicio de determinadas facultades representativas que le pudiera conceder la Junta de propietarios. Deberá recibir la comunicación sobre la necesidad de reparaciones urgentes en el inmueble, que le pudiera comunicar cualquier propietario (art. 7.1), o sobre el cambio de titularidad de algún propietario (art. 9.1.i); cargo que podrá ser ejercido por cualquier propietario, así como por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida y por “corporaciones y otras personas jurídicas en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico” (art. 13.6); informar a la Junta de propietarios de las medidas urgentes adoptadas en la conservación y entretenimiento de la casa (art. 14.c); asumir todos los cometidos que le asigna el artículo 20 de la Ley y, en su caso, por haberlo acordado la Junta, la reclamación judicial a los propietarios morosos (art. 21.1).

El Administrador es responsable ante la Junta de propietarios y ante terceros de su actuación, responsabilidad especialmente exigible en el supuesto de ser retribuida su función y en el contexto de las relaciones jurídicas en las que actúa profesionalmente, bien sean éstas las propias de

un mandato o de un arrendamiento de servicios, cuestión discutida con mayor interés en la redacción actual de la Ley por razón de la profesionalidad que se contempla en dicho cargo.

Las anteriores precisiones son las que podríamos tildar de básicas o generales con relación a los órganos citados. Sin embargo, la problemática que plantean algunos aspectos de su regulación legal, convierten la actuación de los mismos en una de las cuestiones jurídicas más debatidas dentro del régimen legal de la propiedad horizontal.

B. El Presidente

El Presidente constituye uno de los órganos básicos de la comunidad de propietarios. Es el órgano representativo principal de la comunidad. El artículo 13 LPH, en su nueva redacción, afirma que el Presidente será nombrado entre los propietarios de la comunidad, afirmación impuesta por la Ley como lo hacía, en la redacción anterior, el artículo 12 de la misma.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) viene afirmando la exigencia de ser propietario de la comunidad para poder ser elegido Presidente. Por todas, la STS de 30 de abril de 1994 (1) que declara ser nulo el acuerdo si no resulta nombrado un propietario. Entendemos no deben prosperar los supuestos, bien que sean excepcionales, admitidos por alguna sentencia del TS, como la STS de 10 de diciembre de 1998 (2) que considera válido el acuerdo por el que se nombra Presidente al hijo del propietario por imposibilidad de éste, o en la STS de 10 de diciembre de 1990 (3) en la que se nombra también al hijo en representación de su padre en virtud de poderes notariales conferidos por éste a su hijo, o bien por haber caducado la acción de impugnación como en la STS de 28 de octubre de 1974. Y ello porque si bien la asistencia a la Junta puede hacerse mediante representante (art. 15), no debe ampliarse la posibilidad al supuesto de elegibilidad (4) para ser titular de un órgano de representación, porque la exigencia de ser propietario supone una garantía para terceros y no pertenece a la esfera de disposición del legitimado. Esta es la razón por la que no prosperó la proposición del Grupo Mixto (5) para que pudieran ser presidentes los representantes legales de los incapacitados. Si el titular propietario es una

(1) Repertorio Jurisprudencia Aranzadi, año 1994, n° 2951. Otras sentencias en el mismo sentido de 16 de enero de 1985, 1 de julio de 1989, 13 de mayo de 1990.

(2) RJ Aranzadi, 1998, n° 9931.

(3) RJ Aranzadi, 1990, n° 9931.

(4) GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Edit. Aranzadi, 1999, p. 366.

(5) BOCG Senado, Serie III B de 8 de enero de 1999, n° 35 c).

persona jurídica, el Presidente podrá serlo su órgano de representación; en el caso de una comunidad de gananciales cualquiera de los cónyuges (arts. 1384-1376 C.c.); como en el supuesto de pro indiviso el designado por sus titulares (art. 15). En el caso de usufructo entendemos tendrá que serlo el nudo propietario (art. 15).

Para su nombramiento, la reforma de la Ley establece la elección por los propietarios, y subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo.

Entendemos que el sistema de turno rotatorio y el de sorteo son subsidiarios del sistema de elección, que la Ley no aclara y, en caso contrario, tendría que consignarse en los estatutos estableciendo el orden de subsidiariedad (6). Además, los sistemas dichos pueden entremezclarse.

El sistema de turno rotatorio precisa definir el principio del mismo. Posiblemente haya que designarlo por sorteo. Iniciado el turno rotatorio, si en un momento dado, los propietarios deciden utilizar el sistema de elección, habrá que pensar que después continúa con la propiedad donde quedó aquél. Igualmente habrá que decidir si el turno se regula por propiedades o por propietarios al poder tener una misma persona más de una propiedad. Parece debe ser, más bien, lo primero.

El turno de sorteo parece menos equitativo. Su fórmula no debe plantear problemas por el uso social y generalizado que suele utilizarse. Insaculación de todas las propiedades y extracción a la suerte de una de ellas.

El nombramiento por elección de la Junta lo será por mayoría, quórum establecido en el artículo 17.3 LPH, y teniendo en cuenta que el voto personal será uno por persona con independencia de las propiedades que dicha persona tenga en la comunidad, conforme a la Sentencia del TS de 10 de febrero de 1995.

Son los propietarios los únicos legitimados para llevar a cabo la elección, y esa elección constituye un deber de los mismos ya que el Presidente es un órgano esencial e imprescindible en el funcionamiento del régimen de propiedad horizontal (7), cargo que ha sido calificado de oficio de Derecho Privado (8).

Y el propietario elegido puede solicitar su relevo al juez dentro del mes siguiente a través del procedimiento establecido en el artículo 17.3 de la Ley, procedimiento que igualmente se aplicará cuando fuere imposible para la Junta de propietarios designar Presidente (art. 13.2, último párrafo), y en un supuesto no previsto, bastante frecuente, cual es que el nombrado ni acepta ni repudia el cargo, simplemente hace caso omiso de tal

(6) GÓMEZ MARTÍNEZ, *La Ley de Propiedad Horizontal*; Aranzadi, 1999, pp. 154 y ss.

(7) Así lo señala GONZÁLEZ ARRIBAS, *Actualidad Inmobiliaria*, núm. 2, febrero 1999, p. 2.

(8) GÓMEZ MARTÍNEZ, cit., p. 156.

nombramiento. El nombramiento por el juez será provisional y señalará un nuevo plazo para que se designe nuevo Presidente.

La duración en el cargo de Presidente es de un año (art. 13.7) salvo que los estatutos dispongan lo contrario. Ha desaparecido en la reforma de la Ley la continuidad tácita que se decía en el anterior artículo 12. Si caduca el nombramiento cabe preguntarse quién convocará la Junta para un nuevo nombramiento, entendiendo que pudiera serlo cualquier propietario por analogía con el artículo 454 LSRL (9).

El artículo 13.3 LPH establece que el Presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten.

La STS de 5 de julio de 1995, a la que preceden otras muchas (SS 27 de noviembre de 1986, 10 de diciembre de 1990, 20 de abril de 1991) afirma que el Presidente de la comunidad de propietarios, al carecer ésta de personalidad jurídica, la representa orgánicamente y su voluntad vale, frente al exterior, como voluntad de la misma. Más contundentemente, la STS de 20 de diciembre de 1996 (10) nos dice que el Presidente “no actúa como un procurador ni ostenta una delegación *ut lite pendente* en sentido técnico, que exija una suerte de mandato representativo *ad hoc*, sino que interviene como un órgano del ente comunitario, que sustituye la voluntad social con la suya individual, con la posibilidad de considerar lo realizado no como hecho en nombre de la Comunidad, sino como si fuera la misma quien lo hubiera verificado, sin perjuicio de la relación interna entre ambos”. Ciertamente, tras la reforma de la LPH y la obligatoriedad del cargo de Presidente, no parece que puedan mantenerse las construcciones jurídicas amparadas por parte de la jurisprudencia, de considerar la representación voluntaria como la propia del Presidente.

Si se mantiene nuestra afirmación (11) de que la Junta de propietarios es una asociación específica con carácter propio en el campo del Derecho Privado, por cuanto la razón de la pertenencia a dicha asociación es la titularidad de un elemento privativo, titularidad *propter rem*, y la finalidad de la asociación es de servicio a otra finalidad, aquella que cumple la parte privativa, carente de personalidad jurídica, debemos preguntarnos por la significación de la representación legal del Presidente.

La representación jurídica es una cuestión ampliamente debatida. DÍEZ-PICAZO ha estudiado magistralmente esta cuestión (12). Parece que ya

(9) Así lo entiende GONZÁLEZ CARRASCO, cit. p. 475.

(10) RJ Aranzadi, 1996, n° 9277.

(11) PÉREZ PASCUAL, *El Derecho de Propiedad Horizontal*, Marcial Pons, Madrid, 1974, p. 133.

(12) DÍEZ-PICAZO, *La Representación en el Derecho Privado*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pp. 49, 55, 65, 131, 182, 287, 288.

desde WINSCHIED se acepta la distinción entre mandato y representación, explicando FERRARA lo que llama “principio de fungibilidad” de los esquemas estructurales, esto es, que junto a un esquema estructural existe un esquema funcional, de donde no siempre un esquema funcional está ligado a un mismo esquema estructural. Por ello los efectos de un esquema funcional pueden producirse teniendo por base diferentes esquemas estructurales. La relación representativa, como dice DÍEZ-PICAZO, puede obedecer a diferentes estructuras, como el mandato, el arrendamiento de servicios, la sociedad, etc.

Ahora bien, la llamada representación legal, cuando es la Ley quien la establece, difiere de la representación voluntaria. Siguiendo la doctrina de MOSCO, en la representación legal el representante es, por hipótesis, el único posible autor del negocio, la actuación del representante es la única posibilidad de actuación, no hay verdaderos poderes de representación, son poderes tipificados, y fuera del ámbito familiar y estrictamente mercantil, en la propiedad horizontal están marcados por la Ley, aunque la cuestión se presenta más confusa para designar un ámbito de poder o facultades frente a terceros.

No tenemos más remedio que recurrir a la estructura orgánica de la comunidad de propietarios para poder concluir en la naturaleza jurídica de la representación legal del Presidente. La unificación de los titulares en la Junta de propietarios, con un juego de decisiones individuales, no forzosa-mente concordantes, origina una decisión propia y única de dicha Junta. Este órgano es, así, la fragua donde las individualidades se funden y transforman en una voluntad colectiva, cuyo poder le viene de la transformación de los poderes de los propietarios, mediante un procedimiento que, según la gravedad de las decisiones, requiere unanimidad o mayoría de las voluntades individuales en la adopción de un acuerdo. Y una vez formada la voluntad colectiva, ésta es independiente y separada de las voluntades individuales de los propietarios. Es distinta.

Esta voluntad es la que personaliza el Presidente. La LPH la llama representación legal, lo que es admisible si entendemos, como acabamos de decir, que la actuación del Presidente está marcada por los límites de la Ley. Su actuación no podrá exceder del ámbito legal, cuestión aparte apariencias jurídicas y actuaciones de buena fe, sobre todo, por parte de terceros.

Representación legal que ha de entenderse de modo diferente a las representaciones legales de menores, incapacitados, ausentes, etc., más próxima en su concepto a la representación legal de las personas jurídicas. Al decir la Ley que “El Presidente ostentará legalmente la representación de la Comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten”, supone, a nuestro entender y de forma principal, una garantía para los terceros que se relacionen con la comunidad. Y los actos realizados por el

Presidente se independizan del propietario que en cada momento ocupe dicho cargo. Así, por ejemplo, es válido y permanece el poder procesal conferido a un procurador de los tribunales aunque cambie el propietario que ostente el cargo, según reconoce la jurisprudencia del TS y audiencias provinciales (13).

El Presidente requiere, de forma más clara en la nueva redacción de la LPH, la previa autorización de la Junta de propietarios para su actuación procesal (arts. 7.2; 21.1 y 2), no así en su actuación extrajudicial y sin perjuicio de la relación interna comunitaria. La STS de 10 de julio de 1995 afirma que en la Junta reside exclusivamente la facultad de la comunidad para proceder judicialmente, de forma que la inicial falta de acuerdo constituye un defecto subsanable del artículo 693.3º LEC, exigiendo la STS de 9 de abril de 1996 la justificación del cargo de Presidente y la autorización de la comunidad para ejercitar las acciones que se postulan en su nombre y conforme a las SS de 20 de abril de 1991, 15 de enero y 9 de marzo de 1988. Por ello entendemos que sentencias del TS como la de 20 de diciembre de 1996, al afirmar que el Presidente no necesita autorización de la Junta para intervenir ante los Tribunales, cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos de la Ley, es doctrina que puede distorsionar la estructura orgánica de la comunidad, aparte la dificultad de entender cómo un Presidente pudiera actuar ante los Tribunales ejercitando una pretensión que no beneficie a la comunidad. Quizás en supuestos de urgencia de ser demandada la comunidad puede admitirse la actuación del Presidente, pero es imperativo que éste deba informar a la comunidad que deberá ratificar su actuación, lo que confirma, como excepción, la afirmación general. Así puede observarse en la Sentencia del TS de fecha 28 de julio de 1999 (14), con cita de continuada jurisprudencia, al distinguir entre propiedad horizontal y propiedad *pro indiviso* y la necesidad, en este último caso, de demandar a todos los propietarios.

En las relaciones contractuales, conforme a lo expuesto, la comunidad queda obligada por su Presidente aunque, en principio, no esté autorizado por la Junta de propietarios, siempre que el contratante actúe de buena fe, indispensable para que la protección a la apariencia formal pudiera desplegar su eficacia jurídica (15), puesto que no sabía ni tenía por qué saber que aquel Presidente, órgano de la comunidad, al ponerse en relación con él, no había recabado el asentimiento del resto de los mismos, aspecto éste subjetivo de la buena fe que recogen los artículos 433 y 1950 C.c. y que inevita-

(13) STS 19 noviembre de 1993; AP de Tenerife de 24 de julio de 1990, *RGD*, 1991, p. 4499.

(14) RJ Aranzadi, 1999, nº 6102.

(15) RJ Aranzadi, 1965, nº 3666.

blemente debe ponerse en relación con el artículo 1258 C.c. Ello sin perjuicio de las responsabilidades en que dicho Presidente haya podido incurrir frente a los demás propietarios (16). Cuestión jurídica en la que ha de procederse con la mayor cautela exegética, como lo acredita la STSJ de Navarra de 7 de marzo de 1996 (17) en supuesto de contrato de transacción aprobado por la Junta de propietarios por acuerdo mayoritario cuando requería unanimidad, por lo que posteriormente fue declarado nulo, no quedando protegido, en este caso, el contratante concedor de todo ello.

Y sin perjuicio de que puedan existir prohibiciones estatutarias en relación con dicha representación, como contempla la Sentencia del TS de fecha 30 de julio de 1991 (18).

Esta legitimación se viene produciendo con más claridad cuando se trata de legitimación activa, pero no aparece con la misma claridad cuando se trata de legitimación pasiva (19); si se contempla el artículo 268 LEC, actualmente vigente, y la doctrina del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 195/1990 y 326/1993, y las matizaciones de las Sentencias 275/1993 y 39/1996, se entiende por parte de la doctrina que el emplazamiento del Presidente debe realizarse con el apercibimiento de la obligación de comunicar a cada propietario la existencia de la demanda. No siendo así, parece que aún podría recurrirse al caso resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de noviembre de 1995 (20) en un recurso de revisión, al decir: "La representación en juicio de las comunidades de propietarios por medio de sus presidentes, es más bien orgánica y no anula la de los demás condóminos como directamente interesados, pues en forma alguna se impide que éstos puedan ejercitar las acciones que benefician a la comunidad, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, lo que trasladado a la presente cuestión, determina que aunque no hubiesen sido efectivas partes litigantes los ahora recurrentes, no se les puede negar la condición de efectivos destinatarios de la sentencia pronunciada en el juicio principal, por lo que les asiste la necesaria legitimación activa para promover la revisión, conforme a la más moderna doctrina elaborada por esta Sala, que ha superado la rigidez de las normas para ajustarlas a la realidad social y otorgar la legitimación a los que se presenten afectados o directamente interesados en el resultado del juicio y aunque no hubieran litigado en el mismo", con cita de las Sentencias de 19 de enero de 1981, 4 de noviembre de 1992, 28 de diciembre de 1993 y 7 de junio de 1995.

(16) *La ley*, Diario nº 4072 de 4 de julio de 1996.

(17) RJ Aranzadi, 1996, nº 1942.

(18) GONZÁLEZ ARRIBAS, cit., pp. 7 y 8.

(19) Así lo entiende GÓMEZ DE LA ESCALERA, comentario a la STS de 6 de mayo de 1996, *Rev. Jurídica Sepin*, dic. 1996, pp. 40 y ss.

(20) RJ Aranzadi, 1995, nº 8115.

La interesante cuestión que se plantea es la representación del Presidente desde la óptica de la legitimación pasiva y la condena de la comunidad mediante dicha representación, con la consiguiente comunicación de la responsabilidad comunitaria a cada propietario en particular. El artículo 22 LPH, nuevo en la reforma de dicha Ley, a nuestro parecer no ha resuelto el problema, porque después de afirmar que “La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros... subsidiariamente el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso” si previamente requeridos no acreditan encontrarse al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad, pero nada dice del que no lo hubiere sido, sin resolver el problema planteado por varias resoluciones de la DGRN en el ámbito registral, tales como las de 27 y 30 de junio y 7 de julio de 1986, 5 de febrero de 1992 y 24 de agosto de 1993, al afirmar (R. 5 febrero 1992) que cuando se demanda y condena a una comunidad, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que la comunidad en sí carece de personalidad jurídica, pero hay que tener en cuenta que la deuda que pueda establecer la sentencia es una deuda que sólo lo es de los propietarios a través de la comunidad, y únicamente puede hacerse efectiva sobre ellos de acuerdo con las peculiares normas que sobre gastos y deudas están contenidas en la LPH, de las que resulta que hay dos modos de hacer efectiva la sentencia de condena contra la comunidad: a) actuando sobre los bienes comunes (fondos, dinero, créditos, etc.) que estén a disposición de los órganos colectivos de la comunidad, y b) actuando sobre los bienes privativos de los mismos propietarios sobre los que no existe ningún poder directo, dado que la obligación de cada propietario surgida de la sentencia no lo es entre él y el acreedor, sino mediatamente a través de la comunidad y es una obligación *propter rem*. Por tanto, se necesita o un nuevo acuerdo de la Junta que determine el tiempo y forma de contribución de cada uno, o decretarse judicialmente sin merma de las garantías de los propietarios que se concretan en las actuaciones judiciales procedentes. Cuestión que pertenece al ámbito de la responsabilidad civil de la comunidad.

C. El Vicepresidente

El artículo 13.4 de la Ley de Propiedad Horizontal considera la posible existencia de Vicepresidentes, desarrollando la relación de órganos del apartado 1º del mismo artículo. La jurisprudencia ya había admitido esta clase de órganos que, en cuanto al Vicepresidente, se declara ahora expresamente por la Ley. En este sentido las SS del TS de 30 de junio de 1993 y 22 de julio de 1994.

La Ley confía al Vicepresidente los mismos cometidos que al Presidente para los casos de ausencia, vacante o imposibilidad de éste.

El supuesto de la ausencia no puede exigirse que tenga que ser la judicialmente declarada por el tiempo a transcurrir para su declaración procesal, siendo la normal en su consideración social, como viajes, vacaciones, etc.

El supuesto de vacante del cargo de Presidente se producirá en aquellos casos en que éste recurra su nombramiento conforme al apartado 2 del artículo, y en un caso no contemplado en la Ley bastante frecuente, cual es el de que el nombrado haga caso omiso de su nombramiento, absteniéndose de sus obligaciones, con independencia de las responsabilidades en que pudiera incurrir, situación que no puede impedir el normal funcionamiento de la comunidad.

La imposibilidad puede ser física por edad, enfermedad, situación personal, etc.; y puede ser jurídica, en supuestos de oposición de intereses del Presidente, propuestas para su remoción, etc.

El carácter facultativo que señala el artículo 13.4 LPH (21) significa que la Ley no es imperativa en este punto, pero que establecido el cargo estatutariamente o por acuerdo mayoritario, resulta obligado para todos los propietarios. Por el contrario, resultaría ineficaz la cláusula estatutaria que prohibiese la existencia del cargo de Vicepresidente.

La actuación del Vicepresidente no puede suponer menoscabo alguno de las funciones y responsabilidades del Presidente frente a terceros, según señala el apartado 1.º del artículo, y entendemos que tampoco en el orden interno, salvo cuando se den los requisitos de su actuación. Por esta razón, la actuación del Vicepresidente ha de ser probada, esto es, los supuestos de su actuación exigen que éstos se hayan producido realmente pues si no fueran ciertos la consecuencia sería la nulidad de la actuación producida y la responsabilidad consiguiente para quien hubiera dado lugar a tal situación, normalmente en el orden interno, frente a los propietarios, más difícilmente en el externo, frente a terceros, por el principio de la presunción de la buena fe de éstos.

Corresponde también al Vicepresidente asistir al Presidente en el ejercicio de sus funciones en los términos establecidos por la Junta, lo que parece permitir la delegación de funciones en los vicepresidentes, posibilidad muy interesante en las comunidades de gran número de propietarios y finalidades.

(21) GONZÁLEZ CARRASCO, cit. p. 365.

D. El Secretario

La reforma de la LPH ha configurado la figura del Secretario, dándole mayor relevancia, como uno de los órganos estructurales de la comunidad (art. 13.1), si bien sus funciones podrán ser asumidas por el Presidente (art. 13.5) o acumularse a las del Administrador (art. 13.6). Por tanto, dicho cargo podrá ser desempeñado por un propietario, bien separadamente bien en conjunción con el de Presidente, bien por persona ajena a la comunidad que al mismo tiempo sea nombrado Administrador (art. 20.e). No parece que el cargo de Secretario pueda recaer aisladamente en persona ajena a la comunidad.

Las funciones del Secretario son, principalmente, certificar, notificar y custodiar la documentación.

En cuanto a las certificaciones del Secretario, la nueva redacción de la Ley ha introducido algunas novedades. Cabe señalar certificaciones de los acuerdos de la Junta (arts. 7.2; 20.e; 21.2) y del estado de deudas con la comunidad del propietario que lo interese (art. 9.1.e). También redactará las actas de la Junta de propietarios con todas sus vicisitudes (art. 19.3), las convocatorias para dichas juntas con sus correspondientes apercibimientos por delegación del Presidente (art. 16.2), y asistirá a dichas juntas.

El valor de las certificaciones, aplicando los criterios de la STS de 23 de junio de 1983 (22), es el de un documento privado, que no tiene más significación que la meramente formal de un elemento testificativo, en relación con las declaraciones que emita. Por tanto, valor de documento privado.

En cuanto a las notificaciones deberá realizar las señaladas a los propietarios que no hubieren sido habidos en su domicilio en la forma prevista en la Ley (art. 9.1.h); recibir la de éstos con indicación de su domicilio en España; y notificar las actas de las Juntas de propietarios a los mismos, con los efectos para alcanzar las unanimidades o mayorías previstas legalmente (art. 19.3 en su conexión con el art. 17.1. dos últimos párrafos).

En la redacción anterior del artículo 16. primera, segundo párrafo, la LPH establecía la necesidad de la notificación de “modo fehaciente” de los acuerdos de la Junta a los propietarios ausentes, en los casos de requerirse la unanimidad de todos los propietarios. Las SS del TS de 16 de julio de 1992 y 13 de mayo de 1997 afirman que el contenido de dicho precepto no requiere, en cuanto a la fehaciencia de la notificación, que la misma se obtenga notarial o judicialmente, siendo válido cualquier medio que acredite la realidad de la misma.

(22) RJ Aranzadi, 1983, nº 3653.

La redacción actual de la Ley no utiliza la expresión “notificación fehaciente” sino la expresión “por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción”, en los artículos 9.1.h) y 17.1.4. Resulta indudable que la notificación realizada bajo el amparo de la fe pública extrajudicial, concretamente la fe pública notarial, es la forma más eficaz de notificar por la presunción *iuris tantum* que comporta en cuanto a la realidad de la fecha, autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de las partes manifestada ante el notario. Sin embargo, la Ley no exige la fe pública.

El artículo 9.1.h) dispone que las notificaciones y citaciones se harán en el domicilio en España que hubiera designado el propietario, en su defecto en el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo, no reproduciendo el resto de personas relacionadas en el artículo 268 LEC en las citaciones judiciales, y por último, se citará al propietario en “el tablón de anuncios o en lugar visible de uso general habilitado al efecto”, la cual tendrá plenos efectos jurídicos transcurrido el plazo de tres días naturales. Esperemos las decisiones judiciales al efecto, pero el Secretario ha de dar fe de su colocación en dicho lugar al hacer referencia la Ley a “la diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se proceda a esta forma de notificación”, ya que las incidencias que puedan derivarse de tal situación pueden ser muy variadas.

Según lo expuesto, el Secretario da fe privada de sus certificaciones y notificaciones, acreditando por cualquier medio este hecho. Por ello pudiera distinguirse entre “notificación fehaciente” y “fehaciencia de la notificación”, según criterio que parece sustentar alguna sentencia del TS como la de fecha 13 de mayo de 1997.

También tiene el Secretario la obligación de la custodia de la documentación de la comunidad relativa a la celebración de las Juntas de propietarios, libros de actas, convocatorias, comunicaciones, apoderamientos y demás documentos relevantes de las reuniones (art. 19.4).

Especial relevancia y responsabilidad tiene el Secretario en relación con el libro de actas de la comunidad. No sólo por la posible actuación del mismo para su diligenciamiento por el registrador de la propiedad, conforme al artículo 415 RH (redactado por el RD 1368/1992 de 13 de noviembre), sino también por aplicación de la doctrina sentada en la R de 26 de junio de 1987 (23), según la cual la exigencia legal de incorporación de todos los acuerdos de la Junta de propietarios a un libro de actas, rodeado de peculiares garantías de identidad y conservación conforme en la actualidad regula el artículo 19 de la LPH, constituye un presupuesto de su operatividad registral por cuanto es el mecanismo legalmente previsto para dar garantía de su exactitud, de manera que sea a través de este libro como

(23) RJ Aranzadi, 1987, n° 4841.

los acuerdos pertinentes puedan acceder al Registro (art. 108-1º, a RRM), con independencia de que en el aspecto sustantivo la incorporación de los acuerdos al libro de actas no sea presupuesto, pensamos que exclusivo, de su validez o eficacia, conforme a la STS de 10 de octubre de 1985 (24), por cuanto sí que es el medio probatorio normal de dichos acuerdos.

E. El Administrador

La EM de la Ley 49/1960 de 21 de julio confía normalmente el funcionamiento de la comunidad a tres órganos, uno de ellos el Administrador, cargo designado por la Junta, amovible y que puede recaer en un propietario o en un tercero ajeno a la misma, el cual ha de actuar siempre en dependencia de ella, sin perjuicio de cumplir en todo caso las obligaciones que directamente se le imponen, actualizando el Preámbulo de la Ley de Reforma 8/1999 de 6 de abril el cargo de Administrador, exigiendo “cualificación profesional suficiente” para la persona que ocupe dicho cargo, excepto cuando el mismo recaiga sobre un propietario.

Las funciones del Administrador se contemplan actualmente en el artículo 20 de la Ley, que coincide casi en toda su extensión con el anterior artículo 18, excepto la modificación del actual apartado c) del artículo 20 que elimina la expresión del anterior apartado 3.º del artículo 18 que decía “disponiendo las reparaciones ordinarias”, quizás por entenderlas incluidas en la actual expresión “atender la conservación y entretenimiento de la casa”. Por ello entendemos no son necesarias mayores precisiones al respecto.

Del enunciado de estas funciones podemos concluir diciendo que el Administrador es un órgano destinado a actuar la gestión de la comunidad, principalmente en su orden interno y sin perjuicio de las facultades representativas que actualmente le confieren el artículo 21.1º, y más genéricamente, el artículo 20.f).

El cargo de Administrador podrá ser ejercido por cualquier propietario; por persona física “con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida” para ejercer dichas funciones; y por corporaciones y otras personas jurídicas “en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico” (art. 13.6).

Tal relación de posibilidades parece necesitar de un desarrollo legislativo posterior. La Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1994 de 14 de marzo y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 1 de diciembre de

(24) RJ Aranzadi, 1985, nº 4733.

1998, exigió la colegiación obligatoria, y se vienen produciendo Sentencias en las que se declaran responsabilidades penales para los no colegiados (25).

Sea cual fuere el caso, esperaremos a los posibles desarrollos legislativos y jurisprudenciales posteriores.

Lo que sí parece posible afirmar es que la reforma de la Ley ha introducido el requisito de la profesionalidad en las personas físicas y también en las jurídicas, limitando su ámbito de actuación (26) para evitar que a través de estas últimas se intente modificar el sistema de distribución de competencias.

Por ello pensamos es criticable la Ley cuando no exige la profesionalidad a un propietario. Ciertamente que nadie mejor para gestionar su propiedad que el propio propietario, pero no es esta la cuestión. La dificultad de la administración en la PH es creciente. Si bien en pequeñas comunidades ello podría resultar factible, lo cierto es que, cada vez más, nacen supracomunidades y que las normas de la PH se aplican no sólo en el supuesto de viviendas sino también en comunidades con diversas finalidades. Un ejemplo de este fenómeno es el nuevo artículo 24 de la Ley.

En el orden representativo el artículo 20.f) genéricamente y el artículo 21.1 específicamente para el procedimiento previsto en el mismo, permiten encargar al Administrador por disposición de la Junta de propietarios, la actuación en nombre de la misma. No parece haber duda que el Administrador actúa en nombre de la Junta, como representante de la misma por permitirlo la Ley, pero dicha actuación tendrá que estar suficientemente declarada y acreditada en justificación de esa actuación, y que no sea el Presidente, que pudiéramos llamar el normal representante, el que actúa.

Según lo expuesto, parece necesario plantearse la cuestión de la relación jurídica del Administrador con la comunidad. Como ya tuvimos oportunidad de decir (27), la generalidad de los tratadistas configuran esa relación como la propia del mandato.

Ahora bien, del contenido de las funciones del Administrador y de la complejidad de su misión no puede aceptarse ello sin un análisis previo. Efectivamente, el Administrador debe poseer una serie de conocimientos, si se quiere básicos pero necesarios, para el desarrollo de sus cometidos. Así, por ejemplo, a sus conocimientos jurídicos sobre propiedad horizontal debe unir otros de carácter administrativo (relaciones con Hacienda, Ayuntamientos, Autonomías, servicios públicos), fiscales (pago de tributos), con-

(25) SSAP de Zaragoza de 6 de octubre de 1998; AP de Madrid de 5 de mayo de 1999.

(26) GONZÁLEZ CARRASCO, cit. p. 399. PÉREZ PASCUAL; *Rev. Administración Rústica y Urbana*, Consejo Gral. AAFE, Madrid, nº 110, p. 51.

(27) PÉREZ PASCUAL, "La Comunidad como ente sin personalidad", *Rev. Derecho Privado*, noviembre 1976, pp. 867 y ss.

tables (preparación de presupuestos y cuentas de la comunidad), e incluso arquitectónicos (obras de reparación, funcionamiento de elementos y servicios comunes, etc.), informáticos, etc. Y aunque ello dependerá de la complejidad del edificio, parece indispensable que sus funciones no se limiten a las de un simple mandatario, pues en determinados casos, incluso legalmente previstos en la Ley (arts. 9 y 20 LPH) debe adoptar decisiones en defensa de los intereses de los administrados.

Posiblemente tenga razón MARTÍN GRANIZO al decir que pueda tratarse de una figura mixta de acuerdo con las SS del TS de 27 de diciembre de 1915 (28), 9 de noviembre de 1926 y 16 de febrero de 1935.

La obligación principal del Administrador consiste en la rendición de cuentas de su gestión (29), de aquí la aplicación de preceptos del mandato, tales como los artículos 1718, 1720, 1721 y 1726 C.c. En cuanto a la revocación del cargo de Administrador, de acuerdo con el artículo 13.7 LPH, podrá efectuarse en todo momento previo acuerdo de la Junta de propietarios.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de abril de 1996, por ello conforme a la redacción anterior de la LPH, razona la naturaleza de la relación jurídica que liga al Administrador con la Comunidad; si se trata de un contrato de arrendamiento de servicios o de un mandato, tomando en cuenta las siguientes premisas: primera, que el nombramiento para el cargo de secretario-administrador es por un año, salvo disposición de los estatutos. Segunda, que si bien dicho cargo es prorrogable tácitamente por períodos iguales –así se decía en la redacción anterior–, dicha prórroga no es obligatoria ni automática una vez transcurrido el año computado de fecha a fecha. No es obligatoria porque la mención legal no sería la de prorrogable, es decir, que se puede prorrogar, sino la de que se prorrogará. Y no es automática porque la expresión tácitamente significa, en el ámbito de las relaciones jurídicas, que se afecta al consentimiento cuando del comportamiento de las partes resulta implícitamente su aquiescencia a una determinada situación. Y tercera, que la exigencia legal de Junta extraordinaria para remover al Administrador (art. 12.5 LPH en su anterior redacción) sólo es aplicable cuando una vez nombrado en su cargo por otro año en Junta ordinaria, se pretende por la comunidad su remoción antes de que venza dicho plazo.

Dentro de la generalidad de los términos en que está redactado el artículo 1709 C.c., la doctrina entiende que se comprenden dos figuras distintas: el mandato representativo y el mandato de gestión (SS del TS de 16 de febrero de 1935 y 8 de abril de 1991, entre otras), modalidad esta

(28) SSTs de 27 de diciembre de 1915, 24 de noviembre de 1954.

(29) STS de 1 de mayo de 1998.

última que fácilmente puede confundirse con el arrendamiento de servicios, del cual se distingue acudiendo a diversos criterios, explicado en la Sentencia del TS de 14 de marzo de 1986, de la siguiente manera: “Superando apreciaciones históricas y doctrinales producidas en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea, los que el que solicita la gestión realizaría normalmente por sí mismo, que pertenece a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otra persona la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad que aquél no podía utilizar, estaremos en presencia de un arrendamiento de servicios”.

La similitud entre el contenido del artículo 13.7 LPH (remoción) y los artículos 1732 y 1733 C.c. (revocación), junto al criterio de la sustituibilidad, inclinan a la jurisprudencia a pensar que se trata de un mandato. Sin embargo, ciertos reparos pueden oponerse a la misma. Anteriormente se ha hecho mención de la preparación y conocimientos que debe reunir el Administrador. En la regulación actual se exige por el artículo 13.6 LPH la cualificación profesional para los no propietarios. Si a ello se une la existencia de urbanizaciones, centros comerciales, complejos urbanísticos, multipropiedad, incluso edificios cada vez más complejos y sofisticados, en la realidad actual parece que debiera comenzar a ponerse en duda si los criterios de simple mandato o sustituibilidad, son ya válidos para la configuración del Administrador en el ámbito inmobiliario. Cierto que existen supuestos de sencillez que no requieren especiales conocimientos, pero la tendencia es a la complejidad, por lo que es exigible a tales profesionales dos requisitos básicos: una diligencia al mayor grado y una preparación adecuada que se postula debe ser universitaria. Y de aquí el reconocimiento de sus derechos.

Y ésta es cuestión que se ha planteado en la doctrina extranjera, como señala TRIGO GARCÍA (30) al estudiar la doctrina italiana.

Estrechamente ligado con lo acabado de exponer, ha de decidirse si la remoción anticipada del Administrador debe dar lugar a indemnizar al

(30) TRIGO GARCÍA. *Contrato de Servicios. Perspectiva jurídica actual*. Edit. Comares, 1999, p. 334. La doctrina italiana ha estudiado la coexistencia de la normativa del mandato con la normativa propia de la función profesional desarrollada por el mandatario (SANTAGATA, *Commentarios Codice Civile*, Mandato, Bolonia, 1985, pp. 1 a 5; ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milan, 1988, pp. 1 a 34).

mismo. Por el juego del artículo 1729 C.c. no habrá lugar a ello cuando la revocación del nombramiento se deba a culpa del Administrador. De aquí la exquisita pulcritud que debe observarse en su trabajo por dichos profesionales. Por el contrario, si no hay culpa la solución parece debe ser la de admitirse dicha indemnización. En principio, por lo dispuesto en el citado artículo 1729 C.c., y al tratarse de un Administrador profesional –profesionalidad que hay que presumir en un colegiado–, conforme al artículo 1711.2 C.c., por los daños y perjuicios que le haya podido producir tal revocación. Daños y perjuicios que, en principio, pudieran ser determinados y cuantificados en función del tiempo que restase para completar la anualidad por la que dicho cargo es nominado, aparte convenios de duración superior expresamente pactados. Esta conclusión se legitima por la mejor doctrina. Así el Profesor GITRAMA GONZÁLEZ que admite el derecho de indemnización, o como el Profesor DE BUEN en el mismo sentido cuando la revocación se llevó a cabo con manifiesto abuso de derecho. En igual sentido DE LA CÁMARA ÁLVAREZ con cita de las SS del TS de 13 de junio de 1942 y 14 de febrero de 1944. Podemos añadir, más recientemente, las SS de 8 de abril de 1991, 11 de diciembre de 1990 y 25 de noviembre de 1983, precisando esta última Sentencia que cuando se ha establecido un plazo de duración, evidentemente en interés común de ambas partes contratantes, aunque la facultad de revocación subsiste, si se impone antes de la expiración, el plazo debe indemnizarse siempre que no se haya demostrado que existe justa causa dimanante del incumplimiento de lo pactado por parte del mandatario. Por ello la afirmación de la figura mixta citada anteriormente.

En cuanto a la responsabilidad del Administrador, ésta puede ser penal y civil.

La responsabilidad penal la encontramos, específicamente, en el delito de apropiación indebida del artículo 252 CP. Más dudosa por razón del principio de legalidad y su inherente mandato de determinación de los tipos penales (31) en el delito de administración desleal del artículo 295 CP. Y decimos específicamente por cuanto cabe responsabilidad penal por otros hechos, como la responsabilidad de las personas jurídicas del artículo 31 CP, donde se incluyen uniones sin personalidad, por razón de que sólo la persona física puede ser sujeto activo del Derecho penal, donde cabe incluir la figura del Presidente, etc.

La responsabilidad civil supone en el Administrador profesional una especial gravedad, en base a lo dispuesto en los artículos 1104 y 1726, por la circunstancia de la persona, donde cabe incluir la impericia, y por la retri-

(31) GÓMEZ BENÍTEZ, “El delito de administración desleal”, *La Ley*, diarios nº 4237 de 26/02/97 y nº 4680 de 26/11/98.

bución que percibe, donde se incluye no sólo el dolo civil sino también la culpa o negligencia.

De otro lado, el Administrador tiene derecho a ser indemnizado por descalificaciones gratuitas que atacan su prestigio profesional, como es el supuesto de la condena por tal motivo que se contiene en la SAP de Guipúzcoa de 11 de junio de 1999 (32).

(32) *Diario de las Audiencias*, n° 169 de 15/10/99.

NOTARIO & NOTARIO, C.B.
(En torno a las sociedades profesionales
entre notarios) (*)

ALBERTO SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna
Notario

SUMARIO: PRELIMINAR. **A)** Delimitación positiva del supuesto: “el convenio” y algo más. **B)** Delimitación negativa del supuesto: no abarca lo “no notarial”. **1.º** PLANTEAMIENTO GENERAL EN TORNO A LAS SOCIEDADES DE PROFESIONALES. **2.º** SOCIEDADES PROFESIONALES ENTRE NOTARIOS. **3.º** CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL SUPUESTO (EN CUANTO AL *NOMEN IURIS*). **4.º** CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL SUPUESTO (EN CUANTO AL “FONDO DEL ASUNTO”). **5.º** CONCLUSIONES.

(*) Publicado en *Derecho de los Negocios*, La Ley-Actualidad, año 10, número 108, septiembre 1999, pp. 1-10.

Por cortesía de *Derecho de los Negocios* —que el autor agradece— se publica ahora en la *Revista Jurídica del Notariado*.

Preliminar

La atenta observación del Derecho vivo depara constantes novedades que suelen pasar casi desapercibidas en medio del torrente diario de la actividad y el trabajo.

Una de estas novedades fugazmente percibidas tiene que ver con la existencia de dos o más notarios que, trabajando en el mismo despacho profesional, han llegado a establecer una “estructura profesional unitaria” que institucionaliza en algún aspecto su colaboración notarial por encima de ellos mismos. Y que –incluso– llega a trascender a terceros y manifestarse al exterior en forma de “Comunidad de bienes”. Se habla así –y son ejemplos figurados– de “*Notarios de San Vicente, C.B.*”, “*Notaría de Primus y Secundus, C.B.*” e incluso de “*Notaría de Antequera, C.B.*”.

Para quien esto escribe, la situación descrita tiene mucho que ver con un fenómeno ya tratado por la doctrina moderna (1), consistente en la proliferación de comunidades de bienes que actúan en el tráfico jurídico diario bajo las siglas “C.B.”.

(1) Sobre estas comunidades, su relación con las sociedades y la no aceptación acrítica de comunidades de bienes por el simple hecho de que éstas se “autocalifiquen” como tales podemos citar:

—CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por el profesor Albaladejo, EDESA, Madrid, 1986, 705 páginas.

—PAZ-ARES: “Comentarios a los artículos 1.665 a 1.708 del Código civil”, en la obra colectiva *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II.

—FARIAS BATLLE: *La Sociedad irregular en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (1970-1992), Madrid, 1993. Y en su trabajo: “Breve perspectiva jurisprudencial de las Sociedades irregulares”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 11, septiembre 1993, pp. 191-215.

—VALPUESTA GASTAMINZA: *La Sociedad irregular*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

—DE LOS RÍOS SÁNCHEZ: *Comunidad de bienes y empresa (un replanteamiento de las relaciones entre comunidad y sociedad)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, 222 páginas.

—SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna: “C.B.: Una nueva sigla en el tráfico mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, números 196-197, 1990, pp. 425-436.

—MUÑOZ XANCO: “El condominio español en su aspecto distintivo de la sociedad”, *Revista de Derecho Privado*, 1985.

Todos ellos –creo– son al fin y al cabo tributarios en este campo de la profundidad del análisis y la percepción sagaz del maestro D. JOSÉ GIRÓN TENA, verdadero inspirador y renovador del estudio en nuestro Derecho de la sociedad mercantil en general, de la sociedad colectiva y –por colindancia natural– de las sociedades civiles y de estas “comunidades societarias”. Véanse, sobre todo, sus obras:

—“Las Sociedades irregulares”, *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 1291 y ss.

—“Los conceptos y tipos de Sociedades de los Códigos civil y de comercio y sus relaciones”, *Centenario de la Ley del Notariado, Estudios jurídicos varios*, volumen IV, pp. 1-96.

—*Derecho de Sociedades. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, tomo I, Madrid, 1976, pp. 226 y ss.

—“Las Sociedades mercantiles en el Código de comercio”, *Centenario del Código de comercio*, volumen I, Madrid, 1986, pp. 167-209.

Esta proliferación de C.B. comenzó sin duda dentro de actividades genuinamente mercantiles, pero con posterioridad se ha ido extendiendo a ciertos sectores netamente civiles y profesionales, tales como abogados, asesores (en todas sus variantes), arquitectos, médicos especialistas (en sus consultas privadas) y otros; en general, a gabinetes colectivos de profesionales titulados pertenecientes al mismo o incluso a diferentes sectores. Es decir, campos tradicionalmente ejercidos en solitario por un profesional colegiado pero que, como respuesta a las necesidades de la sociedad de masas y a la especialización de los saberes, son hoy ejercidos en colaboración entre varios profesionales.

A) Delimitación positiva del supuesto: “el convenio” y algo más.

El caso en análisis es el siguiente: dos o más notarios de la misma población instalan su despacho —como permite el art. 42 del Reglamento Notarial (2)— en un mismo local para atender conjuntamente a sus clientes. Afrontan así la complejidad creciente y la especialización del Derecho actual obteniendo las sinergias del trabajo en equipo. Es lo que usualmente se llama entre notarios “el convenio”.

Estos notarios que trabajan en un mismo despacho ven con el tiempo cuán difícil resulta mantener entre ellos la igualdad en los ingresos y en los gastos. Y consiguientemente, la igualdad en el reparto de las cargas fiscales, al fin del ejercicio económico. Los últimos meses del año resultan particularmente agobiantes, ya que es necesario aumentar el volumen del protocolo de uno y disminuir el del otro, firmar en concepto de sustituto del compañero, solicitar que las facturas figuren a nombre del que más documentos ha firmado, etc.

¿Solución? Alguien propuso en algún momento que los notarios “convenidos” constituyan una “Comunidad de bienes”. A partir de ese momento, es la “**C.B. notarial**” la que emite las facturas de los documentos autori-

(2) El vigente Reglamento Notarial dispone en su artículo 42, párrafos 5.º y 6.º lo siguiente:

“Para que en un mismo local actúe más de un Notario se requerirá, inexcusablemente, autorización de la Junta Directiva (se entiende, del Colegio Notarial), que sólo podrá concederla si se dan las condiciones necesarias para asegurar el respeto al principio de libre elección de Notario por el público, atendidas las circunstancias de la población y el número de Notarios existentes en la misma.

Las autorizaciones que se concedan deberán expresar, como mínimo, las condiciones relativas a la utilización del local único y a la instalación de los respectivos despachos, así como a las consecuencias de su incumplimiento y las previsiones relativas al cese, por cualquier causa, de alguno de los Notarios autorizados. La autorización por sí sola no afectará a los contratos de trabajo de cada Notario con sus empleados”.

zados por todos los notarios del despacho y la que soporta los gastos totales del ejercicio profesional en el mismo local.

Este camino –resumido– no es una hipótesis de laboratorio ni una invención libresca; es una realidad, un camino ya seguido por algunos notarios, que lo están aplicando desde hace algunos años. E incluso cuenta con el apoyo explícito de un ilustre notario: JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, que la denomina “**la comunidad de bienes fiscal**” y que el día 29 de enero de 1988 pronunció en la Academia Sevillana del Notariado una conferencia en la que defiende decididamente su bondad y su efectividad práctica, afirmando –incluso– que a este esquema de la comunidad de bienes fiscal “ya se han acogido muchos compañeros” (3).

RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO sintetiza su opinión en este párrafo:

“En definitiva, fiscalmente al menos, las cosas ocurren así: los ingresos y gastos que tienen origen en la actividad profesional de los Notarios integrantes de la comunidad, se coordinan y organizan a través de la comunidad, y por aplicación de los correspondientes pactos se imputan o atribuyen a los comuneros a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas” (p. 62).

Según RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO:

—En IVA, la comunidad de bienes es sujeto pasivo, pero no contribuyente (lo serán los notarios comuneros).

—En Renta, la comunidad de bienes no es nada, ya que la condición de sujeto pasivo y de contribuyente recae directamente sobre los mismos notarios comuneros (por efecto del llamado régimen de transparencia fiscal).

—Esta comunidad de bienes notarial ni tendría número de identificación fiscal (el célebre NIF) en Renta –aunque sí a efectos de IVA–, ni abonaría el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), que recaería exclusivamente sobre los notarios comuneros.

Dos apuntes finales a destacar:

a) Para RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO el “fin de la comunidad”, se cifra en “la producción, gestión, administración y distribución de los resultados económicos (ingresos y gastos) derivados del ejercicio de la actividad profesional notarial de sus integrantes” (p. 60).

b) RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO llega a la conclusión de “que eso que fiscalmente se llama «entidad sin personalidad jurídica» se manifiesta

(3) Conferencia luego publicada en el volumen *Academia Sevillana del Notariado* (Homenaje a Francisco Manrique Romero): “Planteamientos fiscales en la unión de despachos profesionales de los Notarios”, Edersa, Madrid, 1989, pp. 39-69. Naturalmente, las citas se refieren a la publicación, no a la conferencia.

como una comunidad” y que “dentro de las comunidades obedecerá en su planteamiento y efectos a las de tipo romano o por cuotas” (p. 53).

B) Delimitación negativa del supuesto: no abarca lo “no notarial”.

Para terminar de perfilar el supuesto en cuestión, creo oportuno precisar que el objeto de mi análisis se limita estrictamente a lo que es la pura actividad notarial, el trabajo notarial propiamente dicho, resultante de esa inescindibilidad entre función pública y función privada (4). Es decir, a la función notarial que fundamenta y justifica la existencia de esa figura *sui generis* que llamamos en Derecho el notario latino.

Por ello:

a) No me ocupo ni quiero ocuparme de la adquisición de bienes –especialmente inmuebles– que puedan acometer dos o más notarios para la instalación de su o sus despachos. Y que por supuesto pueden acometer en tanto que propietarios utilizando para ello las formas individuales, societarias o comunitarias que estimen oportunas (como cualesquiera otras personas).

b) No me ocupo ni quiero ocuparme de las actividades que NO son propiamente notariales aunque a veces las realicen los notarios. Son las que podemos llamar actividades conexas, paranotariales o metanotariales y de ellas es paradigma la gestión de documentos. No me cabe la menor duda de que estas actividades conexas pueden ser acometidas en formas societarias o comunitarias (aunque quizá la estructura más adecuada sería la de la agrupación de interés económico).

Delimitado así tanto positiva como negativamente el supuesto de hecho, vamos a entrar en el análisis jurídico de estas “C.B. notariales”. Sin duda, un correcto planteamiento sistemático exige enmarcar la cuestión dentro del campo general en que se desarrolla, que no es otro que el de las sociedades de profesionales.

1.º Planteamiento general en torno a las sociedades de profesionales

Es este un tema que no podemos ni pretendemos tratar en extenso (desbordaría los límites de este trabajo); por eso, simplemente tomaremos

(4) Es inexcusable la cita del magistral trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS: “El Notario: Función privada y función pública. Su inescindibilidad”, *Revista de Derecho Notarial*, 1980, CVII, pp. 255-409.

Reproducido también en la obra recopiladora de sus trabajos publicada por los Colegios Notariales de España: *Escritos Jurídicos*, volumen II, 1996, pp. 213-321.

como punto de apoyo lo que parece la opinión más segura y común entre nuestra doctrina (5).

Y lo que parece más comúnmente admitido puede resumirse así:

Las sociedades de profesionales –cuando se trata de profesiones colegiadas– parecen tener cabida en nuestro Derecho privado dentro del marco de la sociedad civil (véase sobre todo el art. 1.678 del Código civil) e incluso en algunos casos dentro de los varios tipos de las sociedades mercantiles (especialmente la sociedad colectiva y la limitada, por su mayor permeabilidad a los aspectos *intuitu personae*).

Pero siempre con algunas limitaciones, dada la posibilidad de conflicto con la legislación de Colegios profesionales que, en principio, sólo acepta personas físicas entre sus colegiados y que, en principio, exige una prestación personal de la actividad colegiada.

Es decir: ***rechazada la admisión indiscriminada, va imponiéndose un criterio –medurado y prudente– favorable a las sociedades de profesionales, incluso colegiados. Y lo que en este punto es más importante señalar: este criterio favorable está sujeto a constante mutación en razón de los criterios sociales imperantes en cada momento histórico.***

Que esta evolución viene marcada por la propia realidad social resulta magníficamente demostrado por el análisis comparado de las dos básicas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se han ocupado directa y principalmente de esta cuestión.

a) La primera es la Resolución de 1 de agosto de 1922, en la que la DGRN rechaza de plano la inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad colectiva que tiene por objeto la prestación por sus socios a terceros de “los servicios de asistencia médico-farmacéutica y de entierro”.

La Dirección General rechaza la inscripción por considerar que estas actividades profesionales –sobre todo la medicina– están muy alejadas del

(5) MORENO QUESADA, ALBIEZ DOHRMANN y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ: *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993, 670 páginas.

ALBIEZ DOHRMANN, JAIMEZ TRASIERRA y OLARTE ENCABO: *Las formas societarias del despacho colectivo de Abogados*, Universidad de Granada, Granada, 1993, 177 páginas.

CAPILLA RONCERO: *La Sociedad civil*, Bolonia, 1984. Y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por el profesor Albaladejo, Edersa, Madrid, 1986, 705 páginas (especialmente, Comentario al artículo 1.678).

MEZQUITA DEL CACHO: “Las Sociedades de Profesionales”, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, Edersa, Madrid, 1993, pp. 339-419.

GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio en Sociedad de Profesionales Liberales*, Biblioteca de Derecho Privado, número 73, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, 342 páginas.

concepto de acto mercantil o acto de comercio. Pero excluye incluso su posible aceptación a través de la figura de la sociedad civil. Así, cuando afirma en su último Considerando:

“.....
Considerando, por último, que como el citado Código de comercio excluye expresamente de la inscripción en el Registro mercantil a las Compañías o Sociedades aunque cuando se constituyan en cualquiera de las formas que estatuye, o bien en las del Código civil, que no tienen por fin verdaderos actos de comercio, ... , y que estas prescripciones, conforme a lo prevenido en el artículo 5.º del Código civil, no pueden derogarlas ni modificarlas un Real Decreto como el que aprueba y manda dar vigencia al Reglamento mercantil”.

b) La segunda es la Resolución de 2 de junio de 1986, mucho más cercana en el tiempo. Esta se ocupa de la inscripción de una sociedad limitada cuyo objeto es “prestar toda clase de servicios y asesoramientos a empresas o personas físicas, contables, jurídicas, de administración, gestión y representación”. Es decir, la asesoría entendida en un amplio sentido económico-jurídico.

La Resolución acepta la inscripción de la sociedad y la fundamenta –acertadamente a mi juicio– en

“la evolución de las profesiones liberales en estos últimos tiempos, en donde el asesoramiento aislado del profesional se ve sustituido por una labor de equipo que debe su origen a la especialización y división del trabajo entre varias personas”, lo que supone “**el nacimiento dentro de este campo, del elemento organizativo, característico del mundo empresarial**”.

Para mayor valor añadido de la Resolución, termina ésta distinguiendo dos tipos de sociedades de profesionales:

1) El primer tipo corresponde a las sociedades cuyo objeto es una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales. Son las llamadas sociedades profesionales.

2) El segundo tipo corresponde a las sociedades que actúan de intermediarias para que sea el profesional el que realice la prestación a él reservada. Son las llamadas sociedades mediadoras.

La Dirección General no admite las del primer tipo, pero sí las del segundo, aunque con las necesarias matizaciones. Matizaciones que se han ido produciendo y particularizando posteriormente en otras dos Resoluciones que aplican a sociedades concretas el criterio general perfilado en la “Resolución teórica” de 1986.

Me refiero a las Resoluciones de 23 de abril de 1993 –relativa a un estudio de arquitectos– y a la de 26 de junio de 1995 –relativa a un bufete de abogados–.

Como se ve, la comparación entre las Resoluciones de 1922 y 1986 (a las que separan nada menos que 64 años) muestra una distancia enorme en la interpretación que la Dirección General hace del fenómeno de las sociedades de profesionales. Distancia que tiene su origen en la distinta realidad social de la España de 1922 y la de 1986.

Hoy nadie niega la licitud y validez de sociedades colectivas entre médicos, incluso anónimas y limitadas (y son muy frecuentes); de sociedades netamente mercantiles entre arquitectos e ingenieros para el desarrollo de su trabajo profesional; y qué decir de las sociedades de asesores, presentes aquí y allá, donde quiera que se vaya.

Por terminar este apartado y sintetizar: **De la prohibición general de las sociedades de profesionales colegiados se ha pasado a su admisibilidad, bien que con excepciones.**

El cambio es pronunciado. Y lo que es más: sigue produciéndose constantemente al socaire de la propia realidad social, en permanente evolución.

2.º Sociedades profesionales entre notarios

En este planteamiento general de las sociedades de profesionales, el lugar del notariado se encuentra –a mi juicio, indudablemente– dentro del primer tipo, es decir, dentro de las actividades que no admiten ser prestadas “vía sociedad”.

Es decir, doy por sentado que en Derecho español el ejercicio de la actividad profesional de notario no puede realizarse a través de sociedad. A través de ningún tipo de sociedad.

¿Por qué?

Sin extenderme mucho –por ser doctrina comúnmente aceptada en Derecho notarial– puedo aportar como argumentos el carácter estrictamente personal de que es “investido” el notario tras un durísimo proceso de selección profesional (art. 36 del Reglamento Notarial); el carácter de autoridad que el notario tiene en el ejercicio de su profesión y actividad (art. 60); la infungibilidad en la autorización de los instrumentos públicos, en la identificación de los otorgantes –art. 187–, en el otorgamiento y en la

autorización –arts. 193 y 196– e incluso en la notificación de las actas –art. 202–; y, en fin, esa definitoria “inescindibilidad” de funciones públicas y privadas siempre presente en la profesión notarial (nuevamente hay que citar el trabajo de ADRADOS). Todos ellos hacen que, para quien esto escribe, resulte indudable la imposibilidad del ejercicio en sociedad de la profesión notarial.

Hasta tal punto es claro el asunto, que en nuestro Reglamento Notarial NO existe ninguna prohibición expresa para el ejercicio profesional en sociedad. A diferencia, por ejemplo, de la prohibición de “pluralidad de despachos” (art. 42), o de la “prohibición de auto-autorización” (art. 139), o de la prohibición de “constituirse en fiador de los contratos que autorice” (art. 140, todos del Reglamento Notarial), u otras que podrían espigarse en la legislación notarial.

Eso significa, a mi juicio, que el legislador ha considerado tan evidente la imposibilidad del ejercicio profesional en sociedad de la profesión de notario, que ni siquiera ha estimado preciso consagrar *expressis verbis* la prohibición (6).

Además de esta base reglamentaria, contamos con el argumento extraíble de la ya mencionada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1986 que –a mi juicio y aparte su aplicabilidad a otras profesiones colegiadas– está retratando nítidamente la profesión de notario cuando habla de “... **actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales...**” y de “... **el carácter estrictamente personal de la actividad profesional...**”.

Lo que, a mi juicio, conduce inexorablemente a la conclusión de que estos profesionales NO pueden ejercer su profesión en forma societaria.

Es decir: el notario español no puede ejercer su profesión vía sociedad ni puede tampoco aportar su título de notario a una sociedad. Y esta prohibición abarca tanto a las sociedades capitalistas como a las personalistas. Y tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles.

(6) Basta repasar el artículo 42 del Reglamento Notarial, único que se ocupa del “Convenio entre Notarios” (en puridad, simple unión de despachos) para ver que consciente y voluntariamente huye de expresiones que induzcan al paralelismo con cualquier tipo de sociedad (no se usan términos como “socios”, “sociedad”, “beneficios”, “ganancias” o “dividendos”; ni los de “comunidad” o “comuneros”; ni siquiera los de “partícipes” o “asociados” ...).

Sólo se habla de “*Notarios que actúan en un mismo local*”. Y el Reglamento Notarial se ocupa de ello precisamente al tratar de la instalación y condiciones de los despachos u oficinas notariales, no al tratar del ejercicio de la profesión o función notarial (arts. 116-142).

Se trata, en suma, de una incompatibilidad esencial con el contrato de sociedad y con la sociedad como figura jurídica. En el mundo notarial, el freno a la admisión del fenómeno societario se superpone a la afirmación de la propia especificidad profesional.

3.º Calificación jurídica del supuesto (en cuanto al *nomen iuris*)

Terminado este *excursus* general sobre las sociedades de profesionales en nuestro Derecho, veamos ahora el supuesto de hecho principal que nos ocupa: las “C.B. notariales”.

Una primera visión –a mi juicio, simplista– de las C.B. notariales nos llevaría a afirmar algo tautológico: “las comunidades de bienes entre notarios son comunidades de bienes”. Incluso podría invocarse en favor de esta tesis el artículo 1.281 del Código civil: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

Esta tesis, sin embargo, no me parece defendible desde ningún punto de vista.

Primero, porque afirmar que una cláusula es clara (o, en nuestro caso, que todo un contrato entero es claro) ya presupone una tarea de interpretación jurídica; o lo que es lo mismo, no excluye la interpretación sino que la presupone.

Segundo, porque esta tesis olvida que en Derecho español la interpretación de los contratos se rige por un principio capital: indagar la **voluntad verdadera de los contratantes, encontrando la auténtica intención de las partes de conformidad con el criterio espiritualista que preside nuestro Derecho privado**. Y que se sobrepone, por supuesto, a las palabras utilizadas por las partes.

Por eso inmediatamente matiza el mismo artículo 1.281 en su párrafo 2.º que “si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

En este particular, la jurisprudencia ha repetido hasta la saciedad que **“los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes”**, ya que para la calificación de un contrato –dice LACRUZ– **“no cuenta el nombre que le hayan dado los otorgantes”** (7). (STS 24 de junio de 1964, 28 de septiembre de 1965, 20 de enero de 1964, 27 de octubre de 1966, 30 de abril de 1966, 19 de febrero de 1965, 24 de marzo de 1972, entre otras muchas).

(7) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, II Derecho de obligaciones, volumen segundo (contrato y negocio jurídico *inter vivos*), Librería Bosch, Barcelona, 1977. (La cita, en p. 237).

En esta misma línea, el siguiente párrafo de LACRUZ parece especialmente adecuado para el caso que nos ocupa: “Atendiendo a la voluntad de las partes debidamente interpretada, **se llegará muchas veces a la conclusión de que el nombre elegido por aquéllas no se ajusta a la realidad...** Por lo demás, como señala la sentencia 19 de febrero de 1965, la calificación legal del contrato no es un derecho o facultad de las partes, y por tanto no es susceptible de renuncia a tenor de lo preceptuado en el Código civil (actualmente, art. 6,2); **de donde resulta inocua y sin valor alguno la estimación dada por las partes en el caso, por ser cuestión que sale de su poder dispositivo**” (8).

Mucho más cuando, a veces, la calificación utilizada por las partes persigue atribuir un *nomen iuris* distinto del verdadero para eludir la aplicación de determinadas normas, incluso a veces imperativas. Lo que aplicado a nuestro caso significa –a mi juicio– que por muchas veces que se haya utilizado en el contrato firmado entre los notarios al sentar las bases de su acuerdo la palabra “comunidad” y por mucho que se insista en calificar el contrato entero como “comunidad de bienes”, ello no es vinculante para las partes. Y tampoco para los terceros. Y ni siquiera para los profesionales del Derecho que deban intervenir profesionalmente (jueces, notarios, ...), pues el *nomen iuris* y la calificación dada por las partes es no vinculante, es decir, es irrelevante desde el punto de vista de la interpretación.

Por tanto, la pregunta es inmediata. Si no estamos ante una comunidad de bienes: *¿quid iuris?*, ¿ante qué figura nos hallamos?

4.º Calificación jurídica del supuesto (en cuanto al “fondo del asunto”)

Esta es la verdadera *quaestio iuris* de este breve trabajo, para seguir el cual vamos a tomar literalmente un “capítulo prestado” del trabajo de otro autor, ya que lo que vamos a argumentar ancla sus raíces en la

(8) LACRUZ, *ob. cit.*, p. 237.

En esta misma línea hay que mencionar a CASTRO Y BRAVO, Federico de: “El Negocio jurídico”, *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 80-85.

El mismo DE CASTRO Y BRAVO acepta como regla de derecho consagrada por nuestro Tribunal Supremo la de que “*In conventionibus contraentium voluntatem potius quam verba expectari placuit*”. Y esta es una de esas reglas de derecho que sirven de vehículo a un verdadero principio general y que así, facilitan su positivación, reconocimiento y aplicación por los Tribunales.

Véanse las obras de Don Federico: *Derecho Civil de España*, tomo I, Libro preliminar, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 437 y “*Compendio de Derecho civil*”, (Introducción y Derecho de la persona), 5.ª edición, Madrid, 1970, p. 100).

aportación contenida en un reciente libro que –a juicio de quien esto escribe– resulta absolutamente crucial y clarificador. Me refiero al libro de JUAN MANUEL DE LOS RÍOS SÁNCHEZ: *Comunidad de bienes y empresa*, que voy a tratar de extractar brevemente a los fines de mi argumentación (9).

La idea básica del libro parte de dos conceptos jurídicos claramente diferenciados: el “establecimiento mercantil” y la “empresa”.

El primero –el establecimiento– es una universalidad en sentido amplio, es decir, un **conjunto de bienes** que conserva su carácter propio pero que en determinadas circunstancias puede comportarse como objeto único de derechos (p. 78). En este sentido, nadie puede dudar de que es posible hablar de “comunidad sobre un establecimiento mercantil” (p. 81), si son varias las personas titulares del mismo.

La segunda –la empresa– es, sobre todo, un **tipo de actividad** reconocida por el Derecho (p. 92) y más concretamente una actividad sistemática de naturaleza económica (p. 94) dirigida a la producción o intercambio de bienes y servicios (p. 112). Y para DE LOS RÍOS SÁNCHEZ no se puede hablar de “comunidad en la empresa” cuando son varios los que desarrollan la actividad. ¿Por qué? Porque aunque los cotitulares quieran ejercer su “actividad” en comunidad, su autonomía contractual choca con unas normas de nuestro Derecho que imponen una determinada estructura típica para su relación, una forma jurídicamente establecida (p. 116), diferente de la comunidad.

Dicho más directamente: la *Comunidad pertenece al mundo de la propiedad*, del ejercicio del derecho real de goce, que puede recaer sobre un establecimiento mercantil (estaríamos ante la “comunidad de establecimiento”). Sin embargo, la *Empresa es, ante todo, una actividad* que excede de este mero ejercicio del derecho real por antonomasia para caer en otro supuesto de hecho y jurídico.

Lo que le permite esta otra afirmación importante: comunidad y sociedad no se contraponen (p. 157), pues frente a la comunidad no debe situarse la sociedad, sino la titularidad de los bienes societarios.

Es decir –si hemos entendido bien su razonamiento– no puede contraponerse “la pluralidad de titulares en el derecho real de goce por antonomasia” –la comunidad– con la “unicidad del titular único de los bienes societarios” –la sociedad–. En el primer caso hay pluralidad personal y en

(9) RÍOS SÁNCHEZ, Juan Manuel de los: *Comunidad de bienes y empresa (un replanteamiento de las relaciones entre comunidad y sociedad)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, 222 páginas.

El libro tiene su origen en la tesis doctoral del autor, redactada en Bolonia con el título *Comunione e impresa* bajo la dirección del profesor Costi.

el segundo no. Porque “el centro de la Comunidad son los bienes; el centro de la Sociedad es la actividad” (p. 160).

Concluyendo con este párrafo:

“Así las cosas, a la vista de cuanto se ha dicho, nos parece claro que la comunidad de bienes no es más que una situación jurídica y no puede, por tanto, sustentar una relación unificadora de un grupo pluripersonal, en tanto que la sociedad es precisamente la propuesta del Derecho para el cumplimiento de los fines que la comunidad de empresa pretende conseguir” (p. 162).

Lo que le lleva a esta otra importante afirmación (p. 174): “Hemos de concluir, por tanto, que lo que tantas veces, ya para admitirlo, ya para negarlo, **ha sido calificado como comunidad de empresa no es sino la manifestación de una relación societaria personalista en la que podrá acaso faltar algún elemento accidental, pero que posee todos los caracteres sustanciales de la misma**” ... “Nuestro planteamiento acarrea ciertamente el rechazo del *nomen iuris* dado por las partes a su relación, pero esto no es en modo alguno ilegítimo” ... pues “el *nomen iuris* no ha sido nunca vinculante para el operador jurídico”.

Y a esta certera conclusión final (p. 177):

“La conclusión, en nuestro Derecho, es, en definitiva, que cada vez que varias personas pongan bienes en común a fin de ejercer una actividad económica, o bien que las que se encuentran ya en situación de comunidad decidan igualmente comenzar a desarrollarla, queda constituida una sociedad.”

Hasta aquí el “capítulo prestado” de JUAN MANUEL DE LOS RÍOS SÁNCHEZ. ¿Qué consecuencias tiene su aportación en relación con la C.B. notarial de que hoy nos ocupamos? Casi podríamos decir que se deducen por sí solas y las vamos a recoger en estos cuatro apartados:

1. ¿Comunidad o Sociedad?

Conocido el “Tatbestand” o supuesto de hecho de nuestras C.B. notariales –ya explicado al comienzo– podemos decir que casi siempre conllevará la comunidad sobre el conjunto de elementos materiales que los notarios convenidos ponen al servicio de su trabajo.

Pero aun así, no es esto lo importante. No es la comunidad sobre el “establecimiento notarial” –si se permite la expresión– lo determinante. Lo determinante es que los notarios “convenidos” ponen en común su “actividad notarial”, ya que desarrollan ésta en un mismo local, bajo unas mismas pautas de organización y conforme a unos criterios comunes; es decir, ponen en común el “*elemento organizativo*” característico del mundo empresarial a que se refiere la DGRN en su Resolución de 2 de junio de 1986. Y que es predicable no sólo de los empresarios en sentido estricto, sino

también de los profesionales liberales (que sin menoscabo de su especificidad deben organizarse empresarialmente).

Para RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, lo que se pone en común son “los resultados económicos de la actividad notarial” (pp. 50 y 60); pero eso no es a mi juicio certero. Poner en común sólo “los resultados económicos de la actividad notarial” pueden hacerlo directamente dos notarios que no compartan despacho ni estructura organizativa común y que simplemente lleguen a un acuerdo de distribución de los honorarios profesionales. Y que ni siquiera tienen por qué trabajar para ello en el mismo despacho.

Lo que de verdad hacen los notarios “convenidos” es mucho más; es, además de compartir los resultados económicos, desarrollar en común la actividad profesional toda (salvo aquellos aspectos personalísimos, no comunicables por definición).

¿Y qué es esto? Para mí, no otra cosa sino la “empresa notarial”. Y trayendo en este punto a colación nuevamente a DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, habremos de concluir que esta “empresa notarial” –se la llame como se la llame–, requiere en nuestro ordenamiento una vestidura jurídica necesariamente determinada: la de sociedad.

En suma: después de todo lo dicho, creo claro que las “C.B. notariales” de que nos venimos ocupando son verdaderas sociedades a pesar del *nomen iuris* que le atribuyen los notarios integrados en ellas (10).

Confirma nuestra opinión el hecho de que el propio RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO llama a su comunidad de bienes fiscal “comunidad societaria” (p. 54). El subconsciente aflora y aunque sólo sea incidentalmente o de pasada, el propio autor se da cuenta de que se halla ante una verdadera sociedad (11); pero como no puede postular la sociedad entre notarios, usa el circunloquio de “comunidad societaria”.

(10) ALBIEZ DOHRMANN, JAIMEZ TRASIERRA y OLARTE ENCABO, en *Las formas societarias del despacho colectivo de Abogados* (p. 93) afirman literalmente: “En el caso de que lo que se pretende es ejercer colectiva y no individualmente la abogacía, la agrupación reunirá todas las características de la sociedad civil, *aun cuando esté disfrazada en forma de comunidad de bienes*”. Sustitúyase “abogacía” por “notariado” y se verá retratada la situación que nos ocupa.

(11) Me refiero al siguiente párrafo: “La idea de la *comunidad societaria* me parece más ingeniosa, aunque tampoco la estimo aplicable a nuestro caso, y ello porque la idea societaria implica el *animus*, pero, además, la idea de obtener un lucro común partible, que creo puede producirse en la sociedad si existe o directamente en los socios, como ocurre en las cooperativas; ese lucro común partible va acompañado, en términos generales, de la idea de mercantilidad, que es absolutamente dispar del ejercicio de cualquier actividad profesional. En definitiva, creo que la calificación de *comunidad societaria* sería admisible, con matizaciones, para aplicarla a la comunidad fiscal de orden agrícola, industrial o empresarial en general, pero no la creo aplicable a las comunidades fiscales de profesionales, y menos a la que podemos formar los Notarios” (p. 54).

Otra razón que –a mayor abundamiento– confirma y reafirma nuestro criterio es el relativo al *intuitu personae*. Este *intuitu personae* o carácter personalísimo es inherente y consustancial al ejercicio de la profesión notarial (probablemente, en mayor medida que en ninguna otra).

Pues bien: el *intuitu personae* sólo puede estar presente en las sociedades personalistas, del tipo que sean; y por definición está totalmente ausente de las comunidades de bienes. En ellas, el *intuitu personae* es un principio absolutamente extraño y la posición jurídica de “comunero” es totalmente fungible (cuya prueba absoluta se encuentra en el retracto, caso de enajenación de la cuota).

2. ¿Civil o mercantil?

Creo que, de acuerdo con los criterios sociales hoy vigentes, nadie discutirá que la actividad profesional del notario es claramente NO MERCANTIL, ya que en ningún caso parece defendible su conceptualización como acto de comercio.

Puesto que el ejercicio profesional del notariado es una actividad económica de naturaleza nítidamente civil –en este sentido de que su objeto es claramente NO mercantil–, creemos que, siempre y en todo caso, se trataría de **sociedades civiles**.

Con las siguientes consecuencias:

1.^a) Sería aplicable el bloque normativo propio de la sociedad civil, contenido en los artículos 1.665 y siguientes del Código civil.

2.^a) Dado que es una sociedad civil y no mercantil, no se aplicaría a los notarios integrados el estatuto jurídico del comerciante o empresario.

3.^a) Nos hallaríamos ante una verdadera sociedad –y no comunidad– con autonomía patrimonial –por imperfecta que sea–; o lo que es igual, con un patrimonio relativamente separado y vinculado al ejercicio de la actividad notarial. Este patrimonio se integraría tanto por las aportaciones iniciales de los notarios como por las ganancias posteriores que no fueran repartidas.

4.^a) Los socios –que no comuneros– asumirían responsabilidad por las deudas de la sociedad –que no comunidad–. Esta responsabilidad tendría carácter subsidiario de la sociedad desde luego, pero también sería personal, solidaria entre todos los notarios integrados en ella e ilimitada.

3. ¿Universal o particular?

Nuestro Código civil distingue hasta tres tipos de sociedades civiles:

—“Sociedad universal de todos los bienes presentes”, definida en el artículo 1.673.

—“Sociedad universal de todas las ganancias”, definida en el artículo 1.675.

—“Sociedad particular”, con todas las variantes previstas en el artículo 1.678.

De estos tres tipos, no me cabe duda de que los notarios integrados en la C.B. notarial quieren limitar su acuerdo al tipo de las llamadas sociedades particulares y en concreto, a la prevista en el artículo 1.678 cuando tiene únicamente por objeto “el ejercicio de una profesión”.

Se trata, por tanto, de una de las llamadas *sociedades civiles particulares* (12).

Incluso podrían distinguirse, a su vez, dos variantes, según que los notarios integrados aporten inicialmente bienes o no; es decir:

a) Los notarios integrados aportan la propiedad de determinados elementos profesionales (inicialmente se debe pensar en mobiliario, máquinas, ordenadores, fotocopadoras, etc.; pero nada impide que se puedan aportar también inmuebles adquiridos con mención a la C.B. notarial).

b) Los notarios integrados, sin aportar la propiedad de ningún elemento profesional (o simplemente sólo el uso de estos elementos, como prevé el art. 1.675,2 del Código civil) ponen en común solamente su propia actividad profesional como notarios. En palabras de RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO “el resultado económico de la actividad profesional y, como consecuencia, los medios necesarios para que esos resultados se produzcan”.

4. *¿Regular o irregular?*

Sin necesidad de hacer extenso el razonamiento ni abundantes las citas, damos por buena la opinión de la mejor doctrina sobre el tema —siempre, claro, a nuestro juicio personal— y que arranca de las cruciales aportaciones del profesor GIRÓN TENA. Entre esta que llamamos mejor doctrina podemos mencionar a los siguientes autores:

MERCEDES FARIAS BATLLE: “Si, como parece comúnmente aceptado por la doctrina mercantil contemporánea, irregulares son únicamente las sociedades no inscritas, y las sociedades civiles no son sujetos inscribibles en el Registro Mercantil, ... una sociedad civil nunca podrá ser calificada como irregular. La irregularidad es exclusivamente una cuestión de falta de publicidad legal, obligatoria sólo para las sociedades mercantiles” (13).

(12) El mundo de las siglas —en constante ebullición— hace tiempo que ha creado una específica para este tipo de Sociedades: “S.c.p.” (sigla que tiene particular arraigo en Cataluña).

Me refiero al mundo sociológico de las siglas, ya que legalmente las tales siglas “S.c.p.” carecen de consagración normativa. Por lo que no gozan de la presunción legal de conocimiento de su significado ni del amparo registral para su utilización (art. 403 del Reglamento del Registro Mercantil).

(13) FARIAS BATLLE: “Breve perspectiva jurisprudencial de las Sociedades irregulares”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 11, septiembre 1993, p. 198.

EDUARDO MARÍA VALPUESTA GASTAMINZA, aún más rotundo: “En nuestro Derecho, por definición, no cabe hablar de sociedades civiles irregulares” (14).

FERNANDO MARTÍNEZ SANZ: “la noción de sociedad irregular, en sentido propio, sólo puede predicarse respecto de las sociedades mercantiles, toda vez que las civiles no exigen inscripción registral” (15).

En resumidas cuentas: el carácter civil de estas “C.B. notariales” las hace incompatibles con el calificativo de irregulares. Son, por tanto, *sociedades regulares* (16).

5.º Conclusiones

a) En el campo del Derecho Privado (Civil-Mercantil):

Estas sedicentes comunidades de bienes entre notarios no son comunidades. Muy al contrario, se trata de verdaderas *sociedades*.

Por razón de su objeto claramente no mercantil, se trata de *sociedades civiles*; y concretamente del tipo de las *sociedades civiles particulares*.

Y además del género de las *sociedades regulares*.

b) En el campo del Derecho notarial:

Muchas podrían derivarse de lo dicho hasta aquí, pero para no extendernos más podríamos concluir esta reflexión –ya bastante extensa– con un sencillo silogismo con sus correspondientes premisa mayor, premisa menor y conclusión.

Esta última, por evidente, la confiamos a la sagacidad de los lectores. El silogismo es éste:

Premisa mayor: “La profesión de notario no puede ejercerse en sociedad”.

Premisa menor: “Las C.B. notariales son –se las llame como se las llame– verdaderas sociedades”.

Conclusión: “...”.

(14) VALPUESTA GASTAMINZA: *La Sociedad irregular*, Aranzadi, 1995, p. 92.

(15) MARTÍNEZ SANZ: “Consideraciones en torno a la sociedad irregular”, *La Ley*, 1992, vol. 4, pp. 182-187. Véase también EMBID IRUJO: “Calificación jurídica de la Sociedad irregular”, *La Ley*, 1991, vol. 1, pp. 295-300.

(16) No quisiéramos dejar de apuntar las consecuencias que sobre este particular tendría la aceptación de la doctrina –cuando menos, muy discutible– contenida en la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RESPONSABILIDAD CIVIL NOTARIAL (*)

JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR

Presidente de la Audiencia Provincial de Ávila

La responsabilidad civil del profesional jurídico abarca fundamentalmente a las profesiones (en ocasiones funciones públicas) de jueces, fiscales, secretarios judiciales, notarios, registradores, corredores de comercio, abogados, procuradores de los tribunales, etc. Todos los cuales se rigen en su actuación por la ciencia jurídica, a través de la interpretación de la ley, materia que permite con frecuencia una diversificación de resultados en su aplicación, por la especial naturaleza de la misma y la subjetivación de su interpretación, lo que contribuirá a dificultar la comparación de su conducta profesional con la ley que debe regir la misma (*lex artis ad hoc*).

La responsabilidad de los profesionales puede revestir diferentes aspectos, ya que puede ser civil, penal, disciplinaria o colegial. Nosotros nos centraremos en el estudio de la primera.

La responsabilidad civil persigue la reparación del daño producido al perjudicado y, en su caso, la indemnización de los perjuicios causados, que suele traducirse en una indemnización económica. Este tipo de responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, es decir, basarse en una

(*) Extracto de la conferencia pronunciada por el autor el día 14 de octubre de 1999, en el Colegio Notarial de Madrid, bajo el título "Responsabilidad civil de los profesionales. Especial referencia a la responsabilidad civil notarial".

relación jurídica previamente establecida entre el profesional y su cliente, o provenir de un acto realizado por un profesional a un tercero, que le ha originado un daño, cuando éste es culpable y se encuentra en relación de causalidad con lo actuado por el profesional. Aun dentro de la relación contractual, se acostumbra a calificar de estrictamente contractual los incumplimientos culpables derivados de la órbita de lo pactado y dentro de los límites de su actuación, y extracontractual cuando el daño proviene del deber general de no causar daños a nadie (*alterum non laedere*), interviniendo culpa o negligencia.

La responsabilidad contractual se rige fundamentalmente por lo dispuesto en el artículo 1.101 (y 1.104) del Código civil y la extracontractual por lo disciplinado en los artículos 1.902 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, entre una y otra responsabilidad existen notables diferencias:

a) *Plazo de ejercicio de la acción*: quince años en la contractual o uno en la extracontractual. En todo caso, será preciso que la acción esté en condiciones de ejercitarse, como después veremos, dentro de la materia que abordamos referida a la responsabilidad notarial, y en caso de que se hubiera iniciado un proceso penal, que éste haya terminado (con sentencia o sobreseimiento y archivo), con notificación a los perjudicados de tal eventualidad procesal para que puedan, en vía civil, ejercitar las acciones oportunas, conforme tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia (SSTS 24-2-1941, 30-3-1976, 22-10-1980, 28-1-1983, 14-10-1991).

b) *Prueba de la culpa*: mientras en la responsabilidad contractual ha de probarla el acreedor perjudicado, en la extracontractual, en ciertos casos, se presume mediante el desplazamiento del “*onus probandi*”.

c) *Naturaleza*: la responsabilidad contractual es siempre subjetiva; la extracontractual, ordinariamente es objetiva.

d) En caso de *varios responsables*, en la responsabilidad contractual se declara ésta mancomunadamente (pues la solidaridad no se presume: art. 1.137, C.c.); en cambio, la responsabilidad extracontractual es solidaria, sobre todo porque descansa en estos dos principios: 1º) Que todos los sujetos pasivos (procesales) son responsables del evento dañoso acontecido; y 2º) Que no puedan deslindarse responsabilidades individuales, ya que, en tal supuesto, el tribunal deslindará por cuotas cada una de las esferas de responsabilidad que procedan.

e) ¿Se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual?

Una vieja Sentencia de 3 de julio de 1965, casó la resolución de instancia que, tomando la responsabilidad por contractual había establecido el plazo de quince años de prescripción, y afirmó categóricamente que dicha responsabilidad tiene origen y carácter legal, conforme a lo dispuesto en el último inciso del párrafo 3º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico

de la Administración del Estado (en vigor a la sazón), así como el párrafo quinto del artículo 1.903 del Código civil.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1994, parece decantarse, sin embargo, por la responsabilidad civil contractual, en base al arrendamiento de servicios que configura la relación negocial.

La jurisprudencia, tratándose de la responsabilidad determinada en el artículo 705 del Código civil, tiene declarado que trae causa directa de la malicia, negligencia o ignorancia del notario, siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil (SS 3 julio 1965 y 9 mayo 1990). Lo propio ocurre en los errores de identificación con daño para terceros.

Competencia

La jurisprudencia, salvo que se trate de la jurisdicción penal, procura atribuirse competencia en materia civil, contenciosa o social, para evitar lo que se denomina el peregrinaje de jurisdicciones, con base al principio constitucional de tutela judicial efectiva, mediante un proceso sin dilaciones indebidas.

En el caso de la responsabilidad civil notarial, evidentemente nos encontraremos ante la jurisdicción civil, ya que, como ha declarado la jurisprudencia, la relación que liga al notario con aquel que requiere su actuación, adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél, al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1994).

Formas de exigir la responsabilidad

Son las siguientes:

a) La vía jurisdiccional civil ordinaria es adecuada para reclamar la declaración de una posible responsabilidad civil del notario.

b) La vía conciliatoria establecida en el artículo 146.2 del Reglamento Notarial.

c) La vía arbitral prevista por la Orden de 16 de noviembre de 1982.

Todo ello sin perjuicio de la materia disciplinaria en el orden estrictamente administrativo, que aquí no vamos a tratar.

Debe recordarse que, como la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dicho de forma muy reiterada (Resoluciones de 22 diciembre

1988, 2 marzo y 16 noviembre 1990, entre otras muchas), la materia de la responsabilidad civil del notario está encomendada en exclusiva a los Tribunales Ordinarios, y absolutamente excluida de la competencia de la Dirección General, teniendo además la decisión de la jurisdicción ordinaria sobre la existencia de responsabilidad civil necesariamente carácter previo a cualquier decisión que en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria pueda adoptar dicha Dirección General, siempre previa la tramitación del correspondiente expediente (Resolución de 12 noviembre 1990).

Con relación a los interesados-perjudicados, la Resolución de 26 de octubre de 1995 recuerda que el agraviado puede instar la apertura del expediente disciplinario que sea procedente en su caso, pero no es parte en el mismo, ni tiene legitimación para intervenir en su tramitación, careciendo por tanto también de legitimación para recurrir el acuerdo que, por no apreciar la existencia de indicios de responsabilidad, rechaza la apertura del expediente solicitado.

Por último, que no es preciso acudir previamente al expediente disciplinario antes de exigir responsabilidades civiles al notario por la vía de la jurisdicción ordinaria, sino que ésta puede ser iniciada en cualquier momento, mientras esté viva la acción (Resolución de 13 de septiembre de 1995).

Módulos de responsabilidad

En el campo de la responsabilidad contractual, el artículo 1.101 del Código civil dispone que “quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”, y que la “culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (art. 1.104). Por su lado, y para el caso de responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1.902 preceptúa que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Y ya específicamente, el artículo 146 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, dispone que “el Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados. A tales efectos, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si

considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto” (artículo redactado por RD 1209/1984, 8 junio –BOE 25 junio–, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Notarial).

Junto a dicha responsabilidad de carácter general, se configura la responsabilidad por haber faltado a las formalidades de los testamentos que autoriza, como para el caso del abierto, en el artículo 705 del Código civil, cuyos perfiles analizaremos más adelante, y que preceptúa lo siguiente: “declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables”. En cuanto al testamento cerrado, el artículo 715 (“es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviera escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento”), o bien la falta de presentación del testamento cerrado al juez competente, luego que sepa el fallecimiento del testador (art. 712, párrafo segundo). Y el artículo 1.223 para el caso de escritura defectuosa, por incompetencia del notario o por otra falta en la forma, a la que se atribuye, sin embargo, el concepto de documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes.

El artículo 22 de la Ley Hipotecaria señala: “el Notario que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuere posible, e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta”.

A lo largo del Reglamento Notarial, nos encontramos con muchos preceptos que marcan su responsabilidad en supuestos muy específicos, y que únicamente nos vamos a limitar a citar: responsabilidad sobre la constitución y retirada de la fianzas para el ejercicio profesional (arts. 25, 30, 32 y 33); sobre el título para ejercer la función notarial (art. 35); sobre el estado de los protocolos (art. 40); régimen jurídico de incompatibilidades (art. 94); negativa a dar fe cuando son requeridos (art. 143); no participar a las autoridades administrativas correspondientes aquellos testamentos en que consten disposiciones de carácter benéfico (art. 179); sobre la problemática de las denominadas “reservas y advertencias legales” (art. 194); contestaciones a requerimientos notariales, ordinarios y urgentes (arts. 204 y 205); relativo a las actas de notoriedad (art. 209); copias de instrumentos públi-

cos (art. 227); remisión de copias por correo (art. 230); copias parciales (art. 237); incumplimiento de plazos para el libramiento de las copias (art. 249); legitimación de firmas (art. 256); conservación de los protocolos (arts. 36 de la Ley del Notariado y 279 del Reglamento Notarial), etc.

Requisitos

Para el nacimiento de la responsabilidad civil deben concurrir los siguientes requisitos:

A) *Una acción u omisión* de la que resulte un resultado dañoso para el cliente. En otras palabras, se trata de la inobservancia de los deberes de cuidado que impone la actividad. Tanto se responde por la acción como por la omisión, cuando hay obligación de actuar, o bien cuando el no actuar responde a una equivocación culpable, siempre que, en ambos casos, concurra con el requisito de la causalidad.

El profesional debe acomodar su conducta en el ejercicio de su cometido a esos deberes de cuidado exigibles en el sector de la vida social de que se trate con la conducta efectivamente realizada por su autor. Ese deber no aparece en la Ley, que únicamente establece conceptos jurídicos de carácter indeterminado de muy generalizada formulación (como culpa o negligencia, ex art. 1.902, C.c.), por lo que debe concretarse por el juez en último caso, quien auxiliado de la oportuna prueba pericial, determine las consecuencias jurídicas de la acción (o de la omisión).

a) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Dentro de aquellos casos en que se ha exigido responsabilidad por la actuación de notarios, podemos citar algunos supuestos en que los particulares interpusieron quejas ante la Junta Directiva de los respectivos Colegios profesionales, y cuyas decisiones fueron recurridas ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Nosotros en este extracto nos limitaremos simplemente a exponer cuál fue el motivo de la queja, pudiendo acudir al trabajo citado en su redacción extensa o a la Resolución para un más profundo conocimiento de los pormenores de la misma, así como a la doctrina del centro directivo en cada caso.

Los supuestos más habituales han sido los siguientes:

a') Relativo a la referencia notarial de las cargas registrales. Resolución de 9-10-1991.

b') Falta de admisión de contestación a un acta de requerimiento que se pretendía efectuar por medio de un mandatario verbal. Resolución de 4-5-1993.

c') Negativa a expedir copia de acta de notificación. Resolución de 19-1-1993.

d') Negativa a expedir escritura de compraventa, a instancia de una persona en quien concurre la doble cualidad de legitimario y heredero testamentario de uno de los otorgantes. Resolución de 8-10-1992.

e') Negativa a modificar una escritura pública. Resolución de 15-9-1992.

f') Negativa del notario a expedir copia de un testamento de un familiar. Resolución de 13-4-1992.

g') Presentación fuera de plazo en oficinas fiscales. Resolución de 5-2-1994.

h') Provisión de fondos extemporánea. Resolución de 15-4-1994.

i') Daños originados por la autorización de determinados instrumentos públicos. Resolución de 2-6-1994.

j') Impedimento de acceso al crédito bancario. Resolución de 14-6-1994.

k') Falta de inscripción registral. Resolución de 30-1-1995.

l') Errores meramente formales. Resolución de 3-2-1995.

m') Cancelación de cargas. Resolución de 4-2-1995.

n') Defectuoso asesoramiento. Resolución de 18-9-1995.

ñ') Supuestas actuaciones incorrectas. Resolución de 19-9-1995.

o') Sobre las reservas y advertencias legales. Resolución de 13-10-1995.

p') Cambio de actitud respecto de la autorización de una escritura. Resolución de 19-10-1995.

q') Falta de control de los empleados en actuaciones fiscales encargadas por los clientes. Resolución de 15-11-1995.

b) Responsabilidad por omisión.

Como hemos visto, la responsabilidad civil de un profesional se origina por acción o por omisión. Citaremos ahora un caso de omisión, por falta de cumplimiento por el notario de una norma legal de ineludible observancia, que determinó la nulidad de una escritura de traspaso de local de negocio por falta de notificación al arrendador o a quien materialmente cobre la renta, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Se trata de una Sentencia del Tribunal Supremo, concretamente de 6 de mayo de 1994 (Sala 1ª), primera resolución judicial que nosotros conozcamos en que se condena civilmente la actuación (en este caso la omisión) de un notario, y se analizan una serie de cuestiones de interés para el tema que abordamos.

En el caso enjuiciado, se promueve demanda ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente de Orense, de juicio ordinario de menor cuantía contra un notario, sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios, recayendo con fecha 20 marzo 1991 Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense en la que, confirmando la dictada por el referido

Juzgado el 19 noviembre 1990, se estimaba la demanda, Sentencia contra la que se interpuso recurso de casación por infracción de ley, que a continuación analizaremos, en donde el Tribunal Supremo, en ponencia del Excmo. Sr. Albácar López, deja sentada su doctrina sobre la responsabilidad civil de los notarios, y particularmente algunos aspectos de sumo interés para clarificar la cuestión que ahora tratamos.

El Tribunal Supremo declara sin más la culpabilidad civil del notario, bajo el argumento de que dicha actuación ha de reputarse negligente, al dejar de cumplir un plazo legal, es decir, se trata de una omisión culpable. Sin embargo, los daños que se originaron al actor no se produjeron hasta el momento en que la Sentencia acordó la antedicha resolución contractual.

Veamos algunos temas de interés:

a') Comienzo del plazo para el ejercicio de la acción.

Tanto se considere la responsabilidad contractual, como extracontractual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código civil, "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse", y ese día, no es, como pretende el recurrente, el de la fecha extemporánea de la notificación litigiosa, sino el de aquel en que se produjo la realidad del daño, cuyo resarcimiento se pretende en la demanda, esto es, el de la fecha en la que por pronunciamiento jurisdiccional firme se declaró resuelto y extinguido el contrato de arrendamiento por causa de no haber practicado el demandado, dentro del término legal de ocho días siguientes al otorgamiento de la escritura, la notificación del traspaso al arrendador, o en definitiva a la persona que materialmente cobre la renta, como previene el artículo 32.6º de la LAU 1964.

b') Calificación jurídica de la relación notarial con su cliente.

La relación que liga al notario con aquel que requiere su actuación adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél, al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende.

c') Prescripción.

Siendo de arrendamiento de servicios la relación contractual que liga a notarios y clientes, las acciones que de la misma se deriven tendrán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.964 del Código civil, el plazo de prescripción de quince años.

d') Cómputo del plazo.

El cómputo del plazo para su ejercicio debe comenzar en el momento en que la acción pudo ejercitarse, obvio es que, en el supuesto de autos, en el que se presentó la demanda antes de transcurrir el plazo de un año de la sentencia firme en que se decretó la resolución del contrato de arrenda-

miento de local de negocio, es esta la fecha y no la de notificación tardía del acta notarial de realización del traspaso, y ello porque, aun cuando la actuación, que ha de reputarse negligente, al dejar de cumplir un plazo legal, tuviese lugar con anterioridad, los daños que la misma produjeron a su actor no se produjeron hasta el momento en que la Sentencia acordó la antedicha resolución contractual.

e') Imposibilidad de revisar cuestiones jurisdiccionales ya resueltas con anterioridad.

En el pleito de responsabilidad civil no pueden revisarse las declaraciones anteriores, aunque éstas tengan relación con la supuesta responsabilidad del notario, sin perjuicio de la intervención adhesiva de éste. El Tribunal Supremo lo explica así: "lo que realmente pretende el recurrente es revisar la declaración que en una resolución firme finalizadora de un proceso anterior en el que el mismo no fue parte, se hizo de que la notificación tardía del otorgamiento de la escritura de traspaso era causa suficiente para entender que el mismo, al ser realizado en forma no legal, produjo la resolución del contrato, empeño este que, como puede fácilmente comprenderse, no puede prosperar, pues, no puede admitirse que mediante un motivo de casación planteado en un litigio en el que se reclaman al demandado, hoy recurrente, los daños que su negligente actuación provocó, pueda otorgarse al mismo acción para combatir declaraciones que, por haber sido sentadas en resoluciones firmes, recaídas, además y como ya se ha dicho, en otro litigio en el que el recurrente no fue parte, no pueden ser alteradas, so pena de atentar de manera flagrante contra el principio de cosa juzgada en que se ampara la necesaria seguridad jurídica". Y más adelante: "si bien hubiese sido posible la intervención anterior del actor hoy recurrente a través de la personación adhesiva en el pleito anterior, no cabe, sin embargo, predicar la forzosidad en aquella litis de un litisconsorcio pasivo necesario, que no puede alegarse extemporáneamente, sin perjuicio de lo cual, y versando aquel litigio sobre la resolución del contrato de arrendamiento por haberse notificado el otorgamiento de la escritura de traspaso tardíamente, siempre le hubiese cabido al hoy recurrente rehuir su responsabilidad por daños, atribuida a negligente actuación, alegando y acreditando que el retardo en la notificación no le era imputable, por deber de atribuirse a fuerza mayor, tesis esta que ni siquiera ha sido planteada en el actual procedimiento, y que le hubiera dotado de medios de defensa suficientes para que no pudiera alegarse una indefensión que, consiguientemente, no puede ser apreciada".

B) Producción de un daño.

Uno de los elementos de la responsabilidad civil es la existencia de un daño en sentido amplio, esto es, daños y perjuicios (1.106, C.c.), que tanto

pueden ser patrimoniales como morales. En cualquier caso, el daño tiene que ser real y actual, susceptible de ser cuantificado económicamente. La valoración de ese daño queda al arbitrio judicial, operando el principio de la discrecionalidad reglada (1.103, C.c.), requiriendo, en consecuencia, motivación.

Dentro de los daños, pueden reclamarse:

a) Daños patrimoniales: tanto emergentes como aquellos otros que se dejen de percibir (lucro cesante), según dispone el artículo 1.106 del Código civil.

b) Gastos originados y que sean consecuencia directa de la negligente actuación notarial. En realidad, se trata de perjuicios.

c) Daños morales. Si bien es cierto que el referido precepto civil (1.106) establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, pueden también reclamarse los llamados daños morales, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia (desde la antigua Sentencia de 9 diciembre 1949 y posteriores de 22 abril 1983, 25 junio 1984, 3 junio 1991, 27 julio 1994 y 3 noviembre 1995, entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

Por lo demás, numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, mantienen la doctrina de que la determinación de la cuantía de la indemnización pertenece a la soberanía juzgadora de los órganos de instancia, siendo únicamente revisable en casación cuando dicha cuantificación se hubiera efectuado desconociendo, modificando o aplicando incorrectamente las bases a que debió ajustarse, o la norma legal en que se contienen, o resultara manifiestamente errónea o ilógica.

C) Relación de causalidad entre la conducta del profesional y el resultado producido.

Entre la actuación (negligente) y el resultado dañoso ha de mediar la correspondiente relación de causalidad (o de causa a efecto).

Es frecuente en la práctica enlazar el juicio valorativo de la actuación (negligencia profesional, en sentido amplísimo desde el punto de vista culpabilístico) con el resultado acontecido, estableciendo una relación de causalidad entre la valoración del acto y su resultado. Esto es inexacto. La comparación debe hacerse exclusivamente entre acto y resultado, y después analizar la culpabilidad del profesional mediante un juicio de valor que aprecie la posible infracción de los deberes de cuidado exigibles en relación con la "*lex artis ad hoc II*".

Ahora bien, muchas son –como se sabe– las teorías que sirven para atribuir el resultado a una determinada actuación. Sin profundizar aquí sobre este problema, señalaremos que la jurisprudencia no sigue un único criterio para establecer el nexo causal: es mayoritaria la teoría de la “*conditio sine qua non*”, que explica la atribución del resultado a base de suprimir mentalmente la actuación del agente o curso causal desplegado por éste; sin embargo, no explica bien los sucesos de concurrencia múltiple de procesos causales, por lo que también se inclina la jurisprudencia por la teoría de la adecuación (o causa prevalente). El Tribunal Supremo ha declarado que no basta la relación causal entre acción y resultado, sino que es menester que a la noción de causa, tal y como es entendida por las ciencias naturales y que encuentra su traducción en la doctrina de la “*conditio sine qua non*” o de equivalencia de las condiciones, se añada la relevancia jurídica de tal nexo causal.

A propósito de la relación o nexo de causalidad, citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 1998, dictada en un caso de reclamación de responsabilidad civil de un notario y de su aseguradora profesional, por la autorización de una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, por no acceder inicialmente al Registro de la Propiedad y cuando finalmente accedió ya se habían anotado (entre el otorgamiento y la inscripción) una serie de embargos en la finca hipotecada, e incluso la declaración de quiebra de la entidad hipotecante, con retroacción de la misma a fechas anteriores al otorgamiento de aquella escritura. Debemos señalar, sin embargo, que de una u otra manera, el requisito del nexo causal se encuentra debatido en muchos de los supuestos prácticos de responsabilidad.

La inscripción de la escritura en cuestión fue suspendida por el registrador, con base en que una misma persona había intervenido como representante de la sociedad deudora y de la acreedora, al considerar que había autocontratación con intereses contrapuestos, a fin de que se ratificase la garantía hipotecaria por la junta general de aquélla, lo que originaba la responsabilidad del notario; sin embargo, el Tribunal Supremo, con base en lo razonado por la Audiencia Provincial, analizando la relación de causalidad entre la culpa o negligencia del señor notario y el daño, pues, –dice– aun partiendo de la misma, pueden verse los demandados exentos de responsabilidad si se acredita, como en el caso discutido, que entre el comportamiento y el resultado dañoso medió una causa extraña de suficiente entidad que interfiriéndose en el nexo de causalidad, lo rompa, siendo el notario ajeno al retraso en la calificación, dado que el pago del impuesto es previo a dicha calificación del registrador, conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria, de manera que...“el perjuicio invocado deriva, en este supuesto, no de la impericia u olvido que se imputa al señor notario sino

del retraso en el pago del impuesto, pues en la fecha en que se llevó a efecto el mismo, ya se habían inscrito en el Registro los asientos de embargo y dictado el Auto declarando a la sociedad hipotecante en quiebra con una retroacción anterior a la fecha del otorgamiento de la escritura litigiosa, lo que obliga a concluir que en este caso se produjo una interconexión de otro actuar negligente, bien del perjudicado o de un tercero (retraso en el pago del impuesto) que rompió el nexo de causalidad”.

D) Culpabilidad del autor del daño.

En la conducta de los profesionales queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en daños de otro origen, estando por tanto a cargo del demandante la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico. Además, desde nuestro punto de vista, la inversión de la carga de la prueba supone presumir la culpabilidad del profesional productor de un daño, sin que por el momento existan razones que aconsejen mantener esta tesis, que choca frontalmente contra la presunción de competencia profesional del demandado, cualquiera que fuese su cualificación profesional, junto a razones constitucionales de presunción de inocencia, aplicable también en materia civil.

Y ello, además, porque la actividad del profesional jurídico que aquí tratamos, como enseña la jurisprudencia, *no es una actividad de resultado*, o de garantía de resultados (como en otros campos profesionales, v. gr. la ingeniería o la arquitectura) sino de medios. Queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando, por tanto, a cargo del demandado la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico.

Calificación contractual

Como hemos analizado anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1994, califica la relación que liga al notario con aquel que requiere su actuación de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél, al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende.

¿Es necesaria siempre la previa declaración judicial de ineficacia del acto jurídico autorizado por el notario?

La cuestión que se plantea ahora es muy sugestiva, y también evidentemente controvertida. Se puede enunciar diciendo que ante el supuesto de una determinada actuación profesional que dará lugar a la ineficacia del acto jurídico autorizado por el notario, por ejemplo, una escritura de venta otorgada por un menor de edad (que pasó inadvertida al fedatario público), algún acto jurídico realizado ostensiblemente fuera de plazo, un testamento en el que no se recoja por el notario la mención de capacidad, etc., si es preceptiva necesariamente la previa declaración jurisdiccional de nulidad del acto, y después entablar la demanda de responsabilidad civil frente al notario, o bien puede iniciarse esta última vía directamente, sin acudir al pleito precedente.

La solución no es pacífica. Los que estiman debe procederse por esta segunda vía, opinan que no se trata de declarar la ineficacia del acto, sino de anudar el hecho objetivo de la falta de requisitos legales del instrumento mismo con la inobservancia de los deberes legales del profesional, de tal modo que se detecte una grave negligencia en su actuación. Y como argumentos de refuerzo, que se trate de supuestos de claridad absoluta de la ineficacia del acto únicamente, pues en otro caso, habría que acudir al pleito precedente, lo que se evita también con este sistema, por lo que se gana en rapidez y se obvian gastos inútiles a los perjudicados.

Pero, en realidad, señalan los partidarios de la postura opuesta, mientras no se declare la nulidad del instrumento público no hay (todavía) daño alguno para el perjudicado, no concurriendo, pues, uno de los requisitos para que se declare la responsabilidad civil, aunque se den los restantes. Y, desde luego, únicamente en caso de palpable y manifiesta infracción legal que afecte al instrumento público autorizado por el notario podría sostenerse la postura anterior.

Solamente se ha planteado esta cuestión una vez, al enjuiciar la conducta de un abogado que no había entablado una determinada acción judicial en nombre de su cliente, ahora perjudicado, por haber transcurrido con exceso el plazo de prescripción de la misma, argumentándose por el profesional demandado que la excepción de prescripción no puede ser acogida de oficio, y al dirigirse directamente la acción de responsabilidad frente al mismo, se desconocía si hubiera sido o no esgrimida, o en su caso, estimada, o incluso si hubiera sido renunciada por la parte, fallando los Tribunales (no se pronunció el Tribunal Supremo) que por razón de su palpable concurrencia, lo inusual de las renunciaciones a su planteamiento por los demandados, y, en definitiva, que supondría un retraso y gasto de difícil explicación obligarles a obtener previamente en otro Tribunal una declaración formal

de prescripción, que seguro sería invocada por la parte demandada, se entraba a conocer del fondo de la materia litigiosa.

Responsabilidad específica del notario en caso de nulidad del testamento por él autorizado (art. 705 del C.c.)

Como es sabido, el artículo 705 del Código civil, dispone que “declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables”.

Se requieren, pues, dos procesos: uno, el que declara la nulidad del testamento que se iniciará entre aquellos legitimados (activa o pasivamente) para ello, generalmente los herederos y legatarios, y otro iniciado por aquel que se considere perjudicado por la actuación notarial, con base en la nulidad precedente, frente al notario autorizante reclamándole daños y perjuicios.

a) Dentro del primer proceso, señalemos dos aspectos, en relación con la actuación profesional del notario:

a') Intervención adhesiva. Que es un supuesto típico, recogido y comentado por los procesalistas, en que es posible la intervención adhesiva o coadyuvante del notario en el proceso civil defendiendo la validez del testamento.

b') Litisconsorcio en el pleito previo de nulidad. Que si no ha intervenido en el mismo, no se produce defecto alguno en la construcción de la relación jurídico-procesal, como ha declarado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia de 9 de mayo de 1990.

b) Dentro del segundo proceso, y siguiendo en este apartado, algunos postulados de la muy interesante Sentencia de 5 de septiembre de 1997, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12^a, hemos de destacar algunas de las características de la acción de responsabilidad civil del notario autorizante en el caso del artículo 705 del Código civil.

a') Calificación jurídica. Se califica sin ninguna duda como de responsabilidad civil extracontractual, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil en relación con el artículo 705 del Código civil, estableciendo el mismo que declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las formalidades de cada caso, el notario autorizante será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si ello procediere de su malicia o de su negligencia o ignorancia inexcusable, pues aunque la doctrina discute si esa responsabilidad es contractual, dada la originaria relación con su cliente y con los efectos propios de ella –artículos 1.101 a 1.107

Código civil—, con el plazo prescriptivo de las acciones personales —artículo 1964—, o extracontractual con todas sus consecuencias, la jurisprudencia tratándose de la responsabilidad determinada en el citado artículo 705 tiene declarado que trae causa directa de la malicia, negligencia o ignorancia del notario, siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil (SS 3 julio 1965 y 9 mayo 1990).

b') Plazo para la prescripción. Correlativamente a lo expuesto, es de un año —artículo 1.968 Código civil—, tiempo para la prescripción que en general empezará a contarse “desde que pudieron ejercitarse” —artículo 1.969 Código civil— y que se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial y por cualquier acto de reconocimiento por el deudor —artículo 1.973 Código civil—, interrupción de la prescripción que en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, así como a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones —artículo 1.974 Código civil—.

c') *Dies “a quo”*: dada la especial naturaleza de la acción ejercitada, que a continuación examinaremos, su verdadero nacimiento e inicio del cómputo para que pueda ejercitarse, no puede ser otro que a partir de la declaración por Sentencia judicial firme de la nulidad del testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 687 y 705 del Código civil en relación con el 685 y 694.

d') Naturaleza jurídica de la acción ejercitada:

Está en función de la superlativa importancia que tienen las formalidades y solemnidades legales en la autorización del testamento abierto, y dentro de ellas, la identidad o identificación del testador es el primer presupuesto para la existencia y validez de un testamento, y a tal fin el artículo 685 del Código civil, complementado por el siguiente artículo 686, establece los medios para ello, de ahí la importancia y trascendencia que nuestro Código da a la forma de los testamentos sancionando con su nulidad el artículo 687 aquellos en que “no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas” para cada clase de los testamentos que regula porque como tiene declarado reiterada jurisprudencia que por conocida hace innecesaria su cita, no basta que sea conocida la voluntad del testador en forma indubitada o resulte demostrada por los medios ordinarios de prueba, sino que para la validez del testamento es indispensable que la declaración de aquélla esté manifestada de la manera y con los requisitos que dispone la Ley porque, dada la condición de acto formal y solemne que el testamento tiene, los requisitos de su otorgamiento tienen o revisten carácter *ad solemnitatem* y no sólo *ad probationem*.

e') Requisitos: exige la concurrencia de cuatro requisitos:

1º) La declaración de nulidad de un testamento abierto por no observarse las formalidades o solemnidades establecidas por la Ley para cada caso.

2º) El elemento subjetivo de una actuación maliciosa o culposa o de ignorancia inexcusable por parte del notario.

3º) El elemento objetivo del daño real resarcible; y,

4º) El nexo causal o relación de causa a efecto entre la conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial sufrido por el que acciona o reclama.

Teniendo que resaltar en cuanto al *primero* que es más bien un presupuesto de la acción y que no es preciso llamar al notario autorizante al procedimiento en que se ejercite la acción de nulidad del testamento, por no darse una situación de litisconsorcio pasivo necesario, como ya vimos anteriormente (SS 15 marzo 1951, 24 octubre 1963, 15 noviembre 1968, 3 junio 1972, 16 diciembre 1975, 10 noviembre 1979, 21 junio 1986 y 9 mayo 1990), de ahí que para el notario en el juicio posterior ejercitando contra él o sus herederos la acción del artículo 705 la anterior Sentencia no tenga el valor de cosa juzgada material, más que en el aspecto ya intocable del presupuesto de la declaración de nulidad del testamento, mas no en el de su responsabilidad, por lo que en el segundo juicio para que prospere la acción contra él habrá de acreditarse y resultar su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable y, por último, que respecto de los daños y perjuicios habrá que probar su existencia y realidad, así como su cuantía.

f') Cuantía:

a") En general: sólo son susceptibles de indemnización los daños y perjuicios reales, sin que entren en juego elementos subjetivos y así como que el valor a tener en cuenta de los bienes es el actual y no el de la muerte del causante (SS 17 abril 1943, 22 junio 1952, 14 febrero y 21 marzo 1985, 14 julio 1990 y 22 noviembre 1991).

b") Honorarios de los profesionales actuantes en el juicio declarativo de la nulidad. Es posible su inclusión como cuantía de los perjuicios ocasionados, siempre que el actor se haya defendido de la nulidad pretendida en procesos anteriores, salvo que obedezcan a errores o falta de diligencia de los profesionales del Derecho actuantes.

c") Daños morales. Son perfectamente reclamables, siempre que se den los elementos y requisitos generales establecidos por la jurisprudencia.

Responsabilidad del notario en caso de defectos en la identificación de los otorgantes de los documentos públicos

Este es uno de los supuestos originadores de responsabilidad más frecuentes, y que más resoluciones de la Dirección General de los Registros y

del Notariado ha originado, llegándose a pronunciar en dos ocasiones, al menos, el Tribunal Supremo.

La doctrina del centro directivo al interpretar el artículo 23 de la Ley del Notariado, que literalmente dice: “el Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados”, es la siguiente:

a) Que producido un error en la identificación de cualquiera de los otorgantes de un instrumento público, no debe inmediatamente abrirse expediente disciplinario al notario actuante, y ello:

a') Porque lo que la norma parece dejar claro es que en caso de error en la identificación no puede haber responsabilidad criminal (salvo dolo), y

b') Porque la segunda parte del precepto comentado tiene una finalidad normativa subordinada a la primera, consistente en sentar igualmente que pese a una posible inexistencia de responsabilidad penal, sí pueden todavía existir las otras dos clases de responsabilidad, a pesar de que no haya existido dolo.

Por consiguiente, esta norma no tiene por finalidad modificar el régimen general de responsabilidad civil y disciplinaria, que exigen la existencia de dolo, o al menos de culpa o negligencia.

b) También se realizan las siguientes declaraciones que son de interés para el tema que estudiamos:

a') El error en la identificación no genera automáticamente la imposición de sanción alguna al notario que lo padeció.

b') Aunque pareciera desprenderse de la norma citada que lo que sí es automático es la apertura de expediente, a fin de que como resultado del mismo se decida si se le impone o no la sanción, tampoco esta conclusión resulta admisible, porque las escrituras gozan de presunción de veracidad, por lo que la declaración de nulidad o ineficacia de una escritura pública queda reservada con carácter exclusivo a los Tribunales de Justicia (RR 29-7-1925, 7-11-1929, 7-2 y 12-6-1985, 10-7-1986, 27-10 y 22-12-1988, 14-1 y 11-9-1989 y 23-10 y 13-11-1990). El centro directivo sí ha mantenido en cambio (R 14-9-1995) que declarada judicialmente la nulidad debe abrirse expediente disciplinario.

c') Queda siempre a salvo la presunción de inocencia constitucionalmente declarada, por lo que no se abrirá expediente a menos que consten indicios de que el notario realmente ha incurrido en algún tipo de dolo o negligencia.

d') Por último, queda expedita la vía judicial en reclamación de los daños y perjuicios causados ante los Tribunales de Justicia no siendo presupuesto legal necesario la incoación y resolución del expediente administrativo al notario. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11-6-1988, que después comentaremos, mantiene justo lo contrario, que es precisa la previa incoación de expediente disciplinario, bien que se trata de un pronunciamiento todavía no corroborado de otro para formar jurisprudencia.

c) Entre los casos concretos que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tratado, citaremos las siguientes:

a') La de 13 de septiembre de 1995, consistía en la autorización de una escritura de emisión de obligaciones en la que se había producido una suplantación de la personalidad de los otorgantes mediante la falsificación del DNI.

b') La de 14 de septiembre de 1995, que trata de la autorización de una escritura de poder en la que se había suplantado la identidad de los otorgantes mediante la falsificación del DNI, utilizándose posteriormente el poder para el otorgamiento de una escritura de emisión de obligaciones hipotecarias, con causación de perjuicio económico.

c') La de 16 de abril de 1996, que gira en torno a la exigencia de responsabilidad a un notario por los daños y perjuicios sufridos por los compradores de un inmueble, vendido por quien suplantó la personalidad de su verdadero dueño, mediante la exhibición en el momento del otorgamiento de un DNI falsificado.

d) En el plano judicial, se han producido dos casos, que han llegado al Tribunal Supremo.

a') En cuanto al primero, la Sentencia de 11 de junio de 1988, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, es la primera Sentencia que plantea el problema de la responsabilidad del notario como consecuencia de sufrir un error en la identificación de uno de los otorgantes, con daño para terceros. En el caso, el Juzgado había estimado la demanda, revocando la Audiencia el fallo y desestimando la demanda, solución que a la postre acoge el Tribunal Supremo al desestimar el recurso de casación que interpone una de las partes actoras en el procedimiento de instancia. La Sentencia, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Latour Brotóns, es sumamente interesante, por lo que transcribiremos algunos párrafos de la misma:

"1. Aun cuando se echa en falta una construcción dogmática general sobre la teoría del error en el Derecho, es lo cierto que los últimos estudios y aplicaciones van ensanchando su campo con sus peculiaridades propias, proporcionando así soluciones prácticas y adecuadas a una serie de situaciones jurídicas límites que, si de una parte rebasan los establecidos para

los negocios jurídicos, de otra introducen una función correctora sociológica y jurídica en aras de un restablecimiento por vía de resarcimiento del derecho conculcado por la incidencia del error y al que, por algún sector doctrinal, se ha querido incardinar también y con iguales efectos a la ignorancia. Tal está ocurriendo con los llamados errores profesionales, en que un conocimiento equivocado, lejos de los ilícitos penales o civiles, provocan un daño que la convivencia social y el Derecho tratan de reparar mediante el otorgamiento de una acción de resarcimiento que, al menos, atenúe el mal causado sin provocar una serie de nulidades contractuales. Así, y por ser los más destacados en nuestro sistema, pueden enumerarse los errores registrales –tanto en el Registro de la Propiedad como en el Civil– como en los órdenes notarial o judicial y que han sido objeto de contemplación y regulación por el legislador.

2. Así las cosas, la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, hubo de ser modificada en su artículo 23 por Ley de 18 de diciembre de 1946, pues aun siendo consciente de la fundamental garantía que la intervención notarial presta a los actos y contratos que mediante ella se forman y al deber del Notario de dar fe de conocimiento de los otorgantes, asegurándose de su identidad, puso de relieve en su Exposición de Motivos la cierta y justificada alarma existente en el Cuerpo Notarial ante el hecho de que puedan producirse errores en el conocimiento provocados por los mismos otorgantes, que podrían iniciar una acción criminal contra el Notario por una supuesta falsedad y exigir incluso una indemnización indebida, ya que no existiría la culpa o negligencia exigida por el artículo 1.902 del Código Civil, *terminando por admitir que las consecuencias del error habrían de ser distintas, estableciendo, en definitiva, en el último párrafo del artículo 23 que «el Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados»*. De este modo, el error recibe un tratamiento específico y adecuado y queda relegado a su campo propio de acción, sustrayéndolo a los avatares de un proceso por ilícito penal o civil, pero sin que el perjudicado quede desprovisto de los medios legales oportunos para la obtención de una reparación una vez declarado y reconocido previamente el error.

3. En el caso que ahora se enjuicia, no puede pretenderse una indemnización sin haberse seguido previamente un expediente disciplinario contra el Notario que provocó el error en la identificación de uno de los otorgantes del instrumento público que autorizó y en el que dio fe de conocimiento sin haber seguido las pautas que el propio artículo establece para los su-

puestos que enjuicia, lo que lleva a la desestimación del primero de los motivos del recurso, en el que se denuncia la inaplicación del artículo 23 de la Ley del Notariado en los términos redactados por la calendada ley de que se hizo mérito anteriormente”.

Pero esta Sentencia no solamente libera de responsabilidad al notario, como consecuencia de este aspecto formal derivado de la falta de incoación de un expediente disciplinario, sino que en el segundo de sus fundamentos jurídicos, entra en el fondo de la cuestión litigiosa, desestimando la acción por estos motivos:

a”) El notario no advirtió la falsificación, siendo víctima de un error invencible, por la *perfección* de la misma. El Tribunal Supremo se expresa con las siguientes palabras: “...resulta más que dudoso el juicio de valor que sienta la Sentencia de instancia –porque no otra catalogación jurídica merece– al calificar de ligereza del Notario autorizante que utiliza una fórmula de estilo para la fe de conocimiento, sin apelar a los correctivos establecidos en el propio artículo 23 de la Ley del Notariado, pues hay que tener en cuenta que lo que verdaderamente existe es un error en la identificación de uno de los otorgantes que se obtiene a través de un Documento Nacional de Identidad falsificado y que no advirtiera tal falsificación, pues sabido es las dificultades prácticas de apreciarla por el especial cuidado con que hoy en día se falsifican los documentos identificativos y de ahí, en vez de concluir con la existencia de un error que se equipara a la acción culposa, cuando la más autorizada doctrina erradica el error de la culpa”.

b”) Existiendo un proceso penal para depurar las responsabilidades criminales derivadas del delito de falsedad en documento de identidad, no pueden enjuiciarse ahora responsabilidades civiles al margen de aquél. El Tribunal Supremo emplea estas palabras: “... hay que tener en cuenta que en el caso enjuiciado existe una concurrencia de culpas, contractual una y extracontractual la otra: la primera, en cuanto a los otorgantes que demandan los servicios de un profesional de la fe pública para el otorgamiento del documento y, la segunda, en cuanto pueda afectar a un tercero no concurrente al acto del otorgamiento. Este doble condicionamiento, unido a lo que se dijo anteriormente, pone en tela de juicio la viabilidad del artículo 1.092 del Código Civil si se tiene en cuenta que existe en tramitación un proceso penal para la depuración de la responsabilidad criminal, y consiguientemente de la civil, derivada de la falsificación de un documento de identidad y subsiguiente delito de estafa, con la consiguiente preferencia de la jurisdicción punitiva sobre la civil conforme a los dictados del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

c”) Finalmente, no hay relación de causalidad entre el engaño producido al notario y los daños originados. Así: “no puede establecerse una relación de causa a efecto entre la escritura de 18 de junio de 1979 autori-

zada por el Notario demandado en su día (y en la que escrituraba la cesión de efectos cambiarios) y la supuesta producción de unos daños, sino que la correcta relación causal viene tan sólo establecida entre las letras falsificadas y negociadas y el perjuicio ocasionado por la falsedad”.

b’) Segundo caso. Se trata de la demanda formulada por una sociedad mercantil frente a un notario, que dio fe de conocimiento personal en el instrumento público que autorizaba, de la persona que comparecía (en realidad suplantando a otra y exhibiendo un DNI falso), pese a que sólo la conocía porque días antes fue a la notaría con el referido DNI; es más, el notario declaró que había recibido personalmente a la poderdante y se cercioró de su capacidad y lucidez, problema que le preocupaba. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo que no existía nexo causal alguno entre la falta de acreditación documental de los que habían servido al notario para identificar a la poderdante y los daños y perjuicios sufridos.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) que conoció del recurso de apelación, interpuesto por la demandante en la instancia, revocó la Sentencia y condenó al notario a abonar a la parte actora el valor del inmueble objeto de la venta, fijándose su cuantificación en ejecución de Sentencia, conforme a las bases que se disponían en la misma.

Comienza la Sentencia declarando: “el prestigio y el crédito institucional y social de la función notarial en nuestro país”, el cual está esencialmente fundado en el rigor y la pulcritud de la dación de fe, que otorga a los hechos y circunstancias a que se refiere una fuerte presunción de veracidad. Entre aquellos hechos y circunstancias ocupa un lugar de singular relieve el conocimiento de la identidad de la persona que comparece ante el notario para realizar cualquier acto o negocio jurídico, añadiendo que, en tal sentido, y para garantizar adecuadamente la realidad de ese conocimiento, la Ley del Notariado distingue diáfamanamente entre el conocimiento personal de la identidad de las partes y, en defecto de este conocimiento, el aseguramiento de tal identidad “por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos”. Esta diferenciación se encuentra en el artículo 23 de la Ley del Notariado, ratificado y desarrollado en el artículo 187 de su Reglamento. Sobre el alcance de ambos preceptos, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 27 diciembre 1960, estableció la siguiente doctrina: “por el valor que la ley atribuye al documento notarial, es la fe de conocimiento el acto más trascendental de todo cuanto emite el Notario, por ser el presupuesto básico para la eficacia del instrumento público el que quede fijada con absoluta certeza la identidad de los sujetos que intervienen, y, por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado prescribe como requisito esencial de validez la obligación del fedatario de identificar

a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios supletorios legalmente dispuestos”.

En cuanto al caso concreto, la Sentencia reprocha al notario no haber consignado los documentos de que se valió, como datos de conocimiento supletorio, en estos términos: “parece razonable entender que, dadas las circunstancias, el apelado, puesto que no existía el conocimiento personal de la compareciente, hubiese consignado el conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23.c) de la referida Ley del Notariado, respondiendo, por consiguiente, como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado, «de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente». No lo hizo así, y dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia, facilitó objetivamente (aun, por supuesto, sin asomo alguno de intencionalidad o dolo civil por parte del apelado) las intenciones delictivas de aquélla. En definitiva, el apelado *no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad*, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones o falsedades”.

Refuerza su argumentación, en estos tres aspectos:

a”) En que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución desestimatoria de la responsabilidad disciplinaria del notario apelado, se ve en la obligación de “recordar a este Notario la obligación de extremar su celo en la narración documental del medio de identificación utilizado a fin de que la manera en que se ha formado su juicio de identidad quede lo más fiel y correctamente expresado posible”.

b”) En el carácter, prácticamente objetivo, de dicha responsabilidad (“... la categórica dicción del último párrafo del artículo 23 de la Ley del Notariado apunta a una especial objetivación de la responsabilidad por error”).

c”) En la originación de daños y perjuicios a terceros (“... teniendo en cuenta lo dispuesto en el tan citado artículo 23 de la Ley del Notariado, párrafo último, puesto en relación con los artículos 187 y 190 de su Reglamento, con el artículo 1.902 del Código civil y con las circunstancias del caso de autos, es patente que el Notario apelado, que dio fe de conocimiento personal de la compareciente sin que existiese esa constancia directa, inmediata y cualificada de la identidad de la persona y que, además, fue inducido a error por la actuación maliciosa de la compareciente, debe indemnizar *los daños y perjuicios que se han producido* por tal error a terceros interesados”).

Rechaza, por último, la falta de nexo causal, que había declarado el Juez de Primera Instancia, con estos argumentos: “De acuerdo con tan reiterada como pacífica doctrina de nuestro Tribunal Supremo, la jerarquía

de las causas o concausas es irrelevante a la hora de precisar la existencia o no del nexo causal. Como ha quedado dicho, la actuación profesional del demandado fue errónea e indiligente y facilitó objetivamente la instrumentación de un documento público para la comisión de un delito. La actuación criminal y torticera de terceras personas no rompió, en forma alguna, la relación básica de causalidad entre aquella actuación profesional y los daños causados, sin que quepa considerar que la no inscripción por la apelante de su escritura de compraventa o sus presuntas deficiencias de régimen jurídico interno afecten en lo más mínimo a esa relación de causalidad”.

Esta Sentencia fue recurrida en casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, desestimando el recurso en Sentencia de 2 de diciembre de 1998, bajo ponencia del Excmo. Sr. Almagro Nosete.

Declara, en primer lugar, el Tribunal Supremo el sentido que debe darse a la expresión “fe de conocimiento” de los intervinientes en los documentos notariales, por cuanto que, en el caso, lo que el recurrente sostiene es que la identificación, días antes de la compareciente falsaria, por medio del documento de identidad, suponía ya que aquella identificación previa se transformaba, para el acto del otorgamiento del documento, en conocimiento directo, liberándole de consignar las constancias exigidas cuando se emplea otro modo de aseguramiento de la identidad, concretamente la identificación mediante el carnet de identidad. Tal interpretación pugna, sin duda, con el recto sentido del precepto ya que se eludiría el cumplimiento de aquellas constancias, con tal modo de identificación informal previa. Conocer, no significa, en la acepción que se considera, que el notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carnet de identidad, sino que, por habitualidad, en el trato (v. g. cliente de la notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a éste dudas, según el común de la experiencia, de la identidad de ésta. Es decir, entraña un “reconocimiento” de la persona, lo cual exige un previo conocimiento.

Respecto a la ruptura del nexo causal entre la actuación del demandado y el daño producido por razón de la insuficiencia de la causa para producir el resultado dañoso, que, desde nuestro punto de vista, es la cuestión principal en este caso, el Tribunal Supremo declara que “tal falta de adecuación no es admisible dado que fue la omisión de la identificación en forma, la que, al menos, *facilitó* la suplantación que, como acto ilícito instrumental determinó la consumación de la acción de despojo final, pues, no se ha probado en autos, según carga probatoria que correspondía al demandado, que la semejanza, parecido o perfección de la fotografía y coincidencia aparente de los datos del carnet de identidad que se utilizó, conducían al engaño, ni tampoco que el *iter* que condujo al resultado fuera interrumpido por acto u omisión extraña que contribuyera de manera relevante al resultado”.

LA ADJUDICACIÓN O PARTICIÓN HOMOGÉNEAS

**Visión crítica de la doctrina de la Dirección General
de los Registros y del Notariado en los supuestos de liquidación
de la sociedad de gananciales en la que concurren menores
representados por el viudo o viuda**

CÉSAR BELDA CASANOVA
Notario

A César Mínguez

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PREÁMBULO NORMATIVO. III. CASUÍSTICA PACÍFICA. A) Partición por contador partidador sin liquidación previa de sociedad de gananciales. **B)** Partición por contador partidador con liquidación previa de sociedad de gananciales. **C)** Partición efectuada exclusivamente por el viudo o viuda en su nombre y en representación de sus hijos menores sobre bienes privativos del causante y sobre gananciales adquiridos por el viudo o por ambos cónyuges para la sociedad de gananciales. **IV. LA QUIEBRA DE LA PARTICIÓN HOMOGÉNEA. BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES ADQUIRIDOS POR EL DIFUNTO.**

I. Introducción

“Homogéneo/a: Dícese de una substancia o de una mezcla de varias cuando su composición y estructura son uniformes” (del Diccionario de la Real Academia Española).

Intentar bautizar alguna institución o figura jurídica en la que se repiten circunstancias análogas no siempre es una buena idea. Tanto más cuanto que generalmente se tiene que recurrir a términos no estrictamente jurídicos y que, por tanto, los lectores, preferentemente juristas, juzgarán mejor o peor empleados.

Entendemos por **partición o adjudicación homogénea** aquella en que los adjudicatarios reciben cada uno de los bienes adjudicados en la misma proporción y derecho que ostentaban sobre la globalidad de la herencia.

ROCA SASTRE define la partición de la herencia como “aquel acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto de un conjunto ordenado de operaciones, verificadas sobre ciertas bases o supuesto de hecho y de derecho, y en el cual, después de determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria y de proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, probando la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados (dominio o propiedad exclusiva u ordinaria)”. (ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, p. 371).

De una lectura detenida de la definición hay que concluir que sólo tangencialmente puede hablarse de una auténtica partición en el caso de la partición homogénea. Pues, si bien es cierto que “se transforman las participaciones abstractas de los coherederos... en titularidades concretas”, no lo es menos que la formación del inventario, el avalúo y la liquidación no son momentos esenciales o sustantivos del fenómeno particional, sino meramente adjetivos, de trascendencia fundamentalmente fiscal.

En la partición homogénea los adjudicatarios llamados por un título hereditario y en unas proporciones determinadas por el testador o impuestas por la Ley, deciden convertir su derecho abstracto, de naturaleza germánica, en un derecho concreto, de naturaleza romana –si se nos permite la expresión–, constituyendo tantos condominios cuantos bienes resulten adjudicados, y en la proporción que por testamento o por Ley les haya sido predeterminada.

¿Y qué utilidad puede tener para los adjudicatarios ese quedarse a medio camino entre la comunidad hereditaria y la partición propiamente dicha?

Esta partición “insuficiente” puede obedecer, fundamentalmente, a dos causas: que los herederos no quieran extinguir la comunidad, porque no lo necesiten, o que no puedan.

El primero de los casos, el más común, es un trasunto fáctico de un pacto de indivisión. Se trata, de ordinario, de casos de fallecimiento de un cónyuge, en que los coherederos desean formalizar en escritura pública el inventario de los bienes. Principalmente para cumplir con sus obligaciones fiscales, pero también para dotar de forma jurídica al remanente hereditario. Y al mismo tiempo se quiere reforzar la cautela socinii con un condominio sobre el cual el cónyuge viudo ostenta no sólo el pleno dominio de una mitad, sino el usufructo sobre la otra mitad, y todo ello en forma de escritura pública. El inventario, en tales casos, supone consagrar tácitamente un pacto de indivisión que no se romperá, por lo general, hasta el fallecimiento del viudo o viuda.

Pero también es posible que los adjudicatarios no puedan, o les sea circunstancialmente dificultoso proceder a la partición hereditaria.

Se trata de aquellos casos en que existen menores interesados en la herencia, y generalmente es necesario liquidar, previamente, la sociedad de gananciales entre el viudo y los hijos del causante.

En tal caso y bajo las circunstancias que más adelante examinaremos, puede serle más conveniente al cónyuge viudo proceder a una –permítasenos ya utilizar en forma habitual el término– *partición homogénea*, que si bien diferirá hasta la mayoría de edad del último de los hijos menores la definitiva partición, –e incluso, por lo común, hasta el fallecimiento del viudo– presenta para el viudo o viuda la ventaja de no tener que recurrir a un nombramiento de defensor judicial, e incluso a una aprobación judicial de la partición efectuada, con los gastos y molestias que indudablemente ello conlleva.

De las particularidades de este tipo de partición y de cómo ha cristalizado en la jurisprudencia, especialmente en la de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) los supuestos permitidos y los supuestos prohibidos es de lo que fundamentalmente pretendemos tratar a lo largo de este trabajo.

II. Preámbulo normativo

A guisa de recordatorio transcribiremos en primer lugar los artículos del Código civil en torno a los cuales va a girar básicamente esta exposición:

Artículo 1.057 1.º y 3.º: “El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”

El párrafo 3.º disponía anteriormente: “Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero el Comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.”

Aunque la mayor parte de las resoluciones se han dictado bajo el imperativo de este último enunciado, el nuevo texto no contradice, sino que meramente clarifica lo que anteriormente ya había sentado la doctrina en torno al alcance de la antigua redacción del 1.057-3.^a, por lo que la remisión al nuevo texto, aun cuando hablemos de un supuesto resuelto bajo la redacción anterior no será un error, sino una simple abreviatura por cuanto la nueva ley sólo recoge y simplifica, sin rectificar la doctrina ya sentada.

Artículo 1.060-1.º—“Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial”.

Artículo 163.—“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.”

Artículo 1.324.—“Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.”

Por último, el artículo 1.355 senala que “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.

Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.”

III. Casuística pacífica

No vamos a entrar en un estudio detallado de la evolución histórica de esta figura, por cuanto la regulación en la que se amparan las interpretaciones a las que ahora haremos referencia arranca de la reforma de 13 de mayo de 1981 y la posterior reforma del párrafo del artículo 1.060 del Código civil introducido por la reforma de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Por ello nos vamos a limitar a examinar los distintos supuestos referidos exclusivamente a la o las resoluciones que de una manera más clara los han resuelto. En el entendimiento que en **todos** los supuestos a examinar presuponemos la existencia de menores representados.

A) Partición por contador partidor sin liquidación previa de sociedad de gananciales.

Es el supuesto más simple. Contador partidor nombrado testamentariamente por el causante, **sin que deba procederse previamente a liquidar gananciales al ostentar todos los bienes la condición de privativos del fallecido.**

En base al 1.057-3.º será necesario citar a los legítimos representantes de los menores: su progenitor, o en su defecto, o cuando existan intereses contrapuestos en la partición, su defensor judicial.

Pueden existir intereses contrapuestos entre el viudo o viuda y los menores cuando se pretenda adjudicar al viudo no el usufructo universal o de un tercio (cuando sea su cuota legitimaria) de todos los bienes de la herencia, sino que se pretenda una capitalización del usufructo y una asignación de bienes concretos, o simplemente el usufructo de determinados bienes en pago de los derechos legitimarios.

La **Resolución de 13 de noviembre de 1998** señala a este respecto que “Es preciso que en la partición efectuada por el **contador**, cuando entre los interesados haya algún menor de edad o sujeto a tutela, éste debe indicar nominalmente quiénes han sido citados, y en su caso, en qué concepto, a fin de hacer posible la apreciación del cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.057-3.ª del Código civil, sin que sea suficiente la mera afirmación genérica de que se ha cumplido dicho trámite...”.

Por supuesto, en este caso, al observarse las garantías de representación del menor, la partición homogénea no presenta en sí ninguna ventaja sobre otra solución, digamos, más propiamente particional, pues al tener que nombrarse de cualquier modo defensor judicial para los menores puede llegarse a una partición que ponga fin a la situación de comunidad.

Si alguna ventaja presenta la partición homogénea es, justamente, la innecesariedad del nombramiento del defensor judicial. Desde el momento en que la partición hecha por el contador-partidor, sin la concurrencia del viudo, y **existiendo menores** requiere ineluctablemente dicho nombramiento, teleológicamente la partición homogénea pierde su sentido, por cuanto ya puede partirse como se quiera por cuanto los inconvenientes procesales se han cumplido.

B) Partición por contador partidor con liquidación previa de sociedad de gananciales.

El instituto de la comunidad germánica, en un Derecho como el nuestro de tradición romanista es lógico que sea contemplado con cierta prevención por el legislador y la jurisprudencia. No son muchas las instituciones que presupongan dicha comunidad. Pero para colmo de males, la comunidad hereditaria y la de gananciales se suelen superponer en el momento de su liquidación, con lo que la defensa de los intereses de los menores se ha visto reforzada por más y más garantías hasta llegar a la ya aludida Ley de Protección del Menor de 1996.

Que el contador partidor puede liquidar la sociedad de gananciales cuando no existen menores o incapacitados, en concurrencia con el viudo es algo igualmente pacífico desde la **Resolución de 16 de diciembre de 1922**.

Como quiera que la solución es la misma a efectos de exigir la concurrencia o no de un defensor judicial que la que vamos a examinar a continuación en la partición efectuada por el viudo o viuda en su propio nombre y en el de sus hijos según se trate o no de una partición homogénea, nos remitimos al apartado siguiente.

Pero concluiremos con un breve apunte histórico. Hasta la Resolución de 1986 de forma implícita y la posterior reforma de 1996 de forma explícita, era práctica habitual extender la representación del menor a las facultades del contador partidor. De tal forma que el negocio verdaderamente dispositivo del fenómeno sucesorio existiendo menores, la liquidación de la sociedad de gananciales, podría llevarse a cabo entre el contador partidor, a quien por lo general se le había facultado expresamente en el testamento, y el viudo o viuda.

Se trataba, evidentemente, de una práctica sin refrendo legal alguno. Pero que en cuanto reunía los consentimientos del causante —expresado en testamento— y del viudo o viuda, permitía desarrollar una tutela *sui generis* de defensa de los intereses de los menores, en aras de una simplificación de trámites procesales y mayor sencillez burocrática en el fenómeno sucesorio.

Esta situación fue prácticamente excluida por la **Resolución de 4 de abril de 1986**, que vino a permitir lo menos excluyendo lo más. Y efectivamente permitió, antes de la Ley de Protección del Menor, que no fuera necesaria la aprobación judicial de una partición hereditaria en la que los hijos menores se encontraban representados por el defensor judicial designado al existir contraposición de intereses con el padre. Pero que dejó indubitadamente claro que los menores no podían venir representados, ni aun en forma indirecta, por el contador partidor nombrado por el causante, aun cuando se le hubiesen delegado funciones tuitivas de los hijos del testador.

C) Partición efectuada exclusivamente por el viudo o viuda en su nombre y en representación de sus hijos menores sobre bienes privativos del causante y sobre gananciales adquiridos por el viudo o por ambos cónyuges para la sociedad de gananciales.

La partición homogénea no encuentra otro refrendo en nuestro Derecho que el sentido común, y una interpretación teleológica del artículo 1.060-1.º del Código civil, según la redacción dada en 1981. “Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición...”. Y esa representación sólo puede darse cuando no pueda apreciarse conflicto de intereses entre el legal representante del menor y éste.

Curiosamente el conflicto va a existir siempre *a priori*, salvo que medie renuncia a gananciales del viudo o viuda, y además renuncia a la herencia.

La renuncia a la herencia, sobre todo cuando hablamos de viudos de edad avanzada y en sucesiones abintestato, y por tanto con su legítima estricta, es algo todavía relativamente frecuente.

La renuncia a gananciales *post mortem* del cónyuge era algo también relativamente frecuente, también en casos de edad avanzada del viudo, hasta la Reforma del Reglamento del Impuesto de Sucesiones. Pero este precepto introdujo una de esas normas crípticas, desde el punto de vista de su base jurídica: la renuncia a gananciales, para que no tribute como donación a los hijos, debe haberse efectuado antes del fallecimiento del cónyuge y en documento público (art. 58-4 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones). Se entiende que el precepto pretenda encubrir lo que de otro modo constituye una verdadera donación. Pero el legislador no se paró a pensar que de esta forma estaba consagrando la gratuidad tributaria de los negocios entre cónyuges.

Por eso nos cuesta comprender esa resistencia numantina de algunos órganos de la Administración Tributaria que han intentado, e intentan a

ultranza, como si de somatenes se tratara, liquidar los negocios de aportación a gananciales, cuando el propio Reglamento santifica, como vemos, la exención en la aportación *global* de toda una masa ganancial al otro cónyuge.

Pero volviendo a la partición homogénea, la ausencia de conflicto es algo que tendrá, por tanto, que determinarse *a posteriori*, con el resultado de la liquidación de gananciales y el de la partición.

De ahí que llegar a una solución pacífica haya requerido un esfuerzo constante a instancias notariales y de la Dirección General hasta dejar sentada una doctrina, o mejor, una casuística en la que, cumplidos los parámetros marcados por el centro directivo se pueda entender cumplido el postulado del artículo 1.060-1.º.

Por eso nos hemos remitido en el apartado anterior a la solución dada en éste. Ya que el contador partidor, en la partición homogénea, pinta realmente muy poco. Pues ni cuenta ni parte. Y ya hemos expuesto anteriormente que el papel que, evidentemente, nunca va a poseer en la actualidad el contador partidor es el de defensor judicial. Lo fundamental aquí estriba en otorgar al viudo o viuda el papel de legal representante de sus hijos, remitiéndose a los resultados de la liquidación de gananciales y de la partición, demostrando que ni en una ni en otra el viudo ha actuado en perjuicio de los intereses de sus hijos. Y esa presunción sólo cabe mantenerla atendiendo al resultado de que en ambos momentos se concretan dos comunidades germánicas en tantas comunidades romanas cuantos bienes existan; pero guardando en la adjudicación estrictamente una equivalencia por mitad, en la liquidación de gananciales, y con arreglo a lo marcado por el testador o por la ley en la partición hereditaria.

Sin perjuicio de que el tema fuese ya abordado con anterioridad, la **Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1994** sentó en su Fundamento Quinto: "... En el supuesto concreto de este expediente, la única finca de carácter ganancial se adjudica por mitad y proindiviso a los dos únicos interesados en la liquidación de la sociedad, y determinada ya la masa hereditaria, se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre. No implican, pues, estas operaciones, contradicción de intereses al no haber desigualdad entre una y otra...".

En el mismo sentido, pero con una mayor fundamentación jurídica llegaría con posterioridad la importante **Resolución de 6 de febrero de 1995**.

Se trataba de una partición efectuada entre un contador partidor y la viuda exclusivamente, sin que hubiera mediado citación alguna a defensor judicial. Los bienes –dos– habían sido comprados por ambos cónyuges y para su sociedad conyugal. La partición practicada era estrictamente homogénea adjudicando al viudo una mitad en pago de sus gananciales y

el usufructo de la otra mitad, atribuyendo la nuda propiedad de esa mitad a los tres hijos herederos.

Y la DGRN en su Fundamento Sexto dio en señalar: "... La adjudicación de las únicas fincas gananciales, de acuerdo con la disposición testamentaria y en la forma antes descrita, es una operación sin transcendencia económica; supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre cada uno de los mismos bienes, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo, porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen –art. 1.084 del Código civil– y en definitiva la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter de provisional y será más tarde, si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaleciéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo...".

La Dirección ha incidido nuevamente en el mismo sentido en la más reciente **Resolución de 13 de noviembre de 1998**.

Si nos fijamos en el enunciado de este apartado vemos que "pacíficamente" viene admitida la partición homogénea cuando versa exclusivamente sobre a) bienes privativos del causante b) gananciales adquiridos por ambos cónyuges o c) por el viudo.

a) El primer caso se concretará exclusivamente en los derechos hereditarios que el viudo pueda ostentar por voluntad testamentaria o abintestato sobre dichos bienes.

b) Los bienes gananciales adquiridos por ambos cónyuges quedarán adjudicados por mitad, inevitablemente, y sobre la mitad no adjudicada en pleno dominio el viudo conservará sus derechos hereditarios.

c) Los bienes comprados por viudo con carácter presuntivamente ganancial también podrán ser objeto de partición homogénea si el viudo así lo desea –que por hipótesis así es–. Al incluirlos voluntariamente en la liquidación de gananciales y en la herencia está renunciando a poder romper la presunción, y por tanto actuando en su perjuicio, por lo que no puede presumirse conflicto de intereses con sus hijos menores. No es más que un trasunto del principio general de los actos propios del que tantos otros casos encontramos en el Código civil (1.170 el perjuicio de la letra causado por el acreedor, o la nota sobrevenida del acreedor del 1.229).

El problema estribará en los bienes adquiridos por el causante con carácter presuntivamente ganancial. Pero este supuesto exige un capítulo aparte y un examen de detalle.

IV. La quiebra de la partición homogénea. Bienes presuntivamente gananciales adquiridos por el difunto

Resulta curioso que el principal pronunciamiento sobre esta materia, la **Resolución de 3 de abril de 1995** viera la luz menos de dos meses después de la ya citada de 6 de febrero. Si bien es cierto que la doctrina que la Resolución consagra ya había sido apuntada anteriormente en la de **14 de marzo de 1991**.

En la última de las Resoluciones citadas la DGRN había excluido la posibilidad de inscribir una liquidación de gananciales según su Fundamento Segundo, por cuanto "... en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, tienen intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales, ... que no viene resuelto mecánicamente, **pues la presunción de gananciales no es indestructible**. La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el juez..."

Será, sin embargo, la Resolución primeramente indicada la que sentaría claramente las premisas que impiden la inscripción de una partición pretendidamente homogénea. En los propios términos de la Resolución:

a) El bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es **presuntivamente ganancial**. Adquirido por el difunto exclusivamente para la sociedad de gananciales. Consiguientemente la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores..."

b) Se trataba de una partición parcial. Y así se indicaba en la escritura.

Es importante resaltar que poner de manifiesto la circunstancia de que se trata de una partición parcial impide por los razonamientos apuntados en la Resolución la inscripción de la partición homogénea, y ello por cuanto "la partición de los bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura debatida".

La Resolución apunta, aunque no desarrolla, los argumentos que hacen incompatible la partición parcial y la homogénea.

Para comprender por qué la partición homogénea parcial, cuando así se indica en la escritura inicial, es insuficiente para conseguir su inscripción, es necesario distinguir entre el contenido formal del documento inicial de liquidación de gananciales y/o partición, y el contenido material de la adición de liquidación y/o partición posterior y complementario.

Por muy equivalente que sea la partición inicial, si en la misma se indica precisamente su carácter parcial, no nos encontramos ante un momento completo particional que fije en forma romana los derechos hasta entonces contenidos en la nebulosa de tipo germánico y sobre el que se pueda calificar la absoluta equivalencia y conversión de un momento jurídico a otro. Por cuanto será posible —y previsible y seguramente necesario— un acto complementario posterior que podrá o no mantener esa equivalencia. Por tanto, entendida la sucesión como un fenómeno completo, no se podrá saber si en la partición inicial se respeta la necesaria ecuanimidad que evita el nombramiento del defensor judicial hasta que todo el fenómeno sucesorio referido al causante esté completamente agotado y subrogados los herederos en la totalidad de sus relaciones jurídicas.

Pero retomemos ahora el inicio de este apartado.

Hemos comenzado diciendo que la partición homogénea es en lo fundamental una solución intermedia al fenómeno particional y de liquidación ganancial por las finalidades expuestas, cuya justificación se encuentra en una interpretación extensiva del artículo 1.060 y en la construcción jurídica que las Resoluciones han consagrado.

Esa construcción notarial fundamentada casi exclusivamente en el principio de equidad, y opuesta a una solución más apuntalada formalmente con la garantía que da el nombramiento judicial de un defensor tiene que ser, necesariamente, desarrollada con la cautela que supone llevar la norma a su límite jurídico. Por más que dicho límite se encuentre perfectamente ajustado al fin del Derecho.

Hemos señalado que llama la atención la continuidad en el tiempo de las dos Resoluciones más importantes sobre la materia. Indudablemente es una casualidad. Pero no por ello es menos notorio que los límites a los que llega la Resolución de 6 de febrero de 1995 vienen luego, cuidadosamente deslindados por la de 3 de abril.

Pero al excluir esta última la posibilidad de partición homogénea al no poderse previamente autorizar la disolución de gananciales cuando alguno de los bienes que integran el patrimonio ganancial ha sido adquirido sólo por el causante con carácter presuntivamente ganancial, la DGRN está, en nuestra opinión, generando una serie de cuestiones sobre las que se hace necesario reflexionar para determinar si la DGRN ha llegado al

límite de la permisividad jurídica dentro del principio de equidad, o podría haber ido más lejos sin merma de dicho principio:

A) Paralelismo entre la destrucción de la presunción de ganancialidad y la confesión de privaticidad. La obsesión legislativa por la salvaguarda de legítimas.

B) Compatibilidad entre la posible destrucción de dicha presunción, y la sucesión universal entendida como continuación de la personalidad jurídica del causante.

C) Posibilidad de que el propio viudo destruya la presunción de ganancialidad. Problemas fiscales.

A) El artículo 1.324 *in fine* pretende ser un freno a la mutabilidad de la titularidad jurídica sobre los bienes gananciales que ya se había recogido en la práctica, y que consagra su párrafo primero y que la propia reforma había desarrollado en los artículos 1.323 y 1.355.

En otro lugar (Revista Jurídica *La Ley*, 9 y 10 de marzo de 1998) hemos expresado nuestra disconformidad con la solución a esta especie de “reválida” que tienen que pasar los bienes *confesados* para poder ser vendidos por sus titulares después de la muerte del confesante: el permiso de los herederos. Y ello tanto más si pensamos: * Que ya el causante había formalizado esa confesión y que los herederos forzosos, casi siempre, son sucesores en su personalidad jurídica. ** Que la supuesta salvaguarda de legítimas no es más que la finalidad que se persigue con la norma, un prius que generalmente ha sido más que salvaguardado en el momento particional; en tanto que la ratificación/confirmación que posteriormente tienen que dispensar los herederos forzosos del confesante lo es para todos los casos de ventas de bienes *confesados*, y *a priori*, aun cuando las legítimas hayan sido más que respetadas en la partición. *** Por último, el grave inconveniente de que esa ratificación no se presta –ni generalmente se tiene en cuenta– en el momento de la partición. Sino en un momento muy posterior –cuando hay que vender– con la dificultad sobrevenida que ello puede representar.

En paralelo con esa orientación de salvaguarda de legítimas, la Resolución impone para la validez del tipo de partición que estamos examinando que se dé la oportunidad a los representantes de los menores de poder destruir la presunción de ganancialidad que el adquirente confirió en la adquisición.

Pensemos que cabe presumir un conflicto de interés entre el viudo y los menores por cuanto si el bien presuntivamente ganancial se demuestra que es privativo, el viudo verá reducida su participación ganancial al tiempo que se incrementa la masa puramente privativa del causante, y por tanto la participación de sus hijos.

El paralelismo entendemos que es doble: –Un aspecto material: La salvaguarda de legítimas. –Y un aspecto formal: En garantía de esa salvaguarda se exige nuevamente una “reválida”. Que el defensor judicial de los menores confirme que efectivamente el o los bienes presuntivamente gananciales son gananciales *de verdad*. Al igual, aunque al revés, que en el supuesto del 1.324 donde los herederos forzosos del confesante ratifican que son genuinamente privativos.

La fundamentación entronca con la tesis sobre la ganancialidad tan magistralmente expuesta por GARRIDO CERDÁ. Señala este autor que la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 “es imperativa, a juicio de la mayoría de la doctrina, sin que pueda ser suprimida en capitulaciones matrimoniales, a menos que se pacte un régimen distinto. Lo cual no impide que los cónyuges puedan modificar su alcance, respecto de determinados bienes”. (GARRIDO CERDÁ, *Cuadernos Notariales*, p. 32). Pero como señala el propio autor más adelante, el artículo 94-3 del Reglamento Hipotecario “sobra, en cuanto no debería distinguirse del artículo 94-1 ya que un cónyuge no puede atribuirse la representación de su consorte” (*op. cit.*, p. 84). Recordemos que el artículo 93.4 señala: “Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente”.

Amparada, por tanto, en esta tesis resultaría indiscutible la necesidad de concretar definitivamente en el momento de la disolución de la comunidad conyugal, habiendo menores en conflicto de intereses con su progenitor, si los bienes tendrán definitivamente carácter ganancial o privativo. Pues durante la vida del causante, éste habría sido el único titular del bien, si bien con carácter ganancial.

No obstante un último argumento de índole positiva podría oponerse a esta posibilidad de rectificación. Y es el que brinda el artículo 95-6 del propio Reglamento Hipotecario: “La justificación o confesión de la privaticidad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. *No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona*”.

Comentando el precepto señala LACRUZ: “A efectos registrales, la aseveración de ganancialidad hecha por el cónyuge adquirente es, según veremos, irrevocable: dicho cónyuge no podría hacer luego una manifestación contraria que tuviera, en esa condición, acceso al Registro (art. 95-6 RH). Mas sin duda sí lo tiene la manifestación conjunta de ambos esposos en escritura pública en el sentido de ser realmente privativos del adquirente los bienes que éste dijo comprar para la sociedad de gananciales” (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, p. 388).

Es la propia manifestación del adquirente la que tienen que destruir los representantes de los herederos forzosos. Se trata de una revocación más intensa que la que podría suponer que los herederos forzosos no ratificaran la confesión de privaticidad del causante del 1.324. Y ello por cuanto la ratificación de la confesión de la privaticidad del bien adquirido por el viudo o viuda sólo excluye el reconocimiento de unos derechos que la Ley podría eventualmente atribuir a los legitimarios; pero que en modo alguno han entrado en su patrimonio. Por el contrario, la rectificación de la presunción de ganancialidad sobre un bien ya inscrito con dicha presunción, *arranca* del patrimonio ganancial dicho bien para colocarlo exclusivamente en la esfera privativa del difunto.

Pero a pesar de esta argumentación hemos de reconocer que la tesis de la DGRN posee una sencilla y contundente argumentación para contradecir el tenor del artículo 95-6 del Reglamento Hipotecario: la analogía del artículo 95-4 en materia de confesión de privaticidad. Si los herederos forzosos del confesante pueden contradecir los actos de su causante, pues así lo permiten el 1.324 del Código civil, y el 95-4 del RH también podrá el defensor judicial, en representación de esos herederos forzosos menores salvaguardar su derecho exigiéndose su asistencia para ratificar una consumación de la presunción de ganancialidad.

B) Por eso, aunque como es fácil deducir del tono de este artículo, no nos gusta la excepción que la Resolución de abril del 95 supone a la partición homogénea, hemos de concluir que la argumentación que subyace tras la Resolución se ajusta a las garantías que teleológicamente han inspirado la redacción del artículo 1.324 y aún que puede aconsejar la cautela en garantía de los derechos de los menores.

Pero con todo la Resolución deja abiertas una serie de cuestiones de difícil conclusión:

a) Como apuntábamos al principio de este apartado, el defensor de los menores va a impugnar, en su representación y tutela, un acto de su causante, que quizá no perjudica legítimas, e incidiendo necesariamente en una quiebra del principio de los actos propios.

Porque la posibilidad de impugnar no viene atribuida en función de que se encuentren lesionadas legítimas, aunque debiera ser así. Aquí la DGRN simplemente previene una prueba en contrario y abre la posibilidad de no aprobar la liquidación de gananciales. Por ello quizá debiera en este punto moderarse o ceñir la posibilidad de prueba en contrario a los supuestos en que razonablemente dicha prueba fuere practicable. LACRUZ, en este punto señala: "Pienso que no ocurre así (es demostrable la prueba en contrario) cuando la adquisición no es a cambio de dinero sino de otros bienes cuya condición privativa sea patente, como si el

marido permuta la finca que heredó de su padre por unos bajos comerciales: a éstos no les podrá atribuir carácter ganancial por su exclusiva voluntad, ni se podrá inscribir la adquisición conforme al artículo 93-4. El legislador sólo pudo pensar, al redactar el precepto, en las adquisiciones a cambio de dinero y sobre todo, en aquellas que son presuntivamente gananciales por no venir demostrada *prima facie* su inclusión en el apartado 3.º del artículo 1.347 C.c.” (*op. cit.*, p. 388).

b) La Resolución provoca, indefectiblemente, el tener que atender a la forma de adquisición de las fincas para calibrar si es posible o no, seguir adelante con la partición homogénea. Consideración ésta que rara vez se tiene en cuenta en la elaboración de los cuadernos particionales. Será preciso ahora examinar detalladamente los títulos de adquisición para averiguar si en la comparecencia de la adquisición figuran los dos cónyuges, sólo el viudo o viuda, o sólo el causante fallecido.

C) Por ello vamos a concluir apuntando la posibilidad de salvar la barrera que la Resolución impone con una solución que zoológicamente cabría asimilar a la de la lagartija capturada por la cola: que sea el propio viudo quien destruya la presunción de ganancialidad en la partición, atribuyendo al bien en cuestión carácter privativo del difunto.

Nada en la normativa apuntada se opone a ello. El artículo 95-6 del Reglamento Hipotecario no resultaría contravenido por cuanto no ha mediado confesión de ganancialidad alguna del viudo sobre el bien en cuestión. Tampoco resulta violentado el artículo 1.355 precisamente por esa falta de consentimiento.

Somos conscientes de que la desvirtuación de la presunción de ganancialidad tras el fallecimiento de uno de los cónyuges no viene recogida –entendemos– en precepto alguno. Pero es el propio tenor de la Resolución debatida el que nos lleva a esta conclusión. Intentaremos concretar esta idea: la Resolución sienta el principio de prohibir la partición homogénea cuando entre los bienes existe algún bien presuntamente ganancial por declaración del adquirente/causante. Y ello porque hay que dar oportunidad al defensor judicial de los menores a que no ratifique dicha presunción de ganancialidad. Luego está implícitamente admitiendo la ruptura de la presunción de ganancialidad en beneficio de los menores. Si esa ruptura no la realiza el defensor judicial sino el cónyuge/representante legal natural de los menores en su propio perjuicio y en beneficio de los menores habrá que concluir que desaparece el único obstáculo para la validez de esa partición/liquidación de gananciales.

Lo anteriormente argumentado puede parecer un supuesto de laboratorio. Pero no lo es en absoluto. Pensemos en una herencia compuesta por veinte fincas de poco valor. Todas adquiridas por ambos cónyuges,

o por el viudo; pero dos de ellas adquiridas compareciendo exclusivamente el causante. El viudo o viuda vendría obligado a instar un procedimiento de defensor judicial para poder formalizar una partición homogénea que le permitiera tener inscrito en el Registro el contenido económico de su derecho ganancial y hereditario. En tanto que si renuncia a la consideración de dichos bienes inscritos como presuntivamente gananciales y manifiesta en documento público su contenido económico privativo del causante –sea o no cierto–, con su sola comparecencia queda salvado el conflicto de intereses que dificulta la validez de la liquidación de gananciales.

Pero esta solución exige examinar un último fleco: **el fiscal**.

La partición no sería en este caso propiamente homogénea, por cuanto sobre dichos bienes se provocaría un exceso de adjudicación en favor de los menores. No se trata de compensar la adjudicación exclusiva de ese bien exclusivamente ganancial a los hijos con otros bienes al viudo.

El viudo tomaría de menos la mitad del valor del bien que se adjudicaría exclusivamente a los menores, aunque conservando sobre el mismo sus derechos hereditarios, generalmente el usufructo.

La cuestión es entonces si dicho exceso provocaría la liquidación contra los menores de un exceso de adjudicación al 6 por ciento vigente actualmente.

Indudablemente entendemos que no, al igual que no lo provoca la confesión de privaticidad. Y no por la aplicación del artículo 1.062 del Código civil y en relación al mismo la exención que se le reconoce en la letra B), del número 2 del artículo 7 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales considerando exento el exceso de adjudicación. Porque aquí no hay tal exceso. Nos encontramos exclusivamente ante una ruptura de presunción de ganancialidad por aquél a quien beneficiaría. Y por tanto la exención aplicable será la contemplada en el artículo 45,B),3 del mismo Texto Refundido: Estarán exentas: ... Las adjudicaciones (de bienes y derechos de la sociedad conyugal) que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales.”

REFLEXIONES SUSCITADAS POR LA LECTURA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE JUNIO DE 2000 (*)

DOMINGO IRURZUN GOICOA
Notario

Son reflexiones nacidas al hilo de la contemplación de un extraño supuesto de hecho del que arranca todo el proceso al que pone fin dicha sentencia. Su lectura llevó a imaginar otro supuesto muy semejante que es, en rigor, el verdadero objeto de aquéllas.

I. Supuesto imaginado

Un notario es requerido para la autorización del testamento de un cliente y amigo que se halla ingresado en “Urgencias” de un hospital.

Ya en los pasillos de la planta en el hospital, el médico del enfermo le informa de que su estado es de extrema gravedad y que, aunque se halla con plena lucidez, un nuevo ataque puede producirse en cualquier momento y acabar con la vida del enfermo o, al menos, en un primer térmi-

(*) Nota de la Redacción de la Revista: el texto de esta Sentencia viene incluido en la sección de JURISPRUDENCIA.

no, con su consciencia. Y que, en todo caso, no cabe esperar que su vida pueda prolongarse más de cuarenta y ocho horas.

El notario saluda al enfermo, habla con él, comprueba su capacidad y su *ánimus testandi* y recibe la expresión detallada de su última voluntad, expresada con vehemencia y pleno conocimiento de su estado crítico.

En esta situación, reflexionando sobre la voluntad del testador y la citada advertencia del médico, el notario decide ponerse de modo inmediato y urgente a redactar y escribir el testamento abierto normal. Pero le asalta una duda.

“Esto me va a llevar, por lo menos, quince o veinte minutos, tal vez más, porque la voluntad es compleja en su contenido. ¿Y si, mientras tanto, entra en coma o fallece? Conociendo la importancia que para él tiene el otorgamiento, ¿puedo defraudarle corriendo ese riesgo? ¿No será más prudente, y más respetuoso con sus deseos –y mi propia conciencia– tomar precauciones y cubrir el riesgo?”.

Y comienza a redactar el testamento, pero advierte antes al médico de su problema y le ruega que se preste a servir de testigo en el testamento otorgado en peligro de muerte y traiga con él a otras tres personas sobre cuyos requisitos de idoneidad le advierte. Ya presentes con el notario los otros cuatro testigos, ruegan aquél al enfermo que reitere ante todos ellos los términos de su última voluntad, su “propósito serio de testar”, que poco antes le ha expresado a él solo, y así lo hace.

Y ahora, ya con más calma y tranquilidad, sigue redactando el testamento abierto para cuya autorización había sido requerido.

Pero ya no nos importa si llegó a autorizarse o si el testador entró en coma durante la lectura del testamento en voz alta, o falleció antes de haber prestado su consentimiento a dicha a lectura.

II. Reflexiones

No se trata de una hipótesis de laboratorio, ni de algo que suene a ciencia ficción. Ha ocurrido y puede ocurrir en cualquier momento. Resulta mucho más natural que otros casos en los que cabría pensar, sin duda más rebuscados y extraños (aunque también verosímiles), como un apagón de luz duradero y sin soluciones supletorias, una momentánea parálisis que impide al notario utilizar la mano con que escribe y firma, una afonía repentina y total que le impide leer en voz alta el testamento abierto que está autorizando,... etc.

La solución que adopta el notario en el caso imaginado, la consideramos muy hábil, ingeniosísima y de la mayor utilidad ante la emergencia que se prevé.

Y, sin embargo, no es una solución segura. Es posible que, a pesar de todo, no sea solución y que el testamento en peligro de muerte sea nulo.

Aunque la verdad es que no parece haber base para ello.

Fallecido el testador sin que haya podido autorizarse el testamento abierto, ¿cabe pensar que el otorgado en peligro de muerte que hemos descrito, pueda ser declarado nulo porque en él intervino como testigo un notario?

En el ámbito de lo que pudiéramos llamar “justicia substantiva” o de fondo, parece que no debiera ser así. Y si pasamos a la contemplación del tipo negocial establecido y regulado en nuestro Código, y a los requisitos que exige, resulta difícil de asimilar la idea de que la circunstancia de ser notario inhabilite a una persona para poder ser uno de los cinco testigos que intervienen en un testamento en inminente peligro de muerte. Porque equivale, en definitiva, a inventar *contra legem* una especial causa de inidoneidad de los notarios para ser testigos en esta forma testamentaria.

Por el hecho de que el artículo 700 del Código civil diga que esta forma de testamento puede ser otorgada “sin necesidad de Notario”, no parece posible concluir que el notario sea incompatible con él... salvo en un caso: cuando concorra en calidad de notario autorizante. Porque cuando autoriza el testamento de quien se halla en inminente peligro de muerte (lo que no es tan raro como podría creerse), se trata ya de un testamento abierto y no de la forma privada y excepcional que el artículo 700 regula.

Es muy posible que la duda no se hubiera planteado siquiera si el artículo 700 del Código civil hubiera tenido el siguiente texto: **“Si el testador se hallare en inminente peligro de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario que lo autorice”.**

DONACIONES HECHAS POR UNA SA

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: I. CUESTIÓN. II. REQUISITOS. 1. Capacidad jurídica. **2.** Objeto social. **3.** Junta General de socios. **4.** Acreedores sociales. **5.** Conclusiones.

I. Cuestión

Tanto el artículo 3 de la LSA, como el mismo artículo de la LSL señalan que la sociedad tiene carácter mercantil cualquiera que sea su objeto social. Ya no hablan del ánimo de lucro inherente a toda actividad mercantil, pero lo están suponiendo porque así lo dispone el artículo 116 del C.co. Sin embargo, la realidad demuestra que las sociedades mercantiles –en adelante, las sociedades– realizan donaciones y aportaciones gratuitas, incluso actividades de patrocinio. Es más, el propio ordenamiento jurídico, por medio de la legislación fiscal, no sólo no recela de estas donaciones, sino que las fomenta con incentivos fiscales.

La pregunta es la siguiente: ¿pueden los administradores sociales realizar donaciones con cargo a la sociedad en el ejercicio de su cargo? A primera vista, parece que la donación es contraria al ánimo de lucro y al carácter mercantil. Además, *no constituye ningún objeto social mercantil la realización de donaciones, ni siquiera actividades de patrocinio*. Este objeto es propio de otro tipo de entidades no mercantiles.

La cuestión se ha planteado en las resoluciones DGRN de fechas: 22 de noviembre de 1991, 16 de marzo de 1990 y 2 de febrero de 1966. De la doctrina resultante de estas resoluciones se podría extractar lo siguiente:

II. Requisitos

1. Capacidad jurídica

Las sociedades tienen capacidad jurídica reconocida por las leyes (art. 38 Código civil) como personas jurídicas que son. En toda sociedad se pueden distinguir dos aspectos fundamentales: a) el contractual, al que se refiere la constitución de la sociedad y que se rige por los artículos 1.665 Código civil y 116 C.co.; y b) el de la capacidad jurídica de la entidad que surge de ese contrato, que se rige por los artículos 38 Código civil y 116-2º C.co. De aquí se puede concluir que una sociedad es capaz de hacer donaciones. *Puede contribuir como cualquier persona física a la satisfacción de fines de interés general.*

2. Objeto social

El objeto social delimita el ámbito de representación de los administradores y la esfera de actuación de la sociedad, pero no limita la capacidad jurídica de la entidad. Y la doctrina general es que sólo los actos contrarios al objeto social quedan excluidos del ámbito de representación orgánica. Se podría pensar que las donaciones moderadas, según el uso social –usos comerciales o mercantiles– son actos favorables o, al menos, nulos respecto del objeto social. En todo caso, podemos concluir que las donaciones no incluidas en el objeto social, por ser claramente contrarias al mismo, quedan fuera del ámbito de representación de los administradores y respecto de ellas sólo pueden ser ejercidas por acuerdo de la Junta General de socios.

En último extremo cabría preguntarse si la realización de donaciones podría ser una actividad integrante del objeto social, de manera que por esta vía los administradores, en el ámbito orgánico, pudieran realizar

donaciones en nombre de la sociedad. La resolución de 22 de noviembre de 1991 así lo admite aunque muy matizado en cuanto a su finalidad y cuantía. Sin embargo, la resolución de 2 de febrero de 1966 entiende que es contrario al ánimo de lucro y a la actividad mercantil, pero reconoce que ocasionalmente pueden realizarse donaciones por una entidad mercantil.

3. Junta General de socios

Todo socio tiene unos derechos sociales, entre ellos el derecho al dividendo, que se podrían ver vulnerados por la realización de donaciones excesivas. Hay que recordar que el socio no tiene derecho al beneficio social, sino a la parte de dicho beneficio que se acuerda en Junta a repartir entre los socios, es decir, el dividendo. La solución más segura parece que es acudir a la Junta General Universal en la que se adopta el acuerdo por unanimidad.

Si no fuera así, parece que por mayoría también podría adoptarse el acuerdo –la Junta es soberana y adopta sus acuerdos por mayoría– pero siempre sería un acuerdo impugnabile durante el plazo legal y esto debilitaría la seguridad jurídica.

4. Acreedores sociales

Salvados los derechos de los socios, queda todavía pendiente el derecho de los acreedores sociales. A qué tienen derecho los acreedores sociales: en realidad el derecho de los acreedores no es al patrimonio social, ni al activo social, ni al balance. Tienen derecho al capital social. Y en este sentido, es la propia ley la que obliga a los administradores a reducir el capital social cuando el patrimonio social no lo cubre. Dicho de otro modo, la Junta no puede por vía de donaciones rebajar el patrimonio social por debajo de la cifra del capital social, salvo que, al mismo tiempo, acuerde reducir el capital social.

De otra parte, y volviendo a la capacidad jurídica de la sociedad, como tal persona jurídica puede realizar contratos onerosos o gratuitos, con las consecuencias jurídicas de unos y otros, como cualquier persona física. La acción de impugnación de donaciones hechas en fraude de acreedores es de aplicación siguiendo las normas legales ordinarias.

5. Conclusiones

5.1. Una sociedad mercantil puede realizar donaciones.

5.2. Los administradores deben estar autorizados por acuerdo unánime de todos los socios reunidos en Junta General.

5.3. No existe derecho de oposición de los acreedores sociales, pero el acuerdo adoptado deberá señalar que después de realizada la donación el patrimonio social cubre el capital social.

**LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR
LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL,
SIN POSESIÓN DE ESTADO
(Crítica a una dirección jurisprudencial de la Sala 1ª del TS)**

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza
Magistrado jubilado

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN SOBRE LA REFORMA DE LA FILIACIÓN EN 1981. 2. EL RÉGIMEN DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL EN EL C.C. 3. RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA SALA 1ª DEL TS FAVORABLE A UNA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DEL ARTÍCULO 133 C.C. 4. OBSERVACIONES CRÍTICAS.

1. Introducción sobre la reforma de la filiación en 1981

Van a cumplirse veinte años de la reforma en profundidad del régimen codicial de la filiación, inalterado desde 1889, y que fue llevada a cabo, en aplicación de los artículos 14 y 39.2 CE, por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Esta fecha es el punto de partida de *la primera gran reforma de la filiación en España*, a la que, sin embargo, se ha superpuesto *la segunda gran reforma de la filiación*, llevada a cabo por la Ley de Procreación asistida de 1988, inspirada parcialmente en principios distintos, y, en buena medida, opuestos a la anterior, y que pese al *visto bueno* del TC resulta de casi imposible encaje con los principios de la primera (especialmente los de veracidad y aproximación de la filiación legal a la biológica). Prescindiendo aquí de la *novísima o segunda gran reforma de la filiación en España* (1), cabe decir que el tiempo transcurrido desde la primera reforma es suficiente para concluir que, de modo global, y pese a la radical contradicción que implicaba respecto al primitivo régimen de la filiación, dicha Ley de 1981 ha merecido, en este punto, un juicio favorable en la doctrina, y, tras superar iniciales titubeos exegéticos, tampoco ha dado origen a graves conflictos al ser aplicada por los Tribunales. Bien puede concluirse que la sociedad española ha asumido con normalidad los nuevos principios que rigen la filiación. Por otro lado, el principio de igualdad de tratamiento jurídico de todos los hijos, cualquiera que sea su origen, aparece plenamente incorporado a nuestro ordenamiento, con repercusiones a todo lo largo del derecho privado y del derecho público. La libre investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas es hoy *praxis* habitual ante los Tribunales, resultando escaso el número de acciones ejercitadas para reclamar la filiación no matrimonial, que, en último término, no logren éxito. La solución que el TC ha dado recientemente al problema planteado por la negativa de cualquiera de los presuntos progenitores a someterse a las pruebas biológicas, se juzga razonable por la doctrina, y está resultando eficaz para que aquella innovadora normativa cumpla sus propósitos. Pero, sentado lo anterior, ello no impide que la doctrina debata algunos aspectos del *Ius filiationis* en vigor, así como la interpretación que sobre los mismos ofrece la jurisprudencia del TS. Me refiero en particular al punto concreto relativo a la legitimación para ejercitar las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial.

2. El régimen de las acciones de reclamación de filiación no matrimonial en el C.c.

Cabe decir, en términos generales, que el enunciado del Título V, Libro I del C.c. revela un propósito unificador del régimen de filiación; tal propósito aparece muy marcado en el capítulo I al tratar, en general, *de la*

(1) En general, he hecho una valoración crítica de la Ley de 1988 en CASTÁN, V-2º, 10ª ed. (Madrid, 1995), pp. 215 y ss.

filiación y sus efectos; se quiebra en el capítulo II al regular, en secciones separadas, la determinación de la filiación matrimonial y la no matrimonial (sin perjuicio de reaparecer aquél en los arts. 112 a 114); y vuelve a expresarse en el capítulo III al tratar de las acciones de filiación, con una sistemática que refleja dicho propósito unificador ya que, además de las disposiciones generales, trata separadamente de la reclamación y de la impugnación aplicables, en principio, a ambas clases de filiación (lo que no obsta, sin embargo, a que haya preceptos exclusivamente referidos a una u otra; a la filiación matrimonial aluden expresamente los artículos 132, 136 y 137, y, a la no matrimonial, los artículos 133, 135, 138, 140 y 141; los restantes preceptos incluidos en el capítulo tercero hay que entenderlos, en principio, aplicables a ambas clases de filiación —así el art. 131, si bien la doctrina abriga dudas sobre la extensión del art. 139—).

Desde un punto de vista práctico, y tratándose de la filiación no matrimonial, la acción de reclamación supone que, tanto el hijo como sus padres, puedan accionar ante los Tribunales para que se declare el “*status*” que les corresponde, dado que la misma no aparece legalmente determinada; por el contrario, en la acción de impugnación se parte de que existe ya una filiación, aunque incorrectamente determinada, y así cualquiera de los interesados en aquélla, están legitimados para solicitar ante los Tribunales que tal apariencia errónea sea borrada de las actas del Registro Civil. Las estadísticas muestran que, en la práctica, la acción de reclamación suele ejercitarse casi siempre por la madre —que previamente ha reconocido su maternidad— frente al hombre que ella pretende ser quien ha procreado al hijo; y ello, ya sea en nombre propio, ya sea en representación de su hijo menor de edad; el varón la insta pocas veces, pudiendo darse el caso de que reclame su paternidad cuando el hijo aparece inscrito como de padres desconocidos, aunque más frecuentemente ejercitará aquella acción cuando la paternidad está registralmente determinada en favor de otro hombre (con quien acaso convivió también la madre *tempore suspecto*), o bien en favor del marido a quien se le atribuyó la paternidad mediante las reglas de la filiación matrimonial. Siempre que previamente esté determinada legalmente otra filiación, el reclamante deberá impugnar simultáneamente esta última (art. 134 párr. 1º).

Así pues, suele ser la madre, en la mayoría de casos, la que toma la iniciativa de reclamar, frente al presunto padre, que se declare judicialmente la paternidad (puede haber mediado una convivencia previa, más o menos exteriorizada, incluso una promesa no formal de matrimonio, que se ha roto con el embarazo de la mujer; en tales supuestos las pruebas biológicas juegan un papel preponderante, junto a otros hechos relativos a la convivencia). Paralelamente, todavía son minoritarios los casos en que la iniciativa corresponde ejercerla al padre, frente a la madre, para que se

declare su paternidad; no faltan madres solteras que hacen todo lo posible para impedir el reconocimiento voluntario por su compañero, quien se ve así forzado a acudir a la vía judicial; también es posible que por móviles oscuros, después de varios años en que la madre *ha rehecho su vida*, por ejemplo mediante un matrimonio (en cuya celebración el marido ha reconocido como suyo al hijo habido de una relación anterior), y, precisamente en tal momento reaparece el progenitor biológico reclamando su paternidad, incluso, en ausencia de toda posesión de estado del hijo en su respecto.

Las acciones de impugnación son menos frecuentes, fuera de los supuestos de ejercicio conjunto del artículo 134 párrafo 1º). Ya se comprende que, en relación con la filiación matrimonial, el marido engañado acuda con alguna frecuencia a los Tribunales, aunque la reforma sigue conservando restricciones temporales para ejercitar la acción (arts. 136 y 137), tanto para el marido como para el propio hijo; pero en ausencia de posesión de estado, la acción de impugnación se reserva al hijo y a sus herederos, sin limitación de tiempo. Respecto de la madre, —y parece que con aplicación tanto a la filiación matrimonial como no matrimonial (2)—, el artículo 139 dice que *podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo*, lo que resulta plenamente justificado una vez que se ha declarado la vigencia plena, en nuestro ordenamiento, del aforismo *mater semper est*. En relación más específicamente con la filiación no matrimonial, se explica un criterio más amplio respecto de la legitimación activa en el artículo 140, de no existir posesión de estado que de existir ésta (así *aquéllos a quienes perjudique* en el primer caso, y *el hijo o progenitor y quienes por la filiación pueden resultar afectados en su cualidad de herederos forzosos*, en el segundo); la destrucción de una filiación aparente debe facilitarse no habiendo posesión de estado (3).

La normativa vigente sobre la legitimación activa para reclamar o impugnar la filiación no matrimonial, no resulta ciertamente un modelo de técnica jurídica, ni de claridad interpretativa. He aquí el cuadro legal que puede obtenerse de analizar sistemáticamente las reglas aplicables. A efectos de la acción de reclamación, la situación básica parece consistir para el legislador en que la filiación reclamada se manifieste, o no, en la posesión de estado.

(2) Pero dice a este respecto RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios Ministerio Justicia*, I, pp. 514 y ss., que se trata de un artículo conflictivo, introducido en el Congreso y sin precedentes en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno, siendo además esta acción infrecuente en el Derecho comparado; en su opinión, regulada ahora en el artículo 140 la impugnación de la filiación extramatrimonial sin distinciones, resulta, por exclusión, que el artículo 139 se refiere a la maternidad matrimonial.

(3) Doy aquí por supuesto la *communis opinio* sobre posesión de estado, que es un concepto bastante pacífico en nuestra doctrina.

Dice el artículo 131 que *cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado*. Sus términos permiten aplicarlo sin dificultad tanto a la filiación matrimonial, como a la no matrimonial. No cabe duda que cualquiera de los progenitores o el hijo mismo llegado a la mayoría, estarán interesados en que la apariencia que supone la posesión de estado se convierta en legalidad; por otra parte, no parece sea muy verosímil o creíble que se haya alcanzado una tal situación, como si el hijo que vive con sus padres, sucede que es alimentado y educado por ellos, pero resulta que, al llegar a la mayoría, advierte que aquéllos se olvidaron de reconocerlo, sea al nacer o en algún momento posterior; o bien, cuando el progenitor que no convive con el hijo, ni llega a reconocerle, sin embargo, a los ojos del entorno familiar le ha dado el trato de tal; o bien la madre que, pese a no haber aceptado la maternidad en el Registro, sin embargo, se hace cargo del hijo de modo pleno hasta su mayoría. Voy a prescindir de la problemática que suscita el precepto al atribuir legitimación a la persona *interesada*. En cuanto a la duración de la acción, *no parece inadecuado* aplicar directamente el artículo 132 y entender que tal acción cuando se ejercita por el padre, la madre o el hijo, es imprescriptible.

Menor unanimidad doctrinal y jurisprudencial suscita la exégesis del artículo 133, cuyo texto reza así: *La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida*. Si se compara este precepto con el anterior, se observa idéntica estructura interna, pues ambos en su primer párrafo vienen a sentar lo que puede considerarse la regla general, estableciendo el alcance de la legitimación activa en uno y otro caso (sólo el hijo en la filiación no matrimonial, mientras que en la matrimonial se añaden al hijo, el padre y la madre); por otro lado, el segundo párrafo regula idéntico supuesto (ejercicio *post mortem* de la acción cuando el actor fallece prematuramente). Parece claro que el legislador ha querido establecer un diferente ámbito subjetivo para la legitimación activa en dichas hipótesis, pues de haber querido dictar la misma regla en ambas, no hubiera dedicado dos preceptos a esta cuestión; tal diferencia literal no ofrece duda, pues sólo menciona al hijo en la reclamación de filiación no matrimonial, lo que únicamente puede significar que excluye al padre y a la madre; el contraste con la legitimación activa que otorga el artículo 131 habiendo posesión de estado, es llamativo y se expresa de modo radical: mientras en este caso se atribuye aquélla a *cualquier persona con interés legítimo*, en ausencia de posesión de estado sólo menciona al hijo; adviértase que siendo éste menor, la madre que le ha reconocido puede accionar en su nombre contra el presunto padre; una situación paralela se producirá si sólo le ha reconocido el padre. Esta discriminación de trato parece justi-

ficada por la significación que implica la posesión de estado; el presunto progenitor que no goza de esta última en relación con el hijo, demuestra una inactividad prolongada en cuanto al cumplimiento de su deber moral —y también jurídico— de reconocer la prole que ha engendrado; en efecto, puede inferirse *ex post facto*, que no acudió a realizarlo en el acta de nacimiento para hacerlo conjuntamente con el otro progenitor, y aunque éste puede solicitar la suspensión de la inscripción, tal facultad sólo puede ejercerse durante el primer año de vida del hijo, y la última palabra corresponde siempre al juez (art. 134, párr. 2º). El normal grado de diligencia que puede exigirse al progenitor varón es que, siendo conocedor del embarazo, acuda al Registro para inscribirlo, o, al menos, intente hacerlo aunque medie oposición de la madre; y si no supo en su momento el nacimiento del hijo, que en algún momento posterior intentara su reconocimiento voluntario, aunque la madre no lo consienta expresamente (art. 134, párr. 1º); que no haya ocurrido ni lo uno ni lo otro, y al cabo de varios años reclame judicialmente su paternidad no matrimonial, digamos que inopinadamente, no parece normal ni correcto, incluso bajo la óptica del *bonum filii*; es verdad que la nueva normativa tiende a que la verdad legal coincida con la biológica, pero si el presunto padre ha permitido con su inacción que surjan otras situaciones fácticas o jurídicas respecto del menor, la ley puede valorar los intereses en presencia, y dificultar el ejercicio tardío de la acción de reclamación. En realidad, no se le cierran todas las puertas al progenitor descuidado; puede reconocer al que considera su hijo testamentariamente o ante el encargado del Registro, buscando directamente el consentimiento del otro progenitor que reconoció a su tiempo; puede multiplicar la realización de actos que implican posesión de estado. Por otra parte, lo que algunas veces ocurre es que la acción de reclamación rompe una paz familiar obtenida por diversas vías (por ejemplo madre soltera que contrae matrimonio y el cónyuge reconoce o adopta al hijo de aquélla). Por todo ello no me parece injusto o ilógico que la interposición ulterior de la acción de reclamación se condicione a la existencia previa de la posesión de estado en relación con el hijo (así, en el caso mencionado, el marido de la madre, aun aceptando que el hijo de ésta conviva en el nuevo hogar, no le ha reconocido ni adoptado, y ve con buenos ojos que el verdadero padre trate con él).

La regulación de la acción de impugnación no resulta paralela a la de reclamación, aunque sigue siendo también determinante la existencia de posesión de estado. El artículo 141 regula por separado la impugnación del reconocimiento voluntario como negocio jurídico (supuesto del que no trato), mientras que el artículo 140 viene a regular con carácter general la impugnación de la filiación no matrimonial.

Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique (art. 140 párr. 1º). Aparte del progenitor o del hijo, el precepto utiliza un concepto jurídico indeterminado cuya fijación corresponderá a los Tribunales; se trata de las personas *perjudicadas* por la falsa atribución de un vínculo de filiación no matrimonial, debiendo entenderse aquí por perjuicio la lesión de un interés legítimo, actual o potencial, personal o patrimonial; el progenitor que ha reconocido falsamente pudo haber sido inducido a error para hacerlo, en cuyo caso podrá ejercitar, en primer término, las acciones del artículo 141, o estar movido sólo *pietatis causa* (reconocimiento de complacencia), pero en cualquier caso, si después del reconocimiento, nada ha hecho por crear una posesión de estado en favor del reconocido, estará a su vez legitimado para impugnar su propia paternidad no matrimonial con base en las pruebas biológicas; la cuestión del plazo de duración de la acción no se resuelve unívocamente por la doctrina; una interpretación plausible sería atribuir a los presuntos padres acción de impugnación durante la minoría, del hijo, y dentro del año siguiente a la mayoría, por coherencia o paralelismo con el artículo 140 párrafo 3º (4).

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación podrán resultar afectados en su calidad de herederos forzosos (art. 140 párr. 2º, inciso primero). *Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad* (art. 140 párr. 3º). La amplitud con que se contempla –en relación, por ejemplo, con la legitimación para reclamarla, cuando falta la posesión de estado– parece significar estricto acatamiento al principio de veracidad; hay una paternidad o maternidad falsamente atribuida, lo cual conviene que se haga desaparecer frente a todos, ya que aparece en oposición con la posesión de estado (el hijo socialmente es tenido como procreado por otra persona, y cabe, incluso, conjeturar que el designado con esta posesión ejercite la pertinente acción de reclamación), mientras que en el otro caso la posesión de estado viene a ratificar la pretensión ejercitada. La acción del artículo 140 párrafo 2º, corresponde al progenitor, en propio nombre o en representación del hijo menor o incapacitado; el hijo podrá ejercitarla *proprio nomine* dentro del año siguiente al momento de haber alcanzado la plena capacidad. Pero la acción de los progenitores está sujeta a un plazo cuatrienal de caducidad que se computará cuando concurren dos requisitos: la inscripción registral de la filiación no matrimonial impugnada y el comienzo de la posesión de estado correspondiente; la ley quiere que, una vez iniciada la posesión de

(4) Otra opinión se sustenta por RIVERO HERNÁNDEZ, *op. et vol. cit.*, p. 519.

estado, la acción sea ejercitada dentro de un plazo relativamente breve. Hay que observar que existe una importante limitación temporal, caso de existir posesión de estado, para la acción ejercitada por un progenitor, la cual, en principio, no se da en el artículo 140 párrafo 1º (5).

(5) La doctrina expuesta en el texto se recoge también por mí en CASTÁN, V-2º, 10ª ed. (Madrid, 1995), pp. 205 y ss., con amplias referencias doctrinales. *Adde*, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones*, II (Madrid, 1995), pp. 574 y ss.

Hay otras opiniones doctrinales. Así, el prestigioso especialista en materia de filiación, RIVERO HERNÁNDEZ, *op. et vol. cit.*, pp. 492 y ss., empieza sorprendiéndose de la amplitud con que aparece redactado el artículo 131 que “no tiene precedente y paralelo en Derecho comparado”. A propósito del artículo 133, reconoce que cuando falta la posesión de estado, los progenitores no se hallan expresamente legitimados para reclamar la paternidad/maternidad propia o la del otro, estando en cambio prevista tal legitimación para la filiación matrimonial, con discriminación innecesaria y no suficientemente justificada, pues en este caso en nada influye el matrimonio. Rechaza las objeciones de haber incumplido tales progenitores sus deberes de dar nombre y amparo al hijo, y, asimismo, la de haber previsto el ordenamiento otras formas de determinar la filiación. Aduce que las circunstancias que pueden haber impedido el reconocimiento formal pueden haber sido muchas (alega por ej. la negativa injustificada del hijo mayor de edad a ser reconocido, o del representante legal del hijo menor o incapaz, o la no aprobación judicial por extraños motivos, o una cuestión de oportunidad cuando el otro progenitor se adelantó en el reconocimiento para obtener la representación legal del hijo y poder negar el consentimiento requerido en el art. 124). Propugna una interpretación correctora o integradora por los tribunales. En relación con la duración de la acción reconocida en el artículo 140, opina que sólo hablan de ello los párrafos 2º y 3º, pero nada dice el primero, por lo cual concluye que en el párrafo primero no hay plazo de caducidad. Opiniones que resume en LACRUZ *et alii*, *Elementos*, IV, 4ª ed. (Barcelona, 1997) pp. 507 y ss. En obra posterior amplía su argumentación: RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al C.c. (coordinador Rams Albesa) II-2º* (Barcelona, 2000) 1324 y ss.: La concesión de legitimación activa al progenitor para reclamar al menos su propia paternidad o maternidad es una cuestión de política legislativa, que depende de los principios que informan cada sistema jurídico de filiación y de la concepción más o menos estrecha o amplia que el legislador tenga de la relación paterno-filial. La conclusión negativa de la actual legislación le parece sumamente censurable, pues, precisamente, cuando se impide al padre o a la madre reconocer a su hijo, no ostentando éste la posesión de estado de tal, se justificaría plenamente que se concediese a aquél legitimación activa, pues, de lo contrario, quedará en muchas ocasiones a capricho del hijo decidir el cómo y el cuándo determinar su verdadera filiación en los supuestos en que el reconocimiento resulte ineficaz, por no ser consentido, y en los que tampoco se conceda al progenitor legitimación para reclamar por vía judicial cuando no exista posesión de estado. Además, el reconocimiento tardío no tiene por qué ser invariablemente interesado; por ej. no se reconoció porque se tenían razonables dudas acerca de su paternidad o maternidad, o concurrían especiales circunstancias que impidieron efectuarlo, como pudo ser la incapacidad del progenitor. Invoca los artículos 39 pár. 2º y 24 CE para postular una interpretación correctora e integradora del artículo 133 C.c. que admita la legitimación del progenitor no matrimonial para reclamar su propia paternidad o maternidad, aun no existiendo posesión de estado.

Postura similar se sostiene –en realidad, sin argumentarla–, por O'CALLAGHAN, *Compendio*, IV, 4ª ed. (Madrid, 1996) pp. 248 y ss.: “Aunque no lo permita expresamente el Código –ni tampoco lo excluya o lo prohíba–, debe estimarse que también está legitimado activamente el padre o la madre para que –por esta acción– sea declarada su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de un hijo que pudo haber tenido fuera de matrimonio”. Aduce jurisprudencia de la Sala 1ª: SS de 5 noviembre 1987, 3 diciembre 1988 y 23 febrero 1990.

3. Reciente jurisprudencia de la Sala 1ª del TS favorable a una interpretación correctora del artículo 133 C.c.

La STS de 19 mayo 1998 (Pte. Sierra y Gil de la Cuesta) (6), viene a sintetizar el estado actual de la doctrina jurisprudencial, recogiendo la reciente evolución. En ambas instancias se estimó la acción de reclamación de filiación no matrimonial interpuesta por el padre, y el TS rechaza el recurso de casación. En el 2º FD analiza con amplitud el tema que aquí se examina, y desestima la denuncia del recurso de haberse infringido el artículo 133 C.c.

“El mencionado artículo 133 cuando habla de la constante posesión de estado para exigir la declaración de filiación, no establece de una manera clara, la legitimación activa, en un proceso de filiación, del presunto progenitor para reclamar la paternidad; incluso, una rápida interpretación literal del referido artículo, pudiera llevar a la conclusión que impide o niega tal legitimación. Pero, por otra parte, dicha actuación hermenéutica llevaría una transgresión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE”.

“Por esto no debe extrañar lo más mínimo que jurisprudencia de esta Sala, haya iniciado una interpretación lógica del referido precepto; así la STS de 8 julio de 1991, establece que la posesión de estado fue el fundamento de la pretensión, por lo que al presentar la demanda, habilitaba al progenitor al ejercicio de dicha pretensión, esto es, desde el origen y en tanto en cuanto no se esclarezca si existía o no existía dicha posesión de estado, ha de entenderse que está asistido de tal legitimación activa, por lo que, si luego durante el proceso se ha demostrado la falta de aquella posesión de estado, la consecuencia judicial será la desestimación de la pretensión, pero ya no por falta de ese presupuesto procesal habilitante de la acción, sino por la inconsistencia del fundamento de la misma”.

“Ya antes, la STS de 22 marzo 1988, había establecido que la posesión de estado no es en todo caso circunstancia necesaria para poder ejercitar estas acciones. Y la de 5 noviembre 1987, que se busca en esta clase de situaciones procesales la equiparación del estado de hecho a la intención que anima al progenitor”.

“Por último la recientísima STS de 30 marzo 1998, observa en este sentido la cuestión al decir que la aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 C.c. ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero. Dicha sentencia dice literalmente: «que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación

(6) *Actualidad civil*, 1998-3, núm. marginal 852.

activa hacia el progenitor. Así la STS 24 junio 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en los casos que no haya *posesión de estado*, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la STS de 8 julio 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133, demuestran que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133; que, de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113.2, el ejercicio de la acción de reclamación conviene necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso, asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada, entre otras, en SS del TS de 19 enero y 23 febrero 1990, que decía: «La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 C.c., ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis más favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada

por el principio de verdad biológica o el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su S de 5 noviembre 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés, como interés legítimo, protegido por la Constitución, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia»”.

“Por otra parte, se puede añadir de una manera colateral, las Leyes 70,2 y 71 de la Compilación de Navarra, permiten tal legitimación”.

“Por todo lo cual, no se puede negar la legitimación activa, en el presente caso, al padre –ahora recurrido–, desde el instante mismo del éxito de su pretensión de paternidad, pues la declaración de la misma, lleva ya *per se* y con carácter retroactivo dicha activa legitimación procesal”.

4. Observaciones críticas

La doctrina jurisprudencial que parece afirmarse –aunque hay un voto particular del catedrático y magistrado Sr. Gullón Ballesteros (7)– constituye, a mi juicio, una interpretación *contra legem*, y no meramente correctora o integradora del régimen de la filiación, que vanamente intenta justificarse con falsos argumentos; debe rechazarse con energía que haya una laguna legal, pues el caso se contempla expresamente, ni tampoco colisión de normas pues la interpretación lógica y sistemática sirve para rechazarla.

(7) Que considera que el fallo debería haber sido estimatorio del motivo segundo del recurso y, en consecuencia, haberse desestimado la demanda interpuesta de reclamación de filiación no matrimonial paterna por el actor respecto de la menor Sandra M.C., cuya filiación no matrimonial materna está determinada sólo respecto a la madre, no constando que el actor esté en posesión de estado respecto a la hija. Los motivos de disconformidad son dos y su texto literal es el siguiente: “Se manifiesta disconformidad con el segundo, también de los fundamentos de derecho, pues es clara la letra y espíritu del art. 133 C.c. en el sentido de negar acción de reclamación de filiación no matrimonial al progenitor, y así lo ha entendido la doctrina más autorizada. El art. 134 C.c. no puede entenderse como contradictorio, o al menos causante de dudas sobre la interpretación del artículo anterior, pues se refiere al ejercicio de una acción «conforme a los artículos anteriores», es decir, que comprende el art. 133, en modo alguno otorga una legitimación activa al progenitor a quien se le niega el anterior”. “El *en todo caso* claramente lo conecta el art. 134 con uno de los efectos de la acción de reclamación; cuando se ejerce ésta, *en todo caso*, o sea, siempre, se permite la impugnación de una filiación contradictoria. Si se quiere decir de otra manera, cuando se pueda reclamar la filiación. En consecuencia, no existiendo legitimación activa para ello, huelga buscar toda cobertura en el art. 134 C.c.”.

La doble función de la posesión de estado, como requisito de la legitimación activa y como medio de prueba, resulta tan obvia que parece imposible su confusión al ponerla en práctica; en el caso resuelto por STS de 8 julio 1991, dicha posesión de estado resulta inexistente, luego la demanda debió ser rechazada por falta de legitimación, siendo redundante e innecesario alegar que faltaba la prueba de un requisito de fondo; todavía resulta más incongruente decir que tal situación permite prescindir de lo dispuesto en el artículo 133 párrafo 1º.

De auténtico malabarismo puede calificarse el *hallazgo* de una contradicción entre los artículos 134 y 133 –dicho sea con todos los respetos que merece la jurisprudencia emanada de nuestro más alto Tribunal–. El profesor RIVERO HERNÁNDEZ, autor poco sospechoso de propugnar interpretaciones restrictivas en materia de acciones de filiación, al comentar el artículo 134, afirma que la acción primaria y fundamental es la de reclamación, cuyo régimen jurídico y protagonismo se impone; la de impugnación de la filiación contradictoria es accesoria respecto de ella, meramente instrumental e inevitable (8). No es lícito, por tanto, apoyarse en el artículo 134 quien carezca de legitimación en los *artículos anteriores*, de modo que resulta imaginaria, ilusoria o inexistente, una contradicción que permita decir al 133 lo que el texto claro no expresa.

Estoy también conforme con RIVERO HERNÁNDEZ, cuando sostiene que la mayor o menor amplitud de la legitimación para ejercer las acciones de reclamación o impugnación de la filiación, es materia de política jurídica (9); ello explica –entre otros casos– la fijación de los plazos anual y cuatrienal de los artículos 136 párrafo 1º y 132, párrafo 2º, plazos que pudieron ser otros, mayores o menores de los ahora fijados, de seguirse distintas razones de política legislativa; si el legislador en el artículo 133 ha querido estimular la habitual *pereza paterna* –que desde hace años se denuncia en las investigaciones sociológicas–, para reconocer al hijo extramatrimonial que ha procreado, ello ofrece una razonable justificación basada en la realidad social; por otro lado, el progenitor que, por su inacción durante varios años, carece inicialmente de legitimación activa, siempre tendrá la posibilidad de intentar, al menos, aunque sea con retraso, alguna modalidad de reconocimiento voluntario; y nadie le prohibirá, por último, realizar actos que supongan una posesión de estado de hijo no matrimonial en su respecto, que le abrirá la legitimación ex artículo 132 párrafo 1º. No parece, por tanto, que con la interpretación restrictiva se violen los artículos 24 y 39 CE.

(8) RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios Ministerio de Justicia*. I, cit. p. 500.

(9) RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios al C.c.* (coordinador Rams Albesa), *op. et vol. cit.* p. 1824.

Creo, en resumen, que la interpretación literal del artículo 133 párrafo 1° no es ya una exégesis superficial y apresurada del mismo, sino, por el contrario, el resultado lógico y sistemático de una interpretación reflexiva y concienzuda, que no descuida las exigencias de la realidad social *ex* artículo 3°.1 C.c., ni los postulados constitucionales.

Dado el contenido del pequeño trabajo incluido en las páginas 303-305, la redacción de la Revista ha estimado útil para el lector incluir el contenido de la Sentencia de 27-6-2000 TS (Sala 1ª), que ha dado lugar a numerosos comentarios.

Tribunal Supremo

Civil

Presencia de notario que actúa como testigo del testamento. Nulidad.

Requisitos de validez del testamento otorgado en inminente peligro de muerte.

Sentencia de 27-6-2000 TS (Sala 1ª)

Ponente: D. J.A.N.

El TS desestima el recurso confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, que revocó la Sentencia dictada por el Juzgado, declarando la nulidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte.

En la Villa de Madrid, a veintisiete de junio de dos mil.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos, sobre nulidad de testamento, cuyo recurso fue interpuesto por don J.Mª. R.M. y doña B.L.P., actualmente sus herederos don D. y don G.R.L. y don G.R.L., este último en representación de su hija menor D.R.L., representados por el procurador de los tribunales don L.P.A., siendo parte recurrida doña Mª. del C., doña Mª. R. y doña Mª. A.R.P. representadas por la procuradora de los tribunales doña R.G.M.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de doña Mª. del C., doña Mª. R. y doña Mª. A.R.P. contra don J.Mª. R.M., don V.M.R.P., doña B.L.P., actualmente sus herederos don D. y don G.R.L. y don G.R.L. y contra los cuatro ahijados citados genéricamente en el testamento de doña P.R.A. y contra cualquier otro heredero o persona que pudiera tener intereses en el presente procedimiento, declarados en rebeldía, sobre nulidad de testamento. Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia declarando la nulidad del testamento otorgado en inminente

peligro de muerte por doña P.R. por incumplimiento de las formalidades y requisitos esenciales que señala la Ley, así como que se declarase la nulidad radical de los actos jurídicos posteriores realizados por los herederos y de las inscripciones que haya causado en el Registro de la Propiedad o cualquier otro organismo el expresado testamento, y de cuantas escrituras o documentos hayan sido otorgados como consecuencia del mismo, decretando su cancelación, declarando finalmente abierta la sucesión intestada de doña P.R.A. a fin de efectuar la pertinente declaración de herederos, con expresa imposición de costas a la demandada.

Admitida a trámite la demanda los demandados contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos y terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte actora.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: “Desestimando la demanda interpuesta por doña M^a. del C.R.P., doña M^a. R.R.P. y doña M^a. A.R.P., representadas por el procurador don F.S.A., contra doña B.L.P., don V.M.R.P. y don J.M.R.M., representados por la procuradora doña M^a. M.M.B. y contra los cuatro ahijados/as citados/as genéricamente en el testamento de doña P.R.A. y contra cualquier otro heredero o persona que pudiera tener interés en el procedimiento, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones actoras, haciendo expresa imposición a esta parte de las costas procesales”.

Segundo. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, dictó sentencia con fecha 9 de junio de 1995, cuyo fallo es como sigue: “Que, estimando como estimamos el recurso de apelación formulado en esta instancia por el procurador de los tribunales don F.S.A., en la representación que tiene acreditada en autos, contra la sentencia dictada, el día diez de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos en esta causa, debemos revocar y revocamos dicha resolución; que, estimando como estimamos, sustancialmente, la demanda origen de este litigio, debemos declarar y declaramos la nulidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte y ante cinco testigos, el día catorce de abril de mil novecientos noventa y tres, por doña P.R.A., así como de los actos jurídicos posteriores realizados por los herederos en cuanto al mismo y de las inscripciones que por dicho testamento se hayan causado en el Registro de la Propiedad o cualquier otro organismo, las cuales se ordena cancelar, a cuyo fin se expedirán los mandamientos pertinentes; y que debemos condenar y condenamos a doña B.L.P., don V.M.R.P., don J.M^a. R.M., y a los herederos o las personas que pudieran tener interés en el pleito y las cuatro ahijadas citadas genéricamente en el testamento citado a estar y pasar por estas declaraciones y condenas y a cumplirlas. No se hace expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias a ninguno de los litigantes en este procedimiento”.

Tercero. El procurador don L.P.A., en representación de don J.M^a. R.M. y doña B.L.P., actualmente sus herederos don D. y don G.R.L. y don G.R.L., formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero. Basado en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción por interpretación errónea de los artículos 700 y 704 del Código Civil.

Segundo. Basado en el artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de la doctrina jurisprudencial al interpretar los requisitos que se exigen el artículo 700 del Código Civil, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1910, 23 de febrero de 1926 y 19 de diciembre de 1959.

Cuarto. Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la procuradora señora G.M. en nombre de doña M^a. del C., doña M^a. R. y doña M^a. A.R.P., presentó escrito con oposición al mismo.

Quinto. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de junio de 2000, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. J.A.N.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En concordancia con la pretensión de nulidad de testamento, solicitada, entre otros extremos, por la parte actora y recurrida, los hechos que, en síntesis, resultan probados, de acuerdo con la sentencia recurrida y los que tácitamente devienen aceptados, explicitan que el día 14 de abril de 1993, en la habitación núm. 830, piso octavo, de la Residencia Sanitaria G.Y., de Burgos, se personó, en compañía de su empleada doña M^a. A.B.D., el notario de la ciudad de Burgos, don J.M.G.O.S., previamente requerido, al efecto, para autorizar el testamento de doña P.R.A., a la sazón, internada en referido centro sanitario. Ante el estado físico de la testadora (que falleció el día 16 del mismo mes y año), el notario que pidió la presencia de personal sanitario (concurrieron don F.D.G.M., médico; don F.J.B.A., médico; y doña M^a. B.I.H., ATS), manifiesta, presentes todos, que no cabe otorgar testamento abierto, pero sí testamento en inminente peligro de muerte, y, acto seguido, procede a tomar nota de las estimadas como declaraciones de voluntad de la testadora, en presencia de cinco testigos, integrados por el mismo y su empleada y los componentes del equipo sanitario, ya citados. Con fecha 28 de abril de 1993, don J.M.G.O.S., en su calidad de testigo, comparece ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Burgos a fin de que se eleve a escritura pública el documento en que se hizo constar la última voluntad de doña P.R., iniciándose la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria número 222/1993. El día 21 de mayo de 1993, referido Juzgado acuerda la protocolización del referido expediente, declarando ser el testamento de doña P.R.

Segundo. Frente a la declaración de nulidad del expresado testamento, acordada por la sentencia de segunda instancia (que revocó la de primera instancia) los demandados señores L.P. y señores R.M., formulan el presente recurso de casación, cuyo primer motivo (artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) denuncia por infracción de ley la errónea interpretación de los artículos 700 y 704 del Código Civil y cuyo segundo motivo (al amparo de igual ordinal, estima infringida la jurisprudencia de esta Sala en relación con dichos preceptos, Menester es tomar, en consideración, a los fines de encuadrar el tema suscitado, que de acuerdo con criterios doctrinales generalizados sobre el artículo 700, testamento “en peligro inminente de muerte” es aquel testamento abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en “inminente peligro de muerte”, es decir, en una situación de gravedad extrema. La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario; c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar, entre los cuales no son los menos importantes las disposiciones de los artículos 703 y 704 del Código Civil y 1953 y 1954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y d) que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros. En el supuesto que se contempla se incumple, a todas luces, el requisito consistente en la imposibilidad de contar con la presencia de notario, puesto que la excepcionalidad de esta forma de testar está directamente condicionada, no sólo a la inminencia de la muerte, sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario; criterios fundamentales que no cabe se obvien. La imposibilidad de la intervención notarial no aparece en la redacción del precepto, pero es necesario entenderlo así, pues el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido, describiendo así la situación de modo concreto, que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunica-

ciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto. No puede, por menos que extrañar, en el caso que se examina la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario que se niega a autorizar el testamento abierto que corresponde y, con la asistencia de cuatro testigos y de él mismo en función de testigo (lo que denota, con toda claridad su presencia), aconseja la sustitución de una forma de testar, por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código Civil.

Tercero. Tampoco parece conducente la invocación del artículo 704 del Código Civil, que, al referirse a la ineficacia del testamento y su elevación a escritura pública, protocolizándola en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en realidad se apoya en el concepto de ineficacia ínsito en el artículo precedente, que inicialmente se refiere a los testamentos otorgados en inminente peligro de muerte (y en tiempo de epidemia), distinguiendo implícitamente entre la ineficacia y la nulidad, producida esta última por la inexistencia radical del testamento, mientras que la ineficacia de la que se habla, parte de una validez inicial del mismo, dejando de producir sus efectos por la falta de cumplimiento de requisitos posteriores. Por tanto, este precepto no se refiere a los testamentos nulos.

Cuarto. La jurisprudencia que cita, como infringida, no desvirtúa la nulidad del testamento; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1910, alude a un caso distinto del presente, cual el del otorgamiento del testamento en peligro de muerte, a pesar de haber notario en el pueblo e incluso después de haber visitado el mismo día el notario al testador, porque dice la meritada sentencia “no excluye la posibilidad de que el peligro de muerte sobreviniese después de que aquél se retirase voluntariamente de la casa”; la de 26 de febrero de 1926 se centra en un caso en que no se encontró al notario de la población, cuando se fue en su busca; y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1959, lo único que hace es remarcar la doctrina jurisprudencial acerca de que la imposibilidad de que el notario concorra para que ante él se otorgue el testamento ha de ser apreciada con criterio amplio. Ninguna, por tanto, de estas sentencias apoya la tesis de la parte recurrente. Con máxima claridad, además, otras sentencias establecen la necesidad de la observancia de las formas testamentarias con sujeción a Ley, pues, como ya declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1912, “las formas menos solemnes de los testamentos privilegiados no excluyen ni dejan de hacer necesaria la concurrencia de todos los requisitos”. Las precedentes razones abonan la desestimación de los dos motivos examinados, y, con ello, la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de las costas causadas (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don J.M^a. R.M. y doña B.L.P., actualmente sus herederos don D. y don G.R.L. y don G.R.L., este último en representación de su hija menor D.R.L., contra la sentencia de fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y cinco dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, en autos, juicio de menor cuantía número 139/1994 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos por doña M^a. del C., doña M^a.R. y doña M^a. A.R.P. contra don J.M^a. R.M., don V.M.R.P., doña B.L.P., actualmente sus herederos don D. y don G.R.L. y don G.R.L. y contra los cuatro ahijados citados genéricamente en el testamento de doña P.R.A. y contra cualquier otro heredero o persona que pudiera tener intereses en el presente procedimiento, declarados en rebeldía, con imposición a dichos recurrentes de las costas causadas; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la *colección legislativa* pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—J.A.N.—X.O.M.—F.M.C.—Rubricados.

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. J.A.N., Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. ESPECIAL REFERENCIA AL “TIME-SHARING” (*)

RODRIGO TENA ARREGUI
Notario

Es ya un tema recurrente en la literatura notarial de los últimos años, el examen del impacto que las nuevas formas de contratación impuestas por la aparición del tráfico jurídico en masa y del llamado “Derecho de los Consumidores” han producido y siguen produciendo en la función notarial. Se han destacado las dificultades con que tropieza el quehacer notarial en este ámbito, derivadas de la circunstancia de que el notariado no ha sido históricamente una institución específicamente creada para la protección del consumidor (sin perjuicio, como luego veremos, del importantísimo papel que puede jugar en la defensa de sus derechos). Se incide fundamentalmente en el hecho de que, o bien este tráfico circula por vías alejadas de la actuación notarial y respecto de las cuales ésta no tiene ninguna posibilidad de intervenir, o bien que cuando por determinadas circunstancias el contrato termina accediendo al despacho notarial, el notario ya no tiene una verdadera oportunidad de desarrollar su benéfica función tradicional de asesoramiento, redacción y control de la legalidad, desde el momento en que dicho contrato le llega prerredactado por una

(*) Conferencia pronunciada en el seminario “Futuros desafíos para el notariado europeo”, de la Academia de Derecho Europeo (ERA), celebrado en Bruselas, el 20 de septiembre de 2000.

de las partes, y en ocasiones, lo que es todavía peor, firmado ya por el consumidor. En este caso, lo que las partes buscan, fundamentalmente lo que busca el oferente, son algunos de los privilegiados efectos del documento público (su carácter ejecutivo, su eficacia probatoria, su acceso a los Registros) pero pretendiendo someterse lo menos posible a los presupuestos notariales anteriormente citados, que son precisamente los que los justifican, con el consiguiente riesgo para el usuario (“la trampa de la fe pública”), y en consecuencia, con el consiguiente descrédito para la institución notarial.

Pues bien, pienso que estas afirmaciones son erróneas y que la ingeniosa frase (“trampa...”) no se corresponde en absoluto con la realidad, en la medida en que la intervención del notario es siempre enormemente beneficiosa para el consumidor y para el tráfico en general, como intentaré demostrar brevemente. Como iremos viendo, el notario desarrolla en defensa de los consumidores una importantísima función, tanto en el ámbito de la formación del contrato, como en la información a suministrar y en el contenido del negocio. La posición privilegiada que ocupa en el tráfico jurídico, consecuencia de su personal intervención en la elaboración y perfeccionamiento del contrato, y su configuración institucional como funcionario y profesional imparcial le habilitan claramente para ello. Pero para que esa intervención sea realmente efectiva, es imprescindible que tanto el legislador comunitario como el nacional sepan aprovechar adecuadamente la institución, cosa que en muchas ocasiones no ocurre.

Sabemos perfectamente que, al igual que en el mercado de bienes y servicios la defensa de la competencia exige en determinados supuestos la intervención del regulador para evitar ciertas situaciones de abuso, tal como ocurre con la legislación antimonopolio, en el tráfico jurídico, la contratación en masa, la contratación mediante condiciones generales y las agresivas técnicas de comercialización, han motivado desde antiguo la intervención del legislador en defensa del consumidor. Todo ello en aras a preservar la propia libertad de contratación, garantizando los mecanismos necesarios para la debida formación de un consentimiento libre e informado. Sabemos que el riesgo de abuso se desenvuelve en un doble ámbito: en el primer momento de la formación del contrato, al vincular al consumidor por un contrato que realmente no ha querido y que se ha visto obligado a aceptar mediante presiones y sin darle el necesario tiempo de reflexión; y en el ámbito de su contenido, mediante la inclusión de cláusulas abusivas que el consumidor se ve obligado a aceptar por desconocimiento o porque sus costes de información son demasiado altos como para permitirse una labor de comparación de ofertas, tal como los profesores de la Universidad de Hamburgo, SCHÄFER y OTT, han puesto de

manifiesto desde una óptica de análisis económico del Derecho. Estos riesgos justifican la intervención del Estado, y no cabe duda de que uno de los instrumentos más eficientes con los que cuenta para evitarlos o al menos disminuirlos es el notariado y resulta sorprendente que en ocasiones el legislador no haya sabido aprovecharlo en toda su potencialidad.

Uno de los ámbitos donde esta problemática se revela con mayor claridad es el del "time-sharing", tanto en el ámbito indicado del proceso de formalización del contrato como en el de su contenido. Hasta esta figura, los problemas que tradicionalmente habían planteado las agresivas técnicas de comercialización fuera del establecimiento mercantil se desarrollaban normalmente al margen del notariado, pero la extensión de estas técnicas comerciales a la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles ha venido a colocar en primer plano el papel que el notario puede jugar en este ámbito y la necesidad de adaptar consecuentemente las tradicionales medidas de protección utilizadas por el legislador.

La Directiva del Consejo de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, trataba fundamentalmente de proteger al consumidor en el proceso de formación del contrato, saliendo al paso de las presiones a las que normalmente se veía sometido dadas las agresivas técnicas de comercialización utilizadas por una gran cantidad de empresarios. El remedio estrella, inspirado en la legislación francesa, consistió en atribuir al consumidor un derecho de desistimiento del contrato en un plazo determinado. La justificación es sencilla. Se trataba de facilitar en lo posible la formación de una voluntad plenamente libre, reaccionando contra las cada vez más agresivas promociones de ventas que, dadas la presiones a las que someten a los potenciales clientes, ponen en duda la existencia de una verdadera voluntad contractual. La publicidad, la oferta y la perfección se solapan en estos casos sin solución de continuidad. Los contratos, prerredactados con anterioridad por el oferente, se firman en el acto de la presentación del producto, dando al consumidor la impresión de que la única forma de escapar al acoso es la firma inmediata del contrato. Es evidente que la mayoría de los vendedores no se comportan así, pero el hecho de que dichas prácticas hayan existido con mayor o menor amplitud, justifica la reacción del legislador con carácter general. Con el reconocimiento de ese derecho se pretenden evitar los posibles inconvenientes, concediendo al consumidor, tras la firma del contrato, un prudente plazo de reflexión que le permita meditar sobre la conveniencia de su adquisición, suprimiendo las dudas que pudiera haber sobre su consentimiento contractual. Pues bien, resulta altamente significativo que la Ley alemana de adaptación de 16 de enero de

1986, sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos, en su párrafo 1 (2), n° 3 disponga que el derecho de revocación no existe si la declaración de voluntad ha sido oficialmente registrada por un notario y ello pese a que la Directiva no contiene tal disposición ni habilitación alguna a los Estados para que incluyan excepciones no expresamente previstas. La misma excepción se contiene en la Ley española de adaptación de 21 de noviembre de 1991, que expresamente excluye de su ámbito los contratos documentados notarialmente. Y ello porque no tiene mucho sentido reconocer el derecho de resolución cuando el contrato se ha documentado en escritura pública. La formalización del documento en escritura, con la trascendencia social que el acto tiene, la presencia ante un tercero imparcial en “terreno neutral”, la redacción y el control notarial de legalidad, el asesoramiento especial que el notario debe procurar a la parte más necesitada de ella, explican que los riesgos de una voluntad no plenamente libre son muy escasos, por no decir inexistentes. El consumidor sabe que cuando va a la notaría va “a firmar”. No va a informarse sobre la posibilidad de adquirir un producto de tal o cual característica. No se ve sorprendido por la voluntad del oferente de perfeccionar “ya” el contrato. Tiene pleno conocimiento de a lo que va y se encuentra perfectamente asesorado. En esta línea se explica la afirmación de HOFMEISTER en el Congreso Notarial alemán celebrado en Hamburgo en 1993, sobre la conveniencia de sustituir los mecanismos de protección al consumidor consistentes en permitir la disolución del contrato o la modificación de su contenido por una obligación de información a cargo de asesores especializados o notarios públicos durante el proceso de formalización del contrato, con la argumentación de que no es suficiente la entrega de folletos informativos para que el consumidor se aperciba de la trascendencia del negocio que celebra, ni del significado de su derecho de desistimiento.

Pues bien, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, ha venido a plantear de nuevo y con mayor virulencia esta contradicción. La Directiva pretende solucionar las dos quejas fundamentales planteadas por los consumidores frente a las empresas de “time-sharing”, técnicas de venta de carácter agresivo y publicidad engañosa e incompleta, mediante las respectivas dos soluciones: derecho de desistimiento y obligación de elaborar un documento informativo previo al contrato, sin perjuicio de su carácter complementario.

La experiencia demuestra que muchas de las técnicas tradicionalmente utilizadas en las campañas de venta fuera de establecimiento se utilizan

normalmente por las comercializadoras de productos de tiempo compartido o por los mismos promotores. Las dudas sobre la existencia en estos casos de una verdadera voluntad de comprar, con pleno conocimiento del producto ofrecido, unido a la dificultad para el consumidor de probar “a posteriori” vicios del consentimiento que permitan desvincularle del contrato, llevaron a la Directiva a disponer en su artículo 5 que “Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones lo siguiente: 1) Además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos, el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante. En caso de que el décimo día sea festivo se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente”. La Ley española de adaptación de 15 de diciembre de 1998 vino a trasponer la Directiva en este punto. Sin embargo, en esta ocasión la Ley española (tampoco la alemana) no ha excepcionado el supuesto de que el contrato se formalice en escritura pública, sino al contrario, a la vista de la exposición de motivos y del artículo 14.2, que expresamente lo permite.

En la Exposición de Motivos de la Ley española se nos dice que “la intervención de fedatario público sería suficiente para considerar innecesario conceder al adquirente la facultad de desistimiento, pues su presencia impide que la otra parte haga valer su preponderancia, pero, puesto que la Directiva no establece ninguna excepción a favor de estos contratos intervenidos, ha sido necesario conservar esa facultad de desistimiento”. El argumento nos parece muy débil desde cualquier punto de vista. En primer lugar, el silencio de la Directiva 577/85 no impidió al legislador de 1991 excepcionar el caso de otorgamiento ante notario. En segundo lugar, la función del buen jurista es distinguir precisamente cuando la Ley no distingue, en contra del consabido tópico, y no aplicar la norma mecánicamente. Si dentro del supuesto de hecho de una norma hay un caso que se incluye en su literalidad pero que escapa completamente a su ratio, lo procedente es exceptuarlo de su aplicación, como toda la tradición jurídica ha aconsejado desde siempre.

Pensemos además que el derecho de desistimiento, dado su carácter novísimo y extraño a la estructura general del contrato, plantea problemas importantísimos, tanto entre partes como en relación a terceros, máxime cuando la Directiva reconoce tal derecho no sólo durante los primeros diez días a partir de la formalización del contrato, sino también en un plazo de tres meses a partir de ese momento si el contrato no contiene una serie de datos de carácter informativo mencionados en el anexo. Un problema interesante entre partes es el del momento de la

transmisión del riesgo y la incidencia sobre el mismo del derecho de desistimiento. Pero con respecto a terceros los problemas pueden ser mucho mayores. Antes del vencimiento del plazo, el comprador puede haber devenido ya propietario, por lo que podría enajenar y gravar con plena eficacia publicándose dichos actos en el correspondiente Registro. Por la misma razón, sus acreedores podrían embargar el derecho adquirido. Ahora bien, y este es el problema fundamental, ¿qué pasaría si con posterioridad pretendiese ejercitar el derecho de desistimiento? ¿En qué situación quedarían los terceros? Lógicamente no podemos entrar en detalle en estos problemas, pero nos demuestran que, desde luego, la situación ideal sería arbitrar un mecanismo que evitase los inconvenientes que pretende solucionar —creando otros nuevos— el derecho de desistimiento.

Por ello, resulta imprescindible que el legislador evite ser incongruente en este tema, como desgraciadamente lo ha sido el español. No tiene mucho sentido que opte por configurar el “time-sharing” como un supuesto de derecho real inmobiliario para dotarlo de mayor seguridad, eficacia y protección, facilitando su acceso a los Registros públicos de publicidad vía escritura pública, en definitiva, incardinándolo dentro del tradicional ámbito de actuación del documento público y de acceso al Registro de la Propiedad, para luego no exprimir a fondo en beneficio del consumidor todas las ventajas de esa incardinación.

No se pretende que se imponga con carácter necesario y para todos los casos el documento público para vender un derecho de aprovechamiento por turno, sino simplemente regular con toda lógica que si se hace en documento público no habrá derecho de desistimiento, sencillamente porque no se justifica, evitando introducir un elemento tan perturbador en el régimen normal del documento público y del Registro y fomentando un procedimiento de formalización contractual con todas las garantías. No cabe duda de que esta es una posibilidad que favorece a ambas partes. Al consumidor de una forma evidente, pues cuenta con un completo asesoramiento y control de legalidad que de otra forma le faltaría. Pero también beneficia al promotor responsable, al que le interesa evitar todos los problemas que tal derecho puede suponerle.

En la línea defendida por HOFMEISTER, incentivar la actuación notarial en este ámbito serviría también, no sólo para paliar la segunda preocupación a la que responde la Directiva, la publicidad engañosa e incompleta, sino además para evitar de una forma mucho más efectiva la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas.

En cuanto a los defectos de información, porque para la mayoría de los consumidores resulta radicalmente insuficiente la obligación impuesta al promotor de redactar complejos y extensos folletos informativos, si no

se cuenta simultáneamente con un profesional imparcial que asesore, desvele dudas y ayude a clarificar el exceso de información, que en ocasiones se revela tan nocivo y perjudicial como la falta de información. Recordemos además que el documento notarial es por definición completo, en la medida en que el notario no puede admitir remisiones a textos que no se incorporen; en el documento notarial no hay letra pequeña, que facilite al oferente “dirigir” la atención del consumidor en un sentido y no en otro; el documento notarial evita las falsificaciones y manipulaciones, gracias a su incorporación al protocolo.

Y en cuanto a las cláusulas abusivas, porque su función de asesoramiento jurídico se revela como el mejor mecanismo para luchar con las frecuentes y peligrosas cláusulas abusivas “dudosas”. Y ello con independencia del control de legalidad del documento que el notario en cuanto funcionario debe ejercer, aun cuando venga prerredactado por el oferente, negando la inclusión en el contrato de cláusulas incluidas en las listas prohibidas. Por cláusulas abusivas “dudosas” entendemos aquellas cuya indefinición, ya no sólo motivada por el propio texto contractual, sino fundamentalmente por el tenor legal prohibitivo, poco preciso, y por la necesidad de valorar las circunstancias que pueden concurrir en cada caso, hacen que sólo puedan ser apreciadas como tales tras el correspondiente procedimiento judicial contradictorio. En la legislación española se habla, entre otras expresiones semejantes, de “condiciones abusivas del crédito” y en la comunitaria de “imponer al consumidor que no cumple sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta”, de “fechas demasiado lejanas”, de “una antelación razonable”, etc. Es evidente que tales circunstancias únicamente pueden ser valoradas adecuadamente por el juez, y ello tras un minucioso estudio del supuesto de hecho concurrente. Pues bien, en estos casos, el asesoramiento específico que presta el notario sobre la base de un texto concreto, sometido a su autorización, las advertencias sobre la posible ilegalidad de una cláusula determinada y la información sobre los medios de defensa más adecuados, pueden ser no sólo un mecanismo que ayude a restablecer el equilibrio perdido entre el contratante fuerte y el consumidor, sino también un procedimiento profiláctico idóneo que incentive la paulatina desaparición de dichas cláusulas, aunque sólo sea ante el coste de imagen que las mismas implican para el oferente.

En conclusión, sería muy conveniente que el propio legislador comunitario fuese consciente en sus Reglamentos y Directivas de la importancia de este instrumento de control estatal tan extendido en la Unión Europea y sacase las correspondientes consecuencias. No se trataría de imponer nada, sino de ofrecer distintas posibilidades de protección anudando a cada una diferentes regímenes jurídicos, respetando de esta ma-

nera con mayor fidelidad el principio de subsidiariedad. En definitiva, insistir en el elemento caracterizador del documento público: ante unos presupuestos de formalización diferentes, unos efectos también diferentes, cuyo reconocimiento normativo supone incentivar muy justificadamente el documento notarial. Y ello, como regla general, con carácter voluntario, como no puede ser de otra manera en el ámbito de la Unión Europea, en la que hay algunos países que no conocen el notariado. Sin embargo, lo que no parece muy lógico es que porque una minoría no lo conozca, dé la impresión de que para el legislador comunitario no lo conoce ninguno.

A veces se ha criticado ese pretendido carácter voluntario del documento público, alegando que no hay tal voluntariedad si para conseguir unos efectos ejecutivos, una preferencia crediticia, un título legitimador o un libre acceso a los Registros públicos, hay que pasar necesariamente por la escritura notarial. El que así habla, no ha comprendido todavía nada. No ha comprendido algo tan elemental como que el privilegio no es injustificado. Afirmar que reconocer una eficacia especial al documento público es imponer su utilización, es como afirmar que permitir circular únicamente por la autopista a los automóviles y prohibírsele a los ciclomotores y a los vehículos de tracción animal, es obligar injustificadamente a todo el mundo a comprarse un coche. Este argumento implica, una de dos, o suprimir las autopistas (el efecto privilegiado) o permitir circular por ellas a todo tipo de vehículos (reconocer el mismo efecto al documento público que al privado). Esta última posibilidad crearía tanto riesgo en el tráfico (circulatorio y jurídico) que su sola contemplación es inviable. Es cierto que podríamos suprimir los efectos privilegiados de cierto tipo de documentos (suprimir las autopistas) pero sospecho que el futuro no va por ahí, sino más bien al contrario, tanto en el ámbito de la Unión Europea como fuera de ella. La mayoría de los países de la Unión no sólo quieren seguir circulando por autopistas, sino que éstas cada vez sean mejores y más seguras, y lo mismo ocurre en los países candidatos a la ampliación. Por ello, al reconocer al documento público esa eficacia especial, se incentiva –justificadamente– su utilización, y al incentivarse permitimos al notario ejercer su positiva influencia en beneficio del consumidor en ámbitos cada vez más extensos.

IX JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA (*)

Lima (Perú), 2000

CONCLUSIONES

TEMA I: “Función notarial preventiva de litigio”

Comisión redactora:

Osvaldo SOLARI COSTA (Coordinador Internacional - Argentina)

Eva CENTENO ZAVALA (Secretaria de Comisión - Perú)

Federico CAMPOS ECHEANDÍA (Coordinador Nacional - Perú)

Christian HERTEL (Alemania)

Norma CIURO DE CASTELLO (Argentina)

Cristina ARMELLA (Argentina)

Romelio FERNÁNDEZ ROUYET (Argentina)

Jesús GÓMEZ TABOADA (España)

Héctor CÁRDENAS VILLARREAL (México)

César H. BAZÁN NAVEDA (Perú)

(*) En la ciudad de Lima, Perú, se celebró durante los días 12, 13 y 14 de octubre pasados, la IX Jornada Notarial Iberoamericana.

Las ponencias españolas presentadas a esta Jornada fueron las siguientes: “La intervención notarial y el litigio judicial: algunos aspectos concretos del Derecho español actual”, de Jesús Gómez Taboada, para el tema I; “La seguridad jurídica notarial frente a la titulación administrativa”, de Álvaro Lucini Mateo, para el tema II; y “La función notarial en la contratación y economía de mercado”, de Enrique Brancós Núñez, para el tema III.

Estas ponencias se publicarán en próximos números de la *Revista Jurídica del Notariado*.

Recogemos el texto íntegro de las CONCLUSIONES de la Jornada, por su interés y por la repercusión que en algunos aspectos pueden tener de cara al ejercicio de la función notarial.

Dentro de esta Comisión se expusieron los veintiún aportes recibidos, lo que fue realizado por medio de los autores, o mediante informe de la coordinación ante la ausencia de los ponentes.

Se considera que la función notarial, es nítidamente preventiva de litigio. Su intervención tiene lugar con anterioridad al conflicto, ya que mediante la adecuada instrumentación de los actos jurídicos y contratos, evita a las partes que se generen posteriores discrepancias. Por ende la intervención notarial brinda el ahorro —en disgustos y costos— de la instancia judicial. Se considera que el coste de la intervención notarial es muy inferior a los costos sociales y económicos que se generan cuando se prescinde de su intervención. Por ello, la actuación notarial da certeza a las reclamaciones judiciales.

Sin perjuicio de ello se considera que es imprescindible realizar estudios técnicos para obtener información y estadísticas que con fundamentos científicos, demuestren la precedente aserción.

Se encomienda a la Unión Internacional del Notariado Latino la realización de un *estudio de alto nivel técnico y científico* que determine con la mayor precisión posible el costo primario y secundario para los requirentes y la sociedad en su conjunto del sistema notarial latino y del anglosajón. Deberá evaluar las ventajas comparativas de cada uno de ellos, la calidad y seguridad del documento que elaboran, su aceptación nacional y su eficacia internacional y el grado de litigiosidad que generan.

Entre las actividades funcionales del notario, se encuentra la de encuadrar los hechos a las normas jurídicas. Esta actividad es la que se da en llamar como de *calificación*. El notario determina la relación de derecho que corresponde a los hechos que se le presentan. Recepciona, interpreta, investiga y da forma legal a la voluntad de las partes. Así el notario es creador del derecho. Los documentos autorizados generan presunción de legalidad. La intervención notarial beneficia a los otorgantes —y la comunidad— al controlar la licitud del negocio instrumentado.

El *asesoramiento* notarial, constituye una de sus principales funciones. Permite que las partes otorgantes expresen adecuadamente su voluntad, mediante un correcto encuadre jurídico del negocio. El notario brinda asesoramiento en la llamada audiencia notarial que le permite a las partes comprender sus consecuencias jurídicas. Es por tanto función notarial instruir a los otorgantes sobre sus alcances, lo que genera paz y seguridad en las transacciones y por consecuencia en la comunidad.

El documento notarial es *auténtico* por sí mismo y lleva implícito su *valor probatorio*.

Bajo ciertas condiciones puede servir como *título ejecutivo*. Esta cualidad permite evitar gastos en procesos judiciales más extensos y onerosos. Se propone incorporar a las legislaciones, el carácter de título ejecutivo del documento notarial.

El *protocolo notarial* garantiza la conservación y seguridad de los hechos y actos jurídicos instrumentados.

La escritura notarial debe contener caracteres propios de *redacción*, tales como la imparcialidad; la correcta adecuación del negocio jurídico; lenguaje preciso y estilo adecuado.

El sentido actual de *la fe de conocimiento e individualización* presenta dos orientaciones. Algunos autores y legislaciones entienden que el notario asume la actividad y la responsabilidad de “conocer” a los comparecientes –responsabilizándolo por las consecuencias de la sustitución de personas aun ante su diligente actuación–, mientras que la mayoría sostiene que es suficiente que el escribano compruebe la identidad de los comparecientes mediante la exhibición de los documentos idóneos.

El notariado se encuentra abocado a adecuarse a los avances de la *ciencia* y la *tecnología*. El advenimiento del *documento electrónico*, como de la firma digital le permite ejercer la faz autenticadora de su función. En consecuencia se propone la creación e implementación de un programa de software de certificación de firmas electrónicas y digitales con intervención notarial. También se considera que la función fedante del notario posibilita ser autoridad de registro para la certificación de la solicitud de la clave pública del firmante.

Se considera que por su capacitación jurídica y por su formación alitigiosa, el notario puede cumplir adecuadamente la función de *mediador*. En general, en la mayoría de los casos, los Poderes Judiciales se han mostrado ineficientes y desbordados por el exceso de demandas judiciales. Además los jueces deben resolver dentro del marco del sistema legal de formas rígidas; en cambio el mediador puede incorporar otros métodos para brindar una justa solución al conflicto. El notario, también puede actuar en una primera instancia, como *conciliador*.

Se considera que la intervención notarial en los procesos no contenciosos alivia la sobrecarga judicial, ejemplos de ellos son los casos de divorcio, adopción de mayores, sucesiones, prescripciones adquisitivas, entre otros. En ese sentido se analizaron la actual legislación española, peruana, mexicana, entre otras.

No fue ajeno al trabajo de comisión la necesidad de la adecuación permanente de las legislaciones en todos los países del área para consolidar los principios rectores del Notariado Latino.

TEMA II: “La seguridad jurídica notarial frente a la titulación administrativa”

El grupo de trabajo propone a esta IX Jornada Notarial Iberoamericana, las siguientes conclusiones:

1. El documento público administrativo es el instrumento formal propio de la actividad unilateral de la Administración. Sin embargo, carece de los presupuestos materiales (asesoramiento, imparcialidad, control de legalidad de fondo) y formales (tipificación, protocolo) requeridos para producir, fuera de aquel ámbito, los efectos propios del documento notarial. Su aplicación a la sustitución del instrumento público, no encaja en el sistema institucional de seguridad jurídica preventiva.
2. Resulta especialmente inadecuado para el acceso de tales actos al Registro de la Propiedad, pues a las menores garantías de esta forma documental, se une un menor rigor en la calificación registral, como consecuencia de una distinción entre los documentos notariales y los documentos administrativos, pensada sobre el modelo de los actos unilaterales de la Administración. Además no existe la necesaria coordinación normativa entre los requisitos formales del documento administrativo –apenas tipificados legalmente– y las exigencias de la publicidad registral.

La ausencia de reglas fijas y generales en materia de competencia de los órganos administrativos, y de una suficiente tipificación formal del documento administrativo, hacen de éste un vehículo poco apropiado para la circulación documental, especialmente la internacional, en las condiciones de rapidez y seguridad que el tráfico requiere.

3. El notario, a través de sus funciones de asesoramiento y control de la legalidad, asegura la realización de las normas jurídicas y contribuye al cumplimiento de los fines de la acción administrativa, al proporcionar a los particulares conocimiento de las normas de un ordenamiento cada vez más complejo y saturado, al orientar su actividad negocial en el sentido que la Administración pretenda estimular con sus medidas de fomento y al evitar actos contrarios a las normas imperativas. Al hacerlo sin dependencia jerárquica de la Administración, mediante un vínculo profesional basado en la confianza, actúa con mayor eficacia social y menor coste que el Estado a través de sus funcionarios.
4. La especial eficacia del instrumento público se basa en las garantías derivadas de las tareas de asesoramiento imparcial, control de legalidad, creación del documento y autenticación encomendadas al notario, así como en los requisitos exigidos a éste en orden a la forma, conservación y reproducción del documento.

La función notarial satisface las exigencias de la seguridad jurídica en las masificadas sociedades urbanas de hoy, en cuanto que, en la contratación en masa, a través de la información equilibradora a la parte débil y del control de legalidad respecto de las cláusulas abusivas, asegura la existencia misma del consentimiento contractual y en cuanto que el asesoramiento imparcial e institucionalizado del notario completa y equilibra eficazmente los asesoramientos privados de parte.

A tal es vital para el notariado preservar por todos los medios a su alcance, individuales y colectivos, el alto nivel de conocimiento jurídico y de imparcialidad que han constituido, desde sus inicios, las señas de identidad de la profesión.

La reducción de la función redactora en los contratos de adhesión puede ser suplida a través de la acción corporativa e institucional del notariado, capaz de proyectarse donde hoy, por la complejidad de las estructuras socio-económicas, no pueda ya llegar el notario individual.

TEMA III: “Función notarial en la contratación y economía de mercado”

1. Ante la globalización de la economía de mercado, los extraordinarios avances tecnológicos de las comunicaciones y el incremento internacional de los movimientos migratorios de población humana, el Notariado Latino es consciente de su deber de ofrecer a la sociedad a la que sirve respuestas claras a los problemas que afectan a la función notarial, que el siglo XX deja planteados y que se decidirán durante los primeros años del que va a comenzar, participando para ello activamente en su solución con su espíritu tradicionalmente abierto al progreso y manteniendo vigente en el siglo XXI el principio *lex est quodcumque notamus*.
2. En el mercado regido por la ley de la oferta y la demanda, los operadores económicos asumen el riesgo económico como inherente a la ganancia esperada, pero no desean asumir el riesgo jurídico derivado de la ineficacia sobrevenida de sus pactos o contratos, esto es, la falta de seguridad jurídica, entendida tal seguridad como la certeza de que lo pactado tendrá su debido cumplimiento. Para lograrla el Notario Latino es –y debe seguir siendo– la respuesta a dicha inquietud como eje del sistema, complementado por Registros que protejan al adquirente de buena fe. En definitiva, manteniendo y perfeccionando el sistema de seguridad jurídica preventiva demostradamente más eficaz y económico que el sistema del seguro de título.
3. En virtud de la función desarrollada por el Notario Latino de comprobación de la identidad y capacidad de las partes, asesoramiento imparcial e independiente, control de la legalidad y redacción del documento

y su guarda, los ordenamientos jurídicos de tradición romano germánica dotan al documento, fruto de dicha rigurosa actividad, de la cualidad de dar fe del acto o negocio que constituye su contenido y de su fecha, y con ello de la consideración de título de legitimación extrajudicial, de título ejecutivo y de prueba plena en el proceso.

Se consigue así agilidad del tráfico económico y ahorro de costes a la sociedad al actuar como sistema preventivo de litigios que, con la intervención del Notario Latino, disminuyen de forma extraordinaria.

Cumple además el Notario con la trascendental función de lograr, mediante su asesoramiento, un consentimiento informado de los consumidores para que puedan contratar en situación de igualdad con los grandes operadores económicos, evitando además el error y el dolo.

4. La internacionalización de los negocios postula la unificación de las normas que deben regir el comercio, para que la nueva *lex mercatoria* –basada en el principio de autonomía de la voluntad y creada por los operadores económicos en su beneficio– no perjudique a consumidores y usuarios y a las sociedades nacionales representadas por los Estados, en ausencia de convenios internacionales de derecho material. De ahí la importancia creciente que adquieren las normas de defensa de los consumidores y usuarios contra tal *lex* y del Notario Latino como medio de control del cumplimiento de la legalidad.
5. La globalización del comercio, como la intensidad de los movimientos migratorios hace necesario, cada vez más:
 - a) Que el Notario, cuando en el negocio que documente intervengan elementos extranjeros, deba aconsejar a las partes la conveniencia de incluir cláusulas sobre el derecho aplicable y la jurisdicción competente como medio de asegurar la ejecución pacífica de dichos contratos. Deberá asimismo respetar las normas de aplicación inmediata de los Estados involucrados.
 - b) La necesidad de aplicar reiteradamente el derecho extranjero, por lo que se propone solicitar de los legisladores nacionales que reconozcan como atribución de los Notarios la facultad, inherente a su función, de certificación de la existencia, vigencia, contenido y modo en que se aplican sus leyes nacionales como medio de acreditarlas. Ello sin perjuicio de los demás mecanismos que existen en virtud de convenios internacionales que operan exclusivamente en el ámbito judicial o administrativo.
 - c) Que la vía notarial sea utilizada como forma más ágil y eficiente en materia de notificaciones y requerimientos internacionales.
 - d) Que se potencie la existencia de un Registro Internacional de Actos de Última Voluntad.

- e) Que dadas las falsificaciones documentales que se están produciendo, incluso de la propia apostilla del Convenio de La Haya, recomendar se utilicen cuantos medios sean necesarios (papel especial, sellos indispensables) y especialmente la vía de los Colegios Notariales, u organismos públicos de que dependa el Notario cuando no existen, para comprobar, previamente a la utilización de los documentos que han de surtir efectos en país extranjero, que el Notario autorizante estaba en ejercicio y de la existencia y regularidad del documento.
 - f) Que en los documentos relativos a la constitución de personas jurídicas u otorgados por sus representantes figure, amparado por la fe pública en la copia que se ha de utilizar en el extranjero, que dicha entidad está constituida con arreglo a la ley de dicho país e inscrita, en su caso, en el Registro correspondiente y goza de plena personalidad jurídica.
 - g) Evitar con la intervención del Notario el blanqueo o lavado de dinero procedente de la criminalidad organizada, colaborando con las autoridades competentes, en virtud de hechos objetivos determinados por la norma y no basados en la simple sospecha de aquél.
6. Dado el carácter de función pública delegada por el Estado de la función notarial, debe ser el documento público –que reúna los requisitos de: estar autorizado por Notario Latino o funcionario público, hacer prueba plena, y ser título ejecutivo y legitimador– el llamado a circular internacionalmente, y no los notarios en aplicación de los principios de libertad de establecimiento o prestación de servicios.
7. Con pleno respeto a la Declaración de la Asamblea de Notarios Miembros de la UINL dada en Buenos Aires el 2 de Octubre de 1998 sobre el Notariado y el comercio electrónico, se considera:
- a) Que el Notario no puede permanecer ajeno a los adelantos tecnológicos que puedan y deban ser aplicados en su actividad en la medida en que mejoren la prestación de la función e incrementen la seguridad jurídica.
 - b) Que el soporte informático, en sustitución del soporte papel pueda ser utilizado en la prestación de la función notarial, siempre que los avances en la seguridad de su conservación y de la firma electrónica eliminen los actuales riesgos y que el contenido del documento, tras la intervención del Notario, sea asumido por las partes mediante su firma electrónica y autorizado por el Notario con la suya.
 - c) Las claves públicas y privadas del notario no pueden estar sujetas a límites temporales de caducidad. La caducidad de las claves de los otorgantes no deberá impedir la obtención de reproducciones del documento.

- d) Debe regularse el documento público electrónico y su conservación (protocolo electrónico) y el sistema de traslado de su contenido a las partes o personas con derecho a conocerlo, sin que pueda accederse al mismo a través de la red sin intervención notarial.
- e) Los sistemas de comunicación telemática deben servir para estrechar la colaboración entre los notarios de los países de tradición romano-germánica a fin de incrementar la seguridad jurídica en el tráfico internacional.
- f) Los avances informáticos deben servir para facilitar las relaciones entre las Notarías y los Registros.
- g) El documento público electrónico autorizado por Notario ha de poder gozar de los mismos efectos legitimadores, ejecutivos y probatorios que el extendido sobre soporte papel.