

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

OCTUBRE - DICIEMBRE 2002



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 44, octubre-diciembre 2002

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. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. 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
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ESTUDIOS DOCTRINALES	
ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel: “El sello notarial”.....	9
CERVILLA GARZÓN, María Dolores: “El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho”.....	127
LUCAS ESTEVE, Adolfo: “Presupuestos para constituir derecho de retención en Cataluña”.....	165
MUÑIZ ESPADA, Esther: “El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario”.....	187
ZURITA MARTÍN, Isabel: “Reflexiones en torno a la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura”.....	217
INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL	
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Modificaciones del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (exenciones, rendimientos del trabajo y del capital mobiliario, deducciones, autoliquidación y retenciones) (RD 594/2002, de 28 de junio)”.....	253
JURISPRUDENCIA	
<i>Dirección General de los Registros y del Notariado</i>	
GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. (Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002)”.....	269

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

CORRAL DUEÑAS, Francisco: “La finca y sus modificaciones (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002. Por José Cerdá Gimeno.....	283
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “Comercio y firma electrónicos (análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información)”. Editorial Lex Nova, 2001. Por Fernando Gomá Lanzón.....	287
RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.: “Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia”. Ed. Netbiblo. A Coruña, 2001. Por Fernando Peña López.....	291

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

“La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos”.....	299
---	-----

EL SELLO NOTARIAL (*)

MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ

Notario

SUMARIO: **I.** EL SELLO COMO FORMA MÍSTICA DEL DERECHO. **II.** EL SELLO COMO RECURSO AUTENTICADOR. **III.** EL SELLO COMO MEDIO DE LA AUTENTICACIÓN NOTARIAL. **IV.** EL SELLO EN EL INSTRUMENTO NOTARIAL. **V.** EL SELLO EN EL NOTARIADO ESPAÑOL. **A.** Antecedentes históricos. **B.** Régimen vigente. **a.** *Concepto.* **b.** *Elementos materiales o gráficos del sello.* **a')** *Libro.* **b')** *El lema Nihil prius fide.* **c')** *Identificación del notario.* **c.** *Componentes no mencionados por el Reglamento.* **a')** *Esenciales no mencionados.* **a'')** *Forma.* **b'')** *Dimensiones.* **c'')** *Color.* **b')** *Componentes no esenciales.* **a'')** *Las ramas de olivo.* **b'')** *Las estrellas.* **c'')** *La gráfila.* **d'')** *Complementos externos.* **d.** *La existencia del sello notarial.* **1.** *Creación y homologación del sello. Unidad o pluralidad.* **2.** *Sustitución del sello.* **3.** *Casación o inutilización del sello.* **e.** *La utilización del sello notarial.*

(*) Una versión de dos de los capítulos de este estudio han sido previamente publicados en sendos libros-homenaje. Uno, dedicado a D. Enrique Toral y Peñaranda, aparecido bajo el título "Antecedentes históricos del sello en el notariado español" (*Boletín del Instituto de Estudios Giennenses*, n.º CLXII, Jaén, octubre-diciembre 1996, pp. 1245 a 1271). Y otro, que lo fue a D. Antonio Hernández Gil (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, vol. II, pp. 1097 a 1123), presentado bajo el título de "El lenguaje místico del Derecho y el sello autenticador".

1. *Carácter institucional o personal del sello.*
2. *Agente.*
3. *Tiempo.*
4. *Lugar de aposición.*
5. *Mención documental*
6. *Ámbito de aplicación.*
- f. *Eficacia.*

I. El sello como forma mística del Derecho

Desde un punto de vista general es el sello simplemente un signo, lo que se aviene justamente con su raíz etimológica, pues nuestro vocablo sello deriva del término latino *sigillum*, y éste es un mero diminutivo de *signum*. De ahí que en los textos clásicos y medievales *signum*, *signaculum* y *sigillum*, aparezcan como sinónimos (1), que fuera definido como *señal* por las Partidas (III.20.1), así como que, al explicar su texto GREGORIO LÓPEZ, dijera que el sello es un signo que debe tener ciertos caracteres o letras legibles cual cifra o quimera, con lo que seguía la caracterización de BALDO (2). Y puesto que, conforme a la definición clásica, en el signo *aliquid stat pro aliquo* (3), constituye el sello, en lo que tiene de signo, un medio de comunicación, un vehículo de ideas o voliciones y su estudio pertenece primariamente a la “ciencia que estudia la vida de los signos en el seno de la vida social” (4), es decir, a la semiología (del grie-

(1) Juan CALVINO dice que *signa, sigilla et signacula idem valent*, y cita en apoyo de ello textos del Digesto, *vid. Lexicon Juridicum*. Geneve, 1612, p. 2517. También DE CANGE dice que *veteres appellabant sigillum, quo signabantur testamenta aliave acta: unde Signatores Senecae lib.2. de Benefic. dicti, qui ad syngraphas firmandas vel ipsa testamenta advocantur, eaque sigillis suis firmabant*; cita asimismo la *Collatio Carthagin (ubi signum et sigillum idem est)*, por lo cual considera acertada la traducción por Teófilo en el Corpus Iuris de Justiniano del término griego *sfragizein* con la expresión *signare testamentum*. *Vid. Glossarium Mediae et infimae latinitatis*, Tomus sextus. Parisiis, excudebat Firmin Didot Fratres, 1846, p. 251, voz “signum”.

Entre los autores clásicos latinos podemos citar a PROPERCIO, que para referirse a “sello” y “sellar” usó los términos *signum* y *signare*. (Así, en *Elegias*, III.20.17-8, escribe *Haec Amor ipse suo constringit pignera signo*, es decir, “el mismo Amor garantiza estos pactos con su sello”; y en III.23.4 *qui (tabellae) non signatas iussit habere fidem*, es decir, “que aunque no selladas (las tablas) las dotaba (su uso habitual) de fe”). Y también CICERÓN refiriéndose a sellos habló de *signum cognoscere*. *Vid. REDLICH, Oswald, Urkundenlehre. Die Privaturkunden des Mittelalters*, München und Berlin, 1911, p. 104.

(2) *Vid. el comentario de Gregorio LÓPEZ a las Partidas (III.20), Sigillum est signum aliquius in metallo, vel petra sculptum... Et debet habere certos characteres, vel literas legibiles... et dicit Baldus... quod sigillum est ut cifra vel chimera. Vid. Partida Tercera*, edición de Salamanca, Andreas de Portonariis, 1555, p. 127.

(3) *Vid. SEBEEK, Thomas A., A sign is just a sign*, Indiana University Press, 1991, p. 23.

(4) SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, 1945, p. 60.

go *semeion* = signo), formando parte, así pues, de las disciplinas que operan en el campo de la forma, concebida como elemento exterior, sensible o plástico de los fenómenos psicológicos, intelectivos y volitivos. Y en la medida en que estas formas inciden en el hombre y le estimulan, no de una manera puramente racional, sino mediante percepción directa, inmediata e intuitiva, y vienen a estar dotadas de una especie de cualificación sensitiva que actúa en el perceptor por su valor evidencial basado en lo inefable, se puede decir que son fuente de conocimientos, experiencias o vivencias místicas. Se da, pues, a la expresión “forma mística” el significado, vinculado al que tuvo en la cultura griega, concedido por los filósofos William James, W. E. Hocking y Henri Bergson, en la medida en que se considera al misticismo como vía gnoseológica opuesta al pensar discursivo y apoyada en el *pathos* y en la pura vivencia (5).

Pero, ¿en qué medida estas formas místicas pueden servir de vehículo para el Derecho? Si en el Derecho, entendido no sólo positivamente, o sea, como conjunto de normas positivas de carácter coactivo, sino también como realidad humana, económico-social integrada por instituciones y convenciones, si en el Derecho así entendido, decimos, debe reconocerse como fondo último un conjunto de conceptos intelectivos y de actos de la voluntad humana, el medio de exteriorización de la voluntad del legislador, del juez o de los sujetos de derecho, es decir, la envoltura o armadura plástica de los fenómenos psíquicos, o sea, su forma (6), ha de considerarse como elemento esencial de la realidad jurídica. El Derecho efectivamente es un fenómeno no individual sino social, y ya desde ARISTÓTELES, se ha subrayado como nota definitoria fundamental del Derecho y de la Justicia, la alteridad, es decir, la necesidad de que haga referencia a otros sujetos, o sea, que se refiera a la comunidad, *ad aliquem*

(5) Puede verse a este respecto, LEUBA, James H., *The Psychology of Religious Mysticism*, London, 1929, pp. 53 y 307 a 315, principalmente. Y ALBRECHT, Carl, *Das mystische Erkennen. Gnoseologie und philosophische Relevanz der mystischen Relation*, Mainz, 1982, pp. 51 a 55.

(6) Vid. GENY, François, *Science et Technique en droit privé positif, III, Elaboration technique du droit positif*, Paris, 1921, donde contempla la forma como “un procedimiento técnico, indispensable en alguna medida, a toda jurisprudencia” (p. 97), el cual consiste en “encerrar los fenómenos de la vida social –que el derecho pretende reconocer a fin de garantizar autoritativamente los efectos– en cuadros, casi materiales o sensibles, y al menos plásticos, que parecen necesarios para especificarlos y asegurarles la fuerza de la sanción positiva” (p. 94). “La noción de forma implica, en primer término, la existencia de un elemento exterior y sensible, destinado a envolver las circunstancias inmateriales de su naturaleza, tales como los actos de voluntad o los hechos de la vida social, de donde provienen las situaciones jurídicas, que traducen los derechos subjetivos. Este elemento, exterior y sensible, aunque pueda estar en relación, como símbolo o imagen representativa, con los acontecimientos que él reviste, ofrece, por la precisión de su estructura, algo de artificial, que hace de él un elemento técnico” (p. 98).

vel aliquos (7), lo que exige que sea perceptible, que se haga *in aliquo signo manifestante*, lo que equivale a decir que se formule en proposiciones externas y sensibles. Por ello, lo jurídico no puede considerarse existente mientras solamente esté *in mente legislatoris*, o, dicho de otra forma, mientras sea una simple “virtud monástica” (8), ya que, como señaló DOMINGO DE SOTO, *qui regula utitur eam intueri necesse habet* (9). Por otro lado, es indispensable que la regla a seguir sea o pueda ser conocida de todos, por lo cual, según escribe GEORGES RIPERT, se puede considerar que la publicación de la ley es una consecuencia del carácter general de la regla y, por consecuencia, una exigencia técnica de ella (10). Y tan consustancial con la ley es la promulgación escrita, que tradicionalmente se ha venido explicando la etimología del término *ley* (*lex*) mediante el verbo *leer* (*legere*). Efectivamente, esta etimología de que, por cierto, se hicieron eco las Partidas (“Ley tanto quiere decir como leyenda”, I.1.4), fue formulada con toda claridad por San Isidoro de Sevilla (... *de qua dixerat a legendo esse dictum quia debet esse scripta, ut ab omnibus legi possit*. Etimologías, V, n.º 3), simplificando la explicación dada por VARRON y luego por CICERÓN, para los cuales, si es cierta la conexión entre *lex* y *legere*, sólo en su acepción popular o vulgar se puede atribuir al término *legere* la significación de leer, ya que VARRON al escribir que *etiam leges, quae lectae et ad populum latae quas observet*, parte del significado de *legere* como captar, percibir, aprehender (*legere dictum, quod leguntur ab oculis litterae*), que se aplicaba a la recolección de olivas o de uvas (*Item a legendo leguli, qui oleam aut qui uvas legunt*) (11), y en general, frutos, según ilustra la rúbrica del Digesto (D.43,28,1) al hablar de *De glande legenda* (12). Y en cuanto a CICERÓN, puesto que

(7) SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore in decem libros distributus*, Liber I, caput VI, 1, p. 31 de la edición de Coimbra, apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612, reproducción facsímil del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. Respecto a ARISTÓTELES, véase *Ética Nicomachea*, Libro V, capít. 1: “La justicia... es una virtud completa, no en sí, sino por relación a otro... el que la posee puede manifestar su virtud igualmente respecto de otros, y no sólo en relación consigo mismo... Esta misma razón hace que entre todas las virtudes tan sólo la justicia parezca ser un bien no personal, ya que interesa a los demás”, p. 1225 de la edición de Aguilar, Madrid, 1973, traducción de Francisco de P. Samaranch.

(8) MOLINA, Luis de, *De Iustitia et Jure*, I, I, n.º 5.

(9) *De Iustitia et Jure*, I, edición y versión de Jaime TORRUBIANO RIPOLL, Madrid, 1922, p. 14. Seguidamente dice que según el Código las leyes *intelligi ab hominibus debent*.

(10) *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, p. 313.

(11) VARRON, Marcus Terentius, *De lingua latina*, VI, 66, p. 232 de la edición de Roland G. KENT, Harvard University Press, London, 1977, tomo I. Este significado de *legere* en cuanto aprehender, se encuentra también en VIRGILIO (Eneida 6.34), según ERNOUT, A., y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, París, 1959, p. 349.

(12) *Ait Praetor: Glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto. Glandis nomine omnes fructus continentur*.

admite la existencia de una ley suprema “cuyo origen es anterior al de cualquier otra ley escrita”, atribuye al verbo *legere* la significación de “seleccionar”, y solamente conforme al uso popular (*populariter*) admite que ley signifique texto escrito (13). De ahí también que, como escribió R. VON IHERING, la fuerza de las leyes “descansaba, no sobre la escritura, sino sobre la proposición o lectura y la aceptación orales” (14). Así pues, sólo hablando vulgarmente se puede reducir el Derecho a texto escrito, ya que lo único esencial en él es que la norma (o en su caso la declaración de voluntad) se manifieste, se exteriorice o se corporalice (15) mediante algún fenómeno o hecho sensible, que puede reducirse a las simples acciones (*rebus ipsis et factis*) a través de las cuales se ponga de manifiesto la voluntad popular, según un texto de JULIANO inserto en el Digesto (16), o se precipite en formulaciones orales o gráficas (*eggrafoi* o *agrafoi*), conforme a la distinción griega recogida en las Instituciones de JUSTINIANO (17), y estas a su vez pueden consistir en signos alfabéticos, o escritura propiamente dicha, o en signos gráficos de otro tipo, puesto que como escribe HEGEL, para que el Derecho creado por la conciencia a través del pensamiento se convierta en realidad objetiva, es decir, para que llegue a ser Derecho positivo, precisa solamente que obtenga una última determinación, el que alcance la dimensión existencial que le viene dada *por ser puesto* (*gesetz = puesto = ley*), y que, por tanto, pueda ser

(13) ... *sed quoniam in populari ratione omnis nostra versatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit et appellare eam legem quae scripta sancit, quod vult aut iubendo aut prohibendo, ut vulgus appellat. De Legibus*, I,6,19, pp. 317-8 del tomo XVI de la edición de la Harvard University Press, London, 1970.

(14) *Abreviatura de El Espíritu del Derecho romano*, por Fernando VELA, Revista de Occidente, segunda edición, Madrid, 1962, p. 322.

(15) Según PUCHTA (*Das Gewohnheitsrecht*), en el Derecho consuetudinario, la práctica (*Herkommen*), el *usus*, la *consuetudo*, no constituyen la fuente del Derecho consuetudinario, sino solamente su forma externa, en que toma cuerpo (“*sich verkörpert*”). Vid. VECCHIO, Jorge del, *El Concepto del Derecho*, Madrid, 1914, p. 78. En el mismo sentido, BOBBIO ha demostrado la naturaleza de la costumbre en cuanto hecho normativo, es decir, un hecho que tiene una normatividad propia. Vid. GORETTI, Cesare, *La normativitat giuridica*, Padova, 1950, pp. 127-8. Por otro lado, si bien no es admisible la reducción que hace del lenguaje a la expresión en palabras, sí es correcto el juicio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA conforme al cual “el Derecho es esencialmente lenguaje. La ley es un precepto que no surge de la propia exigencia interna, con su componente intuitivo o informulado, sino de una autoridad externa que ha de expresarse en palabras, y en palabras precisas, su mandato, el cual, si además pretende ser general, ha de resultar comprensible en iguales términos por todos”. “El Derecho, la palabra y el libro”, en el volumen *La cultura del libro*, coordinado por Fernando Lázaro Carreter, Biblioteca del Libro, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, Madrid, 1983, p. 215.

(16) Digesto I.3.32: *leges... sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio, populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis.*

(17) *Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos; ton nómon oi men éggrafoi, oi de agrafoi* (I.2.3).

conocido (18). Sin embargo, los signos alfabéticos no constituyen el único recurso para que el Derecho se estime haber *quedado puesto*, por cuanto la escritura no es el único medio para que el Derecho pueda ser apprehendido por el intelecto o la intuición (o sea, tenga lugar el *intuiri* o el *intellegi*, precisos según DOMINGO DE SOTO). Sin perjuicio de reconocer que la “objetivación escrita (del Derecho) representa en general un amplio e importante avance en el proceso de exteriorización o emancipación relativa de las formaciones del espíritu” (19), negar la posibilidad del Derecho no determinado mediante los caracteres de la escritura equivaldría a negar la existencia del Derecho con anterioridad a la invención de tal arte, lo que naturalmente es inadmisibile, pues, como irrefutablemente señalara THOMAS HOBBS, la edad del Derecho es idéntica a la de la humanidad, y lo único que se puede exigir para que sea tal Derecho es la posibilidad de percepción de la voluntad del legislador mediante cualquier tipo de signo (20). Sin duda por eso, junto a la *lex scripta* se ha mencionado desde antiguo (Aulo Gelio) el *jus tacito et illiterato*, entendiendo por tal aquel Derecho expresado por el consenso y los usos de los hombres (21).

Y lo mismo que en lo referente a la voluntad del legislador puede decirse, hablando en general, de la voluntad dirigida a la perfección de negocios jurídicos, o a la del juez o del titular del poder político-admi-

(18) “Was *an sich* Recht ist, ist in seinem Objektiven Dasein gesetz, d.i.durch Gedanken für das Bewusstsein bestimmt und als das, was Recht ist und gilt, *bekannt*, das *Gesetz*; und das Recht ist durch diese Bestimmung *positives* Recht überhaupt”, par. 211, p. 361, “... das Gesetz-sein die Seite des Daseins ausmacht”, par. 212, p. 364. HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1976.

(19) HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 289.

(20) “Again the *civil law*, according to its twofold manner of publishing, is of two sorts, *written* and *unwritten*. By *written*, I understand that which wants a voice, or some other sign of the will of the legislator, that it may become a law. For all kind of laws are of the same age with mankind, both in nature and time; and therefore of more antiquity than the invention of letters, and the art of writing. Wherefore not a *writing*, but a *voice* is necessary for a *written law*; this alone is requisite to the *being*, that to the *remembrance* of the law”. “For we read, that before letters were found out for the help of memory, that *laws*, contracted into meter, were wont to be sung”. HOBBS, Thomas, “Philosophical rudiments concerning government and society”, en *The english works of Thomas Hobbes*, London, 1841, second reprint 1966, Scientia Verlag Aalen. Asimismo, en el *Leviathan* (II, 26, p. 259 del tomo III de la edición citada), escribe lo siguiente: “The law of nature excepted, it belongeth to the essence of all other law, to be made known, to every man that shall be obliged to obey them, either word, or writing or some other act, known to proceed from the sovereign authority”.

(21) *Hominum consensu et moribus expressum*. Vid. BLACKSTONE, W., *Commentaires sur les lois anglaises*, ... traduits... par N. M. Chompré. Paris, 1822, tomo I, p. 97, donde asimismo se refiere a los textos de Julio César, según los cuales los druidas, tanto bretones como galos, confiaban a su memoria todas sus leyes (De Bell. Gall. l.6.c.13) y de Spelm. (Glos. 36,2) acerca de cómo los sajones *leges sola memoria et usu retinebant*.

nistrativo. En cuanto a la voluntad negocial, se considera como manifestación expresa no sólo a la realizada por medio del lenguaje alfabético, sino a la comunicada por signos corporales o señales de cualquier naturaleza dotadas, en el ámbito social correspondiente, de un significado determinado, o bien a las que se atribuya tal significación mediante un pacto previo. E incluso cabe considerar como manifestación de voluntad expresa, como escribe EMILIO BETTI, “un determinado modo de comportarse... en cuanto manifiesta, según la experiencia común, una cierta toma de posición respecto a algunos intereses que afectan a la esfera jurídica ajena” (22). Por señas (*nutu*) o por hechos o actos (*re, actu*) ya admitían, efectivamente, los jurisconsultos romanos la posibilidad de celebrar negocios jurídicos (23), aparte de las que se consideran tácitas manifestaciones de voluntad implícitas en hechos concluyentes (*ex quibus voluntas concludi potest*). Así está admitido pacíficamente en la doctrina (24) e incluso ANDREAS VON THUR indica que, en ocasiones, los medios de manifestación de voluntad no lingüísticos superan en precisión y sencillez a la palabra, como ocurre en los casos de descripción de figuras, o a la determinación de una mercadería (25).

Y en cuanto a las decisiones judiciales o administrativas, pueden señalarse como formas no lingüísticas de manifestación los gestos rituales,

(22) *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

(23) Respecto a señas (*nutu*) pueden citarse los textos del Digesto relativos a la contracción en general de obligaciones a que se refiere el D.44.7.52-10 (*Sed et nutu solo pleraque consistunt*), y a la disposición de un fideicomiso por quien momentáneamente se encontrara privado del habla en D.32.21 (*Nutu etiam reliquitur fideicommissum*). Al simple hecho (*re*), se refiere el texto de D.29.2.95 relativo a la repudiación de la herencia (*Recusari haereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis*), texto traducido en las Partidas (6.6.18) así: “Renunciar puede el heredero la heredad en dos maneras, por palabras, o por fecho”. Y en cuanto al acto, se menciona a propósito de la ratificación del mandato D.46.8.5 (*Non tantum verbis ratum habere posse, sed etiam actu*). IHERING menciona entre las acciones reveladoras de una voluntad jurídica, la de lanzar una piedra, significativa de la oposición a una edificación nueva; la entrega de las llaves por el marido a la mujer, que “significa la entrega del gobierno doméstico, y la reclamación de las llaves su retirada, o sea, la disolución del matrimonio”; “tender la mano al enemigo es perdonarle”; la *manus injectio* en la ejecución personal; y la *manus consertio* en el procedimiento reivindicatorio; la vuelta sobre sí mismo del esclavo manumitido “indicando por el cambio de su posición exterior el cambio de su situación interna”. Ob. cit., pp. 298 y 313-314.

(24) Pueden verse los resúmenes de STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 204-5; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 337. Asimismo, en la p. 345 se refiere a manifestaciones de voluntad mediante simples hechos como la ocupación (art. 609 C.c. español), el abandono (art. 610 C.c. español), la destrucción del testamento ológrafo (art. 742 C.c. español) o la transformación de la cosa legada (art. 869 C.c. español).

(25) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, Erste Hälfte, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1914, p. 400, nota 7.

entre los cuales puede mencionarse la señal hecha con el pulgar vuelto hacia el suelo (*pollice verso*) con la que se negaba al gladiador vencido la gracia de la vida.

Resulta, pues, que, como escribe IHERING, “el derecho no tolera la carencia de forma” (26), ya que tanto su alteridad como su generalidad reclaman la necesidad de la exteriorización a través de una forma, en cuanto elemento sensible imprescindible para la concreción de las abstracciones jurídicas; y que en términos amplios quepa decir que la forma está constituida por un lenguaje (27), pero un lenguaje que no queda reducido al alfabético, oral o escrito determinante de una formulación lógico-gramatical, sino que admite una amplísima variedad de medios expresivos, pertinentes en cuanto sean la especificación material que haga posible la percepción sensorial de la voluntad y de los conceptos que constituyen la sustancia de las normas y de la realidad jurídica en general. Entre estos medios por los cuales se puede pasar del *iure condendo* al *ius conditum*, cabe incluir como procedimiento técnico definido al máximo por la racionalidad, y sin perjuicio de todas las posibles reservas sobre su conveniencia práctica (28), las formulaciones científicas o matemáticas integradas por signos cifrados que reemplazan palabras y frases. Pero cabe también incluir como procedimiento técnico definido básicamente por lo sensorial, intuitivo o plástico, aquel recurso en que lo jurídico se materializa para hacerse visible, en que, por tanto, las ideas quedan representadas por objetos corporales, que suministran una información de naturaleza ideográfica (29), es decir, en el que el signifi-

(26) *Vid. ob. cit.*, p. 287.

(27) “Todo derecho —escribe Juan-Ramón CAPELLA— en efecto, tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesta por el postulado de la alteridad... *Lenguaje* debe entenderse aquí en sentido amplio, sea oral o escrito, omitiéndose por el momento mayores precisiones”. *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1968, p. 28.

(28) Escribe Georges RIPERT que aunque los juristas no empleen los números sino para medir el tiempo o fijar un valor, “el espíritu científico de este siglo pretende poner en fórmulas cifradas las reglas jurídicas”, y cita seguidamente a DABIN para quien “nada es más artificial, más arbitrario ni más falso en el dominio de las ciencias sociales que el sistema de conceptos cifrados”. No obstante, sigue escribiendo RIPERT, “el prestigio del espíritu científico es tal que el legislador se imagina que el orden social puede ser mejor asegurado por el empleo de fórmulas mágicas. Todas las dificultades de aplicación desaparecerán, si se pudiera medir matemáticamente la extensión de los derechos y de las obligaciones”. *Les forces créatrices du droit*, *ob. cit.*, pp. 358-9.

(29) *Vid. GRIDEL, Jean-Pierre, Le signe et le droit*, Paris, 1979. “El mecanismo del signo consiste en representar una idea por un objeto corporal: en este sentido la técnica depende de la ideografía y sufre sus limitaciones. El fin a conseguir es en efecto hacer al signo apto para suscitar en otro una actividad psíquica bien definida. Será preciso pues que el objeto escogido sea por sí mismo expresivo, de forma que por su sola presencia pueda engendrar en los destinatarios la reacción mental pretendida”, pp. 286-7.

cante (30), o sea, la realidad perceptible sensorialmente, no sean las palabras (o al menos no sean esencialmente palabras) sino signos no lingüísticos en sus distintas especies o facetas (31): simbólicos (32), icóni-

(30) "Entendemos por signo el total resultante de la asociación de un significante con un significado". F. de SAUSSURE, ob. cit., p. 131. Estos dos componentes de la noción de signo se corresponden con las nociones de *signans* y *signatum* de la literatura medieval, y son denominados por otros, como Charles W. MORRIS, *sign vehicle* y *designatum*, respectivamente. Vid. WEINREICH, Uriel, loc. cit. p. 535. En la doctrina escolástica el signo como vehículo se denominaba *medium*, siendo los extremos la potencia cognoscitiva y el objeto a conocer. Así, el P. Luis de Losada definía en primer término los signos como todas las cosas utilizadas para significar algo (*res eas, quae ad significandum aliquid adhibentur, signa vocamus*). Pero seguidamente precisaba que, rectamente definido, signo equivale a aquel medio por virtud del cual algún objeto puede llegar a ser conocido por la potencia cognoscitiva (*Medium, vi cuius obiectum aliquod innotescere valet potentiae cognoscitivae*). Vid. *Institutiones dialecticae, vulgo summulae, ad primam partem philosophici cursus pertinentes*, Salmanticae, 1721, p. 3.

(31) Si bien algunos, como CASSIRER, contraponen el signo al símbolo, por el carácter exclusivamente humano de éste, la clasificación más comúnmente aceptada es la del fundador de la moderna semiología, Charles S. PEIRCE, conforme a la cual se distingue entre icono e índice, oponiendo ambos a símbolo, si bien considerando a todos como simples facetas del signo genéricamente hablando, y reconociendo que el predominio de una u otra faceta puede venir determinada para un mismo significante por el contexto. Así, respecto a las franjas y estrellas de la bandera de USA, se considera indudable su carácter icónico si se centra la atención en el número de estrellas (representativas de los cincuenta Estados) o de franjas (representativas de los trece Estados primitivos). Sin embargo, cuando la bandera sea utilizada como señalizadora en una carrera, o para revelar el país donde una embarcación esté matriculada, el aspecto indicial será predominante. Y si la bandera es izada o arriada solemnemente, por ejemplo en un funeral, el aspecto simbólico vendrá a ser el predominante. Vid. SEBEOK, T. A., ob. cit., pp. 24 y 133.

(32) En el símbolo la relación entre el significado y el significante se realiza intelectualmente ("on intellectual operations") según Thomas A. SEABOK, ob. cit., p. 131. Ferdinand de SAUSSURE consideró que "el símbolo tiene por carácter no ser nunca completamente arbitrario; no está vacío; hay un rudimento de vínculo natural entre el significante y el significado. El símbolo de la justicia, la balanza, no podría reemplazarse por otro objeto cualquiera, un carro, por ejemplo". *Curso de lingüística general*, ed. cit., p. 131. Esta "correspondencia analógica natural y no convencional entre la forma concreta y el objeto que ella simboliza", ha sido asimismo destacada por DELACROIX y BRUNSCHVIG ("el símbolo se opone al signo artificial en la medida en que posee un poder interno de representación; por ejemplo, la serpiente que se muerde la cola, símbolo de la eternidad"). Sin embargo, van BIEMA replica que el pez es el símbolo de Cristo en cuanto su nombre griego contiene las iniciales I.X.Th.S.; y LALANDE que un matemático habla de los símbolos +, -, etc. Vid. LALANDE, André, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie de la Société française de Philosophie*, Paris, 1932, tomo II, pp. 844-5. Según la postura más ampliamente aceptada la función del símbolo en cuanto signo es independiente de su propia naturaleza, carece de una relación real con el objeto, su contenido corporal se limita a representar la significación que le está atribuida en el proceso social de comunicación, y por ello son signos *sui generis* (signos verbales, de la matemática y de la lógica, y todas las especies de signos artísticos). En los textos jurídicos no es este, sin embargo, el sentido que se da al término símbolo. Así, IHERING escribe que "los signos y actos que representan sensiblemente un contenido intelectual, una idea, se llaman simbólicos", y se refiere como tales a los representativos del todo por la parte (*pars pro toto*), que entre los semiólogos constituyen la especie metonímica de los índices; la lanza como símbolo de la propiedad, y a su vez el bastón como símbolo de la lanza; los haces y el hacha de los lictores; la espada en manos

cos (33) o indiciales (34). Cabe, pues, hablar de formas místicas de manifestación del Derecho, cuando éste llega a sus destinatarios a través de percepciones místicas, según el sentido ya señalado, es decir, a través de impresiones intuitivas e inefables, entre las cuales tiene una especial relevancia la imagen. Si CHASSAN, MICHELET y IHERING destacaron la predilección con que los pueblos antiguos insertaron signos y objetos sensibles en la trama de su vida jurídica, en nuestros días otros, como JEAN-PIERRE GRIDEL, han señalado cómo después del predominio casi absoluto de la escritura, hoy, principalmente con el nacimiento y la proliferación de la señalización viaria, se puede advertir, conforme a la tesis de MAC LUHAN, una creciente relevancia de la imagen en el mundo del Derecho (35). Por ello, conviene tener en cuenta las palabras de F. GENY según las cuales el juriconsulto no debe jamás perder de vista que el lenguaje (alfabético) es verdaderamente impotente para transmitir las representaciones del espíritu (36), por lo cual no se deberán despreciar otros mecanismos de comunicación, como son los vinculados a la simple forma o a la configuración plástica, las imágenes sensibles cercanas al arte, y que, como éste, poseen junto a una fuerza consciente dirigida al entendimiento, otra inconsciente, comunicativa de una realidad insondable que según F. SCHELLING “las hace semejantes a las obras de la naturaleza” (37). La función expresiva, tanto de orden intelectual como intuitivo, de lo puramente material ha sido aprovechada siempre de forma más o menos consciente, y ha sido aplicada bien como sustitutiva del lenguaje alfabético, o bien, mucho más frecuentemente, como recurso auxiliar o complementario de

del *judex quaestionis*; el anillo; la silla y el banco; el arado; el yugo; la máscara; y las distintas partes del cuerpo, y especialmente la mano. *Vid. ob. cit.*, pp. 298 y 312 a 315.

(33) “Decimos que un signo es *icónico* cuando hay una similaridad geométrica entre el significante y sus denotados”, como se produce al utilizar palabras grandes para cosas grandes, cortas para las pequeñas. “En este sentido una pintura realista es un signo altamente icónico; en el lenguaje humano la iconicidad tiene un papel marginal”. WEINREICH, Uriel, “Semántica y semiótica”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid, 1976, p. 534. El icono es, pues, un signo en que el significante imita al significado, o bien en que las cualidades sensitivas del objeto se reproducen en el signo, y en todo caso, en virtud de sus cualidades sensitivas constituye en sí mismo un objeto.

(34) El índice es un signo que dirige la atención a un objeto sin describirlo, denota cosas sin describirlas, su virtualidad se basa, no en la semejanza como en el icono, sino en la contigüidad. *Vid. SEBEOK, T. A.*, *ob. cit.*, pp. 36 y 129. Según Uriel WEINREICH “cuando un significante está muy próximo a su denotado es contiguo a él, o es una muestra física del mismo”, estaremos en presencia de un índice, pudiendo ser la contigüidad “más sugestiva que literal como en el caso de una flecha indicadora que guía los ojos del observador hacia un objetivo”, *loc. cit.*, p. 536.

(35) *Ob. cit.*, p. 250.

(36) *Vid. ob. cit.*, p. 459.

(37) SCHELLING, Friedrich, *La relación del arte con la naturaleza*, SARPE, Madrid, 1985, pp. 68-9.

él, y lo ha sido sobre todo mediante la utilización de los signos en cuanto objetos que no sólo están dotados de un *numen* o poder íntimo (38) sino que son capaces de transmitirlo de una manera directa y casi instantánea (39), signos que, siguiendo la terminología de LUDWIG WITTGENSTEIN, se puede decir que constituyen una forma de expresión *mística*, o sea, operativa y reveladora de la sustancia o contenido a que se aplica, por sí misma y sin palabras, *zeigt sich* de forma inmediata (40).

La utilización de la imagen como medio de comunicación dentro del mundo del Derecho y por lo tanto como forma mística del mismo ha tenido en la historia variadísimas manifestaciones (41), que se han dado siempre que se ha atribuido significación jurídica especial a realidades puramente materiales, sensoriales o fácticas de tan variada naturaleza que

(38) GRIDEL, Jean-Pierre, ob. cit., p. 251. También R. von IHERING escribe que “los símbolos y acciones simbólicas son el lenguaje del espíritu en su infancia: una escritura jeroglífica que utiliza hasta que encuentra la alfabética de la representación abstracta. Pero su razón de ser no es sólo la necesidad, sino también la satisfacción del sentimiento, el placer poético producido por la representación sensible, el encanto de la plástica de la idea. Si no hubiera existido más que aquel motivo, al desarrollarse el intelecto y perfeccionarse el idioma, hubiera ido desapareciendo el lenguaje de las formas. Pero no ha sido así. El *sentido de la forma*, la fuerza atractiva de la forma sobre el espíritu humano que embellece los sucesos de la vida, los ennoblece con su solemnidad y la correlación santa que su observancia tradicional establece entre los antecesores y sucesores”. *Espíritu del Derecho Romano*, ed. cit., pp. 298-9. Sobre la proyección de parte de la *psyche* humana en las cosas, y la consiguiente “animación misteriosa” que penetra en ellas, puede verse JAFFRE, Aniela, “Symbolism in the visual arts”, en el libro *Man and his Symbols*, de Carl G. JUNG (Edit.), New York, 1979, pp. 232 a 271, especialmente p. 254.

(39) “Como han señalado lingüistas y semiólogos, mientras que el discurso extiende sus formas alfabéticas en el tiempo, el lenguaje de los signos extiende sus líneas y sus colores en el espacio... sólo una fracción de tiempo minimum resulta racionalmente necesario para la percepción del signo y para la inteligencia de su contenido”. *Vid.* GRIDEL, J.-P., ob. cit., p. 294. Sobre el carácter *lineal*, de percepción gradual de la técnica lingüística, y el instantáneo y espontáneo del signo, *vid.* pp. 22 y 29-30, respectivamente. Es curioso que ya Gregorio LÓPEZ indicó cómo el sello hacía posible un más rápido conocimiento del documento regio (*per illud citius creditur literis principis*, Partidas III, 20).

(40) Ludwig Wittgenstein: “6.522. Es gibt allerdings Unaussprechliches, Dies zeigt sich, es ist das Mystische” (“Hay, ciertamente, lo inexpresable, lo que se *muestra* a sí mismo; esto es lo místico”). *Tractatus Logico-Philosophicus*, traducción castellana de Enrique Tierno Galván, Revista de Occidente, Madrid, 1957, pp. 190-1.

(41) Ha destacado la importancia de la imagen como medio de comunicación IVINS, William M., Jr., en su obra *Imagen Impresa y Conocimiento*, Editorial Gustavo Gili, S.A., Barcelona, 1975, principalmente en la página 215, donde considera a la imagen como “poderosísimo método de comunicación entre los hombres... Sea cual fuere la naturaleza de los procesos psicológicos y fisiológicos que llamamos conocimiento y pensamiento, sólo somos capaces de comunicar a otros hombres los resultados de esos procesos utilizando una clase u otra de simbolismo. Hay pocas dudas de que, entre los diversos métodos existentes para conseguir tal comunicación simbólica, los dos más útiles e importantes son la palabra y la imagen. El hombre ha conocido las palabras y las imágenes desde los tiempos más remotos. En realidad puede afirmarse que el animal no se convirtió en hombre hasta que empezó a utilizarlas”.

pueden comprenderse en ella desde el color de la tinta en la escritura purpúrea de los rescriptos imperiales romanos (42); la presentación formal y solemne de los textos legales con procedimientos y adornos encaimados a potenciar su tono majestuoso (43), las ilustraciones concebidas como manifestación visual del poder (44); hasta, en general, los objetos convertidos con fines jurídicos en índices, símbolos o iconos (45). Y precisamente dentro de este fenómeno de conversión constituye el sello un caso singular y especialmente importante, referido, en concreto, a la for-

(42) Vid. la carta del emperador León a Hilariano, el día 6 de las calendas de abril de 470, recogida en el Código (I.23.6), donde se dice que las decisiones sacras no han de consignarse en manera alguna con otro aspecto o color, sino únicamente con escritura purpúrea. Respecto a este *encaustum sacrum* o *imperiale*, comenta VIVIANUS que la suscripción imperial de los rescriptos no se podía realizar con otro licor o tinta sino que *debet scribi de quodam encausto, quod debet fieri de duobus piscibus, de murice et conchylio: qui debent comburi et ex illo pulvere fiet encaustum imperiale. Et nisi de tali encausto fuerit facta subscriptio, non valet rescriptum*. Vid. *Codicis Dn. Iustiniani... Libri XII... Antonii Contii illustrati... Lugduni, MDCLXIX*, p. 178.

(43) En los pueblos antiguos los textos legales se consideran materialmente escritos por Dios, y por tanto con los elementos materiales más preciosos. Pueden servir de ejemplo las tablas de la ley dadas al pueblo de Israel, las primeras *scriptas digito Dei* (Exodo, 31.18), y las segundas por orden divina esculpidas en piedra por Moisés (Exodo, 34.1), para ser guardadas en un arca de madera de acacia revestida de oro, con una cubierta o placa de oro, ornamentada con dos querubines cincelados en oro. La Ley de las XII tablas romanas se grabaron en bronce, y las posteriores debían escribirse a su imagen. En las impresiones de la legislación española el elemento estético más importante lo constituyeron los escudos reales.

(44) La consideración de que a semejanza de la palabra de Dios, que según la teología católica es equivalente a El (*Verbum enim Dei, Deo simillimum est*, escribe Fr. Luis de Granada), también la palabra del legislador es un trasunto de la persona del soberano, ha llevado a revestir de magnificencia todos los escritos legislativos, cual atestiguan muchos de los diplomas y códices miniados de naturaleza jurídica llegados hasta nosotros. En otras ocasiones los textos legales contienen figuras aclaratorias de sus disposiciones como pueden serlo los árboles representativos de los grados de parentesco, incluidos en las ediciones de las Partidas; o la reproducción de la forma de las redes, en disposiciones reguladoras de la pesca, como la Real Cédula de 16 de enero de 1772; y en muchos casos, subrayan el carácter imperativo de su parte dispositiva mediante la inserción de una mano con el dedo índice extendido al margen del texto.

(45) Ha sido clásico el ejemplo del valor jurídico, mezclado de significación religiosa, atribuido a los mojones delimitadores de la propiedad inmobiliaria, a los que se refirió J. J. ROUSSEAU, nada menos como determinantes del nacimiento de la sociedad civil, en su discurso sobre “L’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes”. Vid. *Oeuvres complètes*, París, 1828, tomo I, p. 300. Al significado religioso de los mojones, con referencia especial a los *kudirru* babilónicos, se refiere Fulvio MAROI en su estudio “Riflessi di diritto nelle arti classiche figurative”, en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, cuarta serie volume XIV, 1927, pp. 141-2. Entre otros infinitos ejemplos de símbolos, índices e iconos de valor jurídico se pueden mencionar las banderas, las insignias de la dignidad real (cetro, corona, *oseros* de los reyes de Castilla, doseles, y demás “*ceremonias reales*” a que se refirió la Ley 117 de las Cortes de Toledo de 1480), los uniformes oficiales, los signos y carteles relacionados con dispositivos y medios de salvamento, los semáforos y en general las señales de circulación.

ma de las declaraciones de voluntad (46), en cuanto forma que por sí sola, abstracción hecha del proceso cognoscitivo racional, tiene una determinada significación.

II. El sello como recurso autenticador

De lo que antecede resulta que el sello es un signo material (47) a través del cual, y en calidad de forma mística, se exterioriza una declaración intelectual o volitiva. Para completar el concepto debe añadirse que ese signo equivale a la impronta (48) creada de diversos modos (por presión sobre materias apropiadas como arcilla, metal (49), cera, lacre, engrudo o pasta de harina “oblea”, papel con cera o con oblea, o bien en seco; o por mera estampación o impresión en tinta por medio de un instrumento que también recibe el nombre de sello (tipario o cuño). Y finalmente, como característica fundamental para nosotros (50), ha de completarse la

(46) Según Ángel CANELLAS LÓPEZ, “la documentación presenta un conjunto de caracteres que forman la envoltura o vestido de la declaración de voluntad consignada en el escrito: es lo que se llama el tenor formal o forma del documento. Y tales caracteres afectan bien a la esencia o factura íntima del documento, como son la estructura general, el estilo, la lengua, el contenido; o bien a la factura material, es decir, a las formas y apariencias externas del documento. Y entre estos últimos caracteres figuran los sellos”. “Sigilografía y diplomática”, en *Actas del primer coloquio de sigilografía*, Madrid, 1990, p. 51.

(47) Actualmente se viene hablando de un *sigillum informaticum* con referencia al algoritmo identificador del autor de un mensaje informático, firma digital o electrónica, por cuanto su función puede considerarse equivalente a la resultante de la impronta material del sello sobre el papel o el pergamino. Como ha señalado Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, estas llamadas *firmas*, en cuanto aplicación de la clave privada al mensaje, es un *sello*, añadiendo que “no en vano el documento informático ha surgido en el mundo anglosajón”. Vid. “El documento negocial informático”, en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 28, octubre-diciembre 1998, p. 76.

(48) El Comité Internacional de Sigilografía dio en 1979-1983 la siguiente definición: “El sello, en el sentido general del término, es una impronta obtenida sobre un soporte por la aposición de una matriz que presenta los signos propios de una persona física o jurídica”. Vid. MENÉNDEZ-PIDAL DE NAVASCUÉS, Faustino, *Apuntes de Sigilografía española*, Guadalajara, 1988, p. 11. Respecto a los modos de imprimir los sellos puede verse ARIBAS ARRANZ, Filemón, *Sellos de placa de las cancellerías regias castellanas*, Valladolid, 1941, pp. 61 y ss.

(49) Los sellos de metal más frecuentes han sido los de plomo, pero existieron también los de oro y los de plata. Respecto a éstos, René LAURENT escribe que si su existencia está probada en Oriente, en Occidente fueron excepcionales, señalando como único ejemplar existente en el Archivo Nacional de París, uno de 1226 correspondiente al navarro Rodrigo Díaz de Canberos. En el Gabinete de Medallas de la Biblioteca Nacional de París –sigue diciendo– hay dos sellos en plata con el busto de Carlos el Calvo, pero se trata de segundos vaciados tardíos. Vid. *Sigilographie*, Bruxelles, 1985, p. 21.

(50) Además de su significación e interés jurídico, especialmente en el campo documental, el sello es un objeto de gran valor cultural, principalmente para la arqueología, la diplomática y el arte. Ángel RIESCO TERRERO, al tratar de las facetas culturales presentes en el sello,

descripción diciendo que la finalidad de esa impronta consiste en dotar de solemnidad y autenticidad (*fidem et auctoritatem*), esencial o complementariamente, a un documento (51), de una manera figurativa o plástica, y por tanto utilizable y perceptible incluso por iletrados, ya que su vía de percepción es básicamente sensitiva. Documento que, según los diferentes sistemas jurídicos y las especies de sellos, se transformará o no en público por la aposición de ellos.

Esta diversidad de sistemas jurídicos aconseja hacer un resumen del origen y desarrollo histórico del sello. En la Biblia se encuentran numerosas referencias al sello en sus diversos significados, y entre ellos como

dice que “unos prefieren ver como testimonio y expresión viva del arte o de los gustos y costumbres de una época concreta, mientras otros exaltan los mil detalles típicos de carácter heráldico, genealógico, escultórico o costumbrista.— Los sellos de las distintas épocas y estilos ofrecen un valiosísimo material histórico, artístico o iconográfico para el conocimiento de la vida, costumbres y gustos de las ciudades, villas e instituciones medievales y modernas.— En sus improntas se recogen autorretratos, vistas de ciudades, monumentos y edificios, unas veces reales y otras transformados o desaparecidos. En sus composiciones artísticas se conmemoran y recuerdan acontecimientos y leyendas tradicionales de amplio alcance o puramente locales. No son raras las representaciones sacras de los santos patronos, las figuras hieráticas de los monarcas y otros mil elementos heráldicos, simbólicos o alegóricos del poder real, de la autonomía o dependencia feudal, y en último término, emblemas y distintivos de dignidades, magistraturas, oficios y altos cargos públicos”. “Introducción a la sigilografía”, *Hidalguía*, Madrid, 1978, pp. 39-40. Sobre la importancia de la sigilografía como ciencia auxiliar de la historia puede verse asimismo la obra de ROMÁN, J., *Manuel de sigillographie*, París, 1912, pp. 7 a 10. Subraya especialmente su importancia para la historia del arte, en cuanto “nos permite seguir, por así decir, paso a paso los progresos del grabado sobre metal y sobre piedras finas desde el siglo VII al XVIII”.

(51) Como escribe Giacomo C. BASCAPÉ, del sello propiamente dicho deben diferenciarse ciertos instrumentos para marcar cosas, que frecuentemente se denominan también, aunque impropriamente, sello. Estas *signacula* de metal, dice BASCAPÉ, en forma de estampillas rectangulares o con otra conformación, que llevan grabado profundamente el nombre del propietario en genitivo, “no eran verdaderos sellos aunque como tal vez se les llama erróneamente; su misma simplicidad habría hecho fácil su suplantación. Eran, por el contrario, marcas de propiedad, que se ponían en objetos variados, en los productos alimenticios, etc. Marcas análogas, aunque mayores, se empleaban para distinguir ladrillos, vasos de terracota y objetos semejantes”. *Sigillografia. Il sigillo nella diplomatica, nel diritto, nella storia, nell'arte. Volume primo. Sigillografia generale. I sigilli pubblici e quelli privati*, Archivio della Fondazione italiana per la storia amministrativa, Milano, 1969, p. 29. Entre nosotros, Eduardo de HINOJOSA parece haber incurrido en esta confusión al escribir que “la costumbre de sellar las cosas con el nombre de su dueño o el de la persona que por delegación de éste tenía el encargo de custodiarlas, se extendía entre los romanos a multitud de objetos de tan distinta naturaleza como las ropas o los árboles, los comestibles y hasta los esclavos y los animales de tiro y de carga, según el testimonio de Plinio, Marcial y otros escritores...”. A costumbre tan general, y singularmente a la de marcar los comestibles y las vasijas de uso doméstico, se refieren indudablemente, sirviéndole, a nuestro juicio, de comprobación, las colecciones de sellos romanos que se encuentran en algunos museos de Europa, y entre las cuales es de las más importantes la de nuestro Museo Arqueológico Nacional. “Sigilografía romana del Museo Arqueológico Nacional”, en *Museo Español de Antigüedades*, Madrid, 1876, tomo VII, p. 603.

medio de autenticación (52). Puede que el sello tuviera un origen remotísimo en el lejano oriente, puesto que se sabe que en la vieja China se utilizaron sellos en funciones administrativas y para la autenticación de documentos, y que al principio se impusieron en arcilla y quizás desde el siglo sexto o quinto anteriores a nuestra era lo fueron mediante tinta o colorante (óxido de mercurio) sobre papel (53). Pero es en la civilización mesopotámica donde está constatada la existencia del sello en una época tan lejana como la primera mitad del IV milenio AC. Estos sellos, si al principio eran planos (probablemente derivados del amuleto), en el llamado período de Uruk (3.000 AC) pasaron a ser cilindros que se hacían rodar sobre placas de arcilla consiguiéndose así una larga impronta rectangular. Pero con la aparición del papiro como materia escriptoria este sistema se hizo inadecuado, y el tipo cilíndrico de sello sufrió una nueva transformación en beneficio del sello plano. Desde Mesopotamia el sello se difundió por toda el Asia Menor, Egipto (54), las islas del Mar Egeo (especialmente Creta), Micenas y Grecia en general (55).

En Roma, el sello se introdujo por influencia griega (56), y contrariamente a lo que tradicionalmente se repetía (57), además de una fun-

(52) La pluralidad de significados del sello en los textos bíblicos ha sido señalada en el nuevo *Catecismo de la Iglesia Católica*, n.º 1.295, donde se lee: “El sello es el símbolo de la persona (cf Gn 38,18; Ct 8,9), signo de su autoridad (cf Gn 41,42), de su propiedad sobre un objeto (cf Dt 32,34) –por eso se marcaba a los soldados con el sello de su jefe y a los esclavos con el de su señor–; autentifica un acto jurídico (cf 1R 21,8) o un documento (cf Jr 32,10) y lo hace, si es preciso, secreto (cf Is 29,11)”. Asimismo, en el n.º 698 dice que “*el sello es un símbolo cercano al de la unción*”. En efecto, es Cristo a quien “*Dios ha marcado con su sello*” (Jn. 6,27). El texto del libro de Jeremías aludido dice: “Hice contrato por escrito, lo sellé, tomé testigos y pesé plata en la balanza y recibí el contrato de venta sellado y el acta de las estipulaciones abiertas” (versión Nácar-Colunga).

(53) “*Lexikon der Kunst*”, voz *Stempel*, vol. IV, pp. 678-9. Veb E. A. Seemann Verlag, Leipzig, 1977.

(54) Señala BASCAPÉ que contrariamente a lo sucedido en otros pueblos mediterráneos, donde parece que el sello surgió con anterioridad a la escritura, la producción esfragística egipcia presenta desde su origen una fisonomía prevalentemente epigráfica, y si en la época predinástica nos ha transmitido algunos sellos de factura cilíndrica o de derivación mesopotámica, acabaría triunfando el sello plano, con forma de escarabajo. Ob. cit., p. 22.

(55) “Entre los griegos el anillo sigilar estuvo reservado a personas investidas de cargos importantes y servía para autenticar edictos, decretos, órdenes, para dar fe de autoridad pública o desempeñar una misión honorífica”. Ob. cit., p. 25.

(56) Vid. STEINACKER, Harold, *Die antiken Grundlagen der Frühmittelalterlichen Privaturkunde*, Leipzig, 1927, pp. 109 y 110, donde destaca que en Roma el sello no puede ser explicado por antecedentes y concepciones tradicionales, y que por el contrario todos sus caracteres llevan la huella del modelo helénico.

(57) Así, por ejemplo, Marco MODICA escribe que “los romanos utilizaron los sellos solamente para asegurar el cierre de los documentos, especialmente las tablillas de cera; éstas eran atadas con un hilo y la inviolabilidad de su clausura se aseguraba precisamente mediante el sello.–Solamente en la Edad Media adquirió el sello carácter de legalidad...”. *Diplomatica*, Milano, 1942, p. 390.

ción de mero cierre (58), tuvo en muchos casos verdadera significación jurídica (59), como lo demuestra un célebre texto del jurisconsulto JULIO PAULO, según el cual el testamento cuyas tablillas no estuvieren atadas con tres cordones de lino, sobre los que se impusieran sellos de cera, carecería de todo valor (60), lo que, por otro lado, no significa que el sello se utilizara intencional y directamente como medio de autenticación de la firma (61), sino simplemente que constituía un requisito formal esencial para la validez del testamento (62), que se mantuvo aun cuando las tablillas dejaron de ser el material escriptorio y fueron sustituidas por el papiro o el pergamino (63). En todo caso, debe tenerse en cuenta que la

(58) La utilización del sello como medio de cierre de los cordones de las tablas de cera había tenido lugar ya en Grecia, puesto que ya se encuentran reproducidas en vasos del siglo v a. C., según indica STEINACKER, ob. cit., p. 108. Y, asimismo, continuó teniéndola en la Corte de Bizancio, y así, según DOLGER Y KARAYANNOPULOS, cuando un documento imperial debía ser enviado al extranjero llevaba una dirección exterior, consistente en los términos “Basilicon... eis ton (Nombre)”, dejándose un hueco después de la primera palabra para poner un sello de cera que cubría el cordón con el cual se ataba el escrito enrollado. *Byzantinische Urkundenlehre*, p. 94.

(59) Vid. STEINACKER, Harold, ob. cit., p. 110, donde además de afirmar que “la primitiva doctrina dominante según la cual el sello romano solamente desempeñaba una finalidad de cierre, como protección contra falsificadores, pero carente de significación jurídica, está ya superada”, distingue entre el *sellado* (“Versiegelung”) y el *subsellado* (“Untersiegelung”) y sugiere hasta la posibilidad de que en ciertos documentos dispositivos el subsellado podría significar la ejecución y conclusión del mismo.

(60) *Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exterioris scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent. Julii Pauli sententiarum ad filium, 5.25.6 (Ad legem Corneliam testamentariam). Vid. en GIRARD, Frédéric, *Textes de Droit romain*, Paris, 1913, pp. 447-8.*

(61) Oswald REDLICH dice que el quirógrafo (es decir, el documento escrito personalmente o mediante su representante, por la parte que no es la destinataria del mismo) encontraba su fuerza probatoria en la autografía del otorgante o de su representante, y manifiesta no estar seguro, aunque lo estima como no improbable, que el subsellado tuviera valor como medio de prueba. En todo caso señala que la eficacia del sello, a lo sumo, consistiría en el fortalecimiento del valor probatorio de la escritura. *Urkundenlehre. III. Teil. Die Privaturkunden des Mittelalters*, München und Berlin, 1911, p. 3. Respecto a la utilización del sello en otros documentos, como los llamados diplomas postales, vid. p. 105.

(62) WINDSCHEID escribe que mientras actualmente, según Derecho consuetudinario indudable, el sellado tiene el significado de autenticación de la firma, entre los romanos iba dirigido al cierre del instrumento, lo que explica que los testigos pudieran utilizar el sello ajeno e incluso que todos los testigos emplearan un mismo sello. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Reimpresión de la edición de Frankfurt am Main 1906, Scientia Verlag Aalen, 1984, tomo 3, p. 221, nota 4.

(63) Harry BRESLAU afirma que en los primeros siglos de la Edad Media en Italia y en las Galias se mantuvo el uso del sello, al menos para los testamentos, pese a haber dejado de utilizarse las tablillas romanas, y haber sido reemplazadas por el papiro y el pergamino. En el caso del papiro, el rollo era envuelto por los hilos sellados de tal forma que no podía abrirse sin romper los hilos y los sellos. *Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien*, Erster Band, Zweite Auflage, Leipzig, 1912, p. 681.

escritura tuvo en Roma un valor secundario y simplemente probatorio de un negocio jurídico perfeccionado fuera y con anterioridad al documento (64). Los más importantes negocios jurídicos eran actos solemnes basados en la oralidad y el rito, como ocurría en los celebrados mediante la solemnidad llamada *per aes et libram* y en la *stipulatio*. Por ello, tampoco la firma (65) o su posible subrogado o reforzante, el sello, tuvieron un relieve destacado, salvo en los casos en que como el testamento *in scriptis*, la escritura era precisamente un componente esencial.

En el imperio bizantino se atribuyó al sello un valor destacadísimo, principalmente respecto a los documentos imperiales, puesto que éstos, sobre todo cuando iban dirigidos al exterior del Imperio, debían ir acompañados de sellos o *bulas* de oro (66), que dieron incluso nombre a tales documentos (*crisobula*). Como señalan FRANZ DOLGER y JOHANNES KARAYANNOPULOS, estos sellos, a diferencia de los de cera aplicados a los *prostagmata* (67), no tenían una función de cierre del documento sino, en primer término, la de servir como confirmación de la autenticidad del documento, y, en segundo lugar, la de subrayar la magnificencia, la riqueza y el poder imperiales (68). Parece ser que estos sellos de oro adheridos a los documentos de los emperadores bizantinos, y unidos a los contratos celebrados con potencias occidentales, como signo de perfección o

(64) Vid. REDLICH, O., ob. cit., p. 211, donde subraya cómo en Derecho romano se conocía la *Stipulatio* oral, la *usucapio*, la *traditio* y la *missio in possessionem*, pero se desconocía todo género de documento constitutivo del negocio jurídico, cual lo sería la *traditio cartae* constitutiva; el documento tenía únicamente la función de medio probatorio de un negocio jurídico ya celebrado.

(65) Según Francesco CARNELUTTI la firma o suscripción nominal moderna puede considerarse como residuo de una fórmula más compleja, consistente en una proposición, en la que el nombre del autor era el sujeto, y contenía una verdadera atribución de paternidad del documento: "ego N. N. subscripsi, vel feci, vel fieri rogavi". "Studi sulla sottoscrizione", en *Studi di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 1939, volumen tercero, p. 235.

(66) Como indica René LAURENT, los sellos de oro no eran piezas macizas de ese metal sino que se componían de dos hojas estampadas, soldadas la una con la otra, y cuyo interior estaba generalmente lleno de plomo o de cera. *Sigilographie*, Bruxelles, 1985, p. 22.

(67) Los *prostagmata* u *horismos* eran documentos que contenían resoluciones imperiales sobre cuestiones jurídicas, y no se enrollaban sino que se doblaban, sellándose el encuentro de ambas partes. Según F. DOLGER el sello tenía como finalidad, además de la autenticación, el cierre del documento a fin de evitar que su contenido fuera conocido por personas no autorizadas. Ob. cit., p. 111.

(68) *Byzantinische Urkundenlehre. Erste Abschnitt: Die Kaiserurkunden*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1968, p. 40. El doble carácter del sello como elemento externo de cierre, secreto e indicación de procedencia, e interno, como señal de aprobación y consentimiento, fue ya destacado por Pedro GONZÁLEZ DE SALCEDO en su obra *Theatrum Honoris* (Madrid, 1672), donde escribe: *Sigilla vero, seu signa dupliciter sunt recepta, vel interna in ipsa litterarum serie; vel externa ad cognitionem illius, a quo scripta sunt... Externa sigilla, seu signa accipiuntur ad designandum secretum rerum signatarum, utque intacta sint omnia sub sigillo contenta, ne ab alio dignoscantur, ni cui remittuntur...*, pp. 86 y 87.

de confirmación última de ellos (*confirmatum aurea bulla Imperii appensa, more imperiali cum pendenti aurea bulla*), debieron provocar la admiración de los príncipes occidentales y asimismo del Papa, que, como consecuencia, decidieron adoptar su uso. Según W. OHNSORGE, Carlomagno adoptó el sello de oro bizantino en el año 803 (69), y parece que a imitación de él se generalizó el sello como instrumento autenticador entre las autoridades civiles y eclesiásticas, que lo utilizaron, primeramente en sus propios documentos (70), y luego para dotar de credibilidad a los documentos de terceras personas (71), llegando las Decretales (II.22,2) a equiparar, como documentos auténticos, el autorizado por “mano pública” (*scripta per manum publicam facta*) y el provisto de sello auténtico. Y por ello algunos autores, como OTTO POSSE, consideran que la plenitud del concepto de instrumento público se produjo en un tramo temporal comprendido desde finales del siglo XI a comienzos del XII, y precisamente mediante el vehículo del sello (72). Los teóricos medievales considerarán al sello como un elemento material o corporal del documento que perfecciona su parte espiritual (texto o palabras), dotándolo, cuando es público o auténtico, de su misma autenticidad, y así lo dirá CONRADO DE MURE, en su *Summa de arte prosandi*, escrita en 1275, y que está considerada como el primer tratado importante sobre el sello (73). Claro que, al generalizarse el uso del sello, se hizo preciso determinar cuáles eran los que merecían la consideración de auténticos puesto que sólo a ellos se les podía conceder la fehcencia (74). En este punto, la opinión

(69) Vid. DOLGER, F., ob. cit., p. 42, nota 1.

(70) En los diplomas de Carlomagno y de Luis el Piadoso, se dice haber ordenado el disponente que se realizara el sellado de la carta con su anillo, para que el diploma mereciera mayor credibilidad (*et ut certus credatis de anulo nostro subter sigillari iussimus*). Diploma de Carlomagno en favor de los hispanos establecidos en la Gothia y la Septimania, del año 812: *et ut credatis, de anulo nostro impressione signari iussimus*. Diploma de Luis el Piadoso en favor de uno de sus vasallos llamado Juan, del año 815: *et ut certius hanc nostram jussionem esse credatis, de anulo nostro subter iussimus sigillari*. Diploma de Luis el Piadoso en favor de la Abadía de Aniane, del año 822. Pueden verse en la obra de LABOULAYE, Eduardo, *Historia del derecho de propiedad en Europa*, Madrid, 1845, pp. 352-5.

(71) Vid. POSSE, O., ob. cit., pp. 64 y 66. Sobre la utilización del sello ajeno, *vid.* p. 130.

(72) Vid. ob. cit., p. 65.

(73) *Sicut enim hominem duo perficiunt: corpus et anima, sic et litteram duo perficiunt, victum verborum que se habet ad modum anime, et sigillum quod se habet ad modum corporis*. Vid. POSSE, Otto, *Die Lehre von den Privaturkunden*, Leipzig, 1887, p. 127. En los siglos XVII y XVIII el sello como instrumento autenticador mereció la atención de numerosos tratadistas siendo, según POSSE, las obras más importantes las de HOPINGK (*De sigillorum prisco et novo jure*, 1642), STRUVE (*Dissert. de iure sigillorum*, 1746), NAGEL (*Dissert. de iure et auctoritate sigilli authentici*, 1742), BOTTICHER (*Dissert. de iure sigillorum*, 1689) y GUNTHER, M. (*Ius sigillorum medii aevi*, 1813).

(74) “*Et tota credulitas litere dependet in sigillo autentico bene cognito et famoso*”. MURE, Conrado de, loc. cit., p. 127, nota 1. El mismo autor declara que *authentica non sunt, quibus*

de los comentadores estaba dividida (*quia glosatores iuris canonici et civilis in hoc casu dissimilia dicere videntur et diversa*) (75), dependiendo del régimen jurídico de cada territorio y especialmente del desarrollo alcanzado en ellos por el Notariado, por lo que en el Sur de Europa los documentos sellados fueron mucho menos numerosos que en el Norte (76), donde la concesión de sello auténtico a individuos y comunidades se hizo con mucha amplitud (77). E incluso se quiso justificar la virtud autenticadora de los notarios en razón al signo concedido a los mismos como trasunto de un sello público y auténtico (78). Sin embargo, esta identidad de signo y sello, si puede aceptarse en el aspecto funcional cual lo hicieron los canonistas y quedó consagrada en la Decretal de Alejandro III que se fecha entre 1159 y 1181 (79), no es admisible en el plano histórico, por cuanto signo y sello surgen y se desarrollan independiente-

in iudicio fidem non cogimur adhibere. Como señala Faustino MENÉNDEZ-PIDAL, cuando se habla de sello auténtico se hace referencia a su aptitud para dotar de autenticidad al documento, y por tanto no se contrapone a sello falso. *Apuntes de sigilografía española*, Guadalajara, 1988, p. 47.

(75) Guilielmus DURANTIS en su *Speculum iuris* (alrededor de 1270) sostuvo que en asuntos ajenos (*habent fidem in alieniis negotiis*) el sello tenía fuerza probatoria cuando era de arzobispos, obispos y sus oficiales, príncipes, abades exentos y notarios públicos. Los de los abades inferiores, decanos y archidiáconos sólo tenían esa fuerza en asuntos de su oficio, aunque admitía la posibilidad de que por costumbre les fuera atribuida (*statur enim in hoc consuetudini, que facit sigilla authentica*). Lib. II, part. 2, par. 3, c. 13. Vid. EDLICH, R., ob. cit., p. 112.

(76) Vid. PASTOUREAU, Michel, *Les sceaux*, Brepols, 1981, p. 28.

(77) En Inglaterra, a consecuencia de la falta de notariado público, fue otorgada la facultad de tener sello auténtico al bajo clero y a los conventos, por disposición del Papa, según se relata en una historia del año 1237 (*Hist. Anglic.*, de Mathäus PARISIUS: *Quoniam tabellionum usus in regno Angliae non habetur, propter quod magis ad sigilla authentica credi est necesse... statuimus ut sigillum habeant non solum archiepiscopi et episcopi, sed et eorum officiales, decani rurales, nec non ecclesiarum cathedralium capitula et caetera quoque collegia et conventus... sicque sigillum authenticum habeant*). Vid. POSSE, O., ob. cit., p. 128, nota 2.

(78) En este sentido, el citado Conrado de MURE escribe: *Legales etiam tabelliones, quales videmus in Lombardia, omnibus instrumentis, que scribunt manu sua, imponunt quoddam signum seu karakterem specialem, quo signo seu quo karaktere idem utuntur pro sigillo*. Vid. POSSE, ob. cit., p. 128, nota 2. Según BRESLAU, que se remite a la obra de GIRY y a la de LEIST (*Die Notariatssignete*, Leipzig, 1896), ya en los formularios de los siglos XIII y XIV se equiparaba al sello el signo notarial, el *signum tabellionatus*. Ob. cit., p. 732. Otras referencias bibliográficas sobre el signo notarial pueden verse en REDLICH, O., ob. cit., p. 230 (GÖBEL, *De notariis*, 1723; BÜSCHING, *De signis seu signetis*, 1820).

(79) Incluida en las Decretales (c.2 X. de fid. instr. 2,22), iba dirigida al Obispo Roger de Worcester. Como escribe Hans von VOLTELINI, en ella lo decisivo no es que se considere instrumento público al procedente de una *manus publica* sino al provisto del *sigillum authenticum*, haciendo posible que en los países donde el notariado no existía, pudieran crearse, mediante el sello, medios de prueba privilegiados en el fuero eclesiástico. *Die Südtiroler Notariat-Imbreviaturen des Dreizehnten Jahrhunderts*, Erster Theil, Innsbruck, 1899, p. XXII y XXIII. Sin embargo, BRESLAU destaca dicha resolución como decisiva para el reconocimiento del documento notarial como instrumento público, es decir, dotado de fe pública. Vid. *Urkundelehre*, p. 658.

mente, y sólo en el siglo XVIII se producirá en muchos países la fusión. Y sin perjuicio de que en el aspecto formal pueda haber habido alguna influencia del signo sobre el sello, al imitarse en éste, como señala RIESCO TERRERO, signos monogramáticos, siglas entrelazadas y otros compendios enigmáticos (80), y de que asimismo en ciertos supuestos se sustituyó el sello por un signo manuscrito (81), teniendo tal relevancia que, por sinécdoque, al propio documento sellado se le llamaba genéricamente *sigillion* (82), *sigillum*, o específicamente (según el tipo de sello) *bulas* o *crisobulas*, y a la inversa, que se diera a los vocablos *epistula*, *littera*, *comminatorium*, *iussio*, el valor o equivalencia de sello (83). Asimismo, el sello, y la disposición material que permitió se adoptara respecto del documento, doblándolo sobre sí mismo, dio origen al término *diploma* (derivado del griego *diplom*, equivalente a doblar), por cuanto, como dicen DOLGER y KARAYANNOPULOS, los diplomas (*diplomata*) eran documentos que se doblaban a fin de que una vez sellados se mantuvieran secretos y se asegurara su autenticidad (84). Y al concentrar en sí toda la fuerza autenticadora, hizo necesario garantizar la conservación del sello, y encomendar su uso a personas de la máxima confianza (protonotario, guardasellos o canciller), que sólo siguiendo el mandato del otorgante deberían hacer uso del mismo (85).

Resulta de lo expuesto que el sello, en determinados sistemas jurídicos tuvo un significado autenticador, es decir, de medio exteriorizador de una declaración de autenticidad del documento al que estuviera adherido, declaración inherente al propio acto de sellar, es decir, abstractamente, independientemente por lo tanto del contenido literario o gráfico de

(80) RIESCO TERRERO, Ángel, "Introducción a la sigilografía", *Hidalguía*, Madrid, 1978, p. 21.

(81) Como caso ilustrativo de la sustitución del sello por un signo o marca personal REDLICH cita un documento de 1228 del prepósito Magnus de Regensburg donde se firma el documento *quia sigillum ad presens non habemus*. Vid. ob. cit., p. 114.

(82) Según DOLGER y KARAYANNOPULOS el término *sigillion* se aplicaba a todo documento público o privado, provisto de sello. Ob. cit., p. 112, nota 4.

(83) Vid. RIESCO, A., ob. cit., p. 31.

(84) Ob. cit., p. 3. Según estos autores, en la antigüedad romana se aplicaba la palabra *diploma* para designar las autorizaciones que habilitaban a su portador para utilizar el *cursus publicus*, esto es, los medios de transporte del correo estatal, y además también el extracto de la concesión de privilegios a los veteranos. En Egipto se aplicó el término a los justificantes del pago de impuestos. En la Edad Media se refirió a los privilegios imperiales; los humanistas del Renacimiento la utilizaron respecto de los documentos soberanos más antiguos y solemnes, y posteriormente se extendió a todos los documentos medievales.

(85) Vid. FICKER, Julius, ob. cit., II, p. 189. Conrado de MURE escribe que *nulle littere nisi valde simplices debent domini sigillo communiri, nisi de scitu principis speciali et post legitimam literarum examinationem factam prothonotario seu cancellario vel aliis, qui ad huiusmodi officium sunt per principem deputati*. Vid. FICKER, ob. cit., II, p. 190. Sobre la conservación y utilización del sello por Protonotarios y Notarios, vid. asimismo POSSE, O., ob. cit. p. 146.

la imagen del sello, contenido que por otro lado, y naturalmente, también concurre en el sello (86). Y, asimismo, que el sello se utilizó por sí solo, independientemente de todo escrito (*simplex sigillum sine litteris*), como vehículo de otras manifestaciones de voluntad, principalmente a efectos de citaciones como los *sigilla citationis* utilizados ampliamente por los pueblos eslavos y magiares (87), y a los que se alude asimismo en textos jurídicos españoles como el Fuero Juzgo y los Fueros de Miranda de Ebro y de Logroño (88). Asimismo, se usó el sello como medio de apoderamiento, y en general como validación de un mensaje no escrito sino verbal, cual es el caso de los llamados “sellos de creencia” (89), de los que pueden considerarse una extensión los llamados *sellos de peregrino* (90). Por otro

(86) Un ejemplo especialmente esclarecedor de este significado ideológico de la imagen, es decir, el significado de la leyenda y dibujo del sello, lo suministra la llamada “causa del Sello Real de Valencia”. Efectivamente, habiéndose acordado por la Audiencia de Valencia, con fecha 8 de enero de 1814, se formara un nuevo Sello Mayor con que autorizar las Reales Provisiones, para reemplazar al desaparecido durante la ocupación francesa, se encargó su diseño al pintor de cámara, Vicente López, que lo proyectó redondo y con los siguientes particulares: “En su centro tenía las armas reales colocadas sobre un globo que representaba el mundo, y sostenidos por un león y un indio, puestos a cada uno de los lados de las armas.—Debajo de éstas se veía el libro de la Constitución, y alrededor del escudo se leía en una orla: «Fernando VII, por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía, Rey de España»”. Aunque la formación del sello quedó en mero proyecto, y además se había acordado que en todo caso se elevara el caso a conocimiento del gobierno para obtener “su superior aprobación”, al cambiar el régimen, los magistrados, fiscal y escribano de cámara fueron acusados de alta traición, por cuanto “el nuevo sello contenía diferentes alegorías alusivas al régimen constitucional, con los emblemas de la igualdad y libertad, todo lo cual era depresivo de la dignidad del Monarca”. Véase, “Causas célebres. La causa del Sello Real de Valencia. Sumario formado en 1814 a los ministros de su Audiencia”, *Folleto de la “Correspondencia de Valencia”*, Imprenta Calle Miñana, números 7 y 9, Valencia, s. f.

(87) REDLICH escribe que la orden o invitación para una comparecencia por parte del Rey, Duque o sus jueces podía realizarse documentalmente o a través del sello (exhibición del anillo sigilar, cuño o impronta). En tales casos el sello era, pues, un signo en sí y por sí equivalente a un mandato escrito, o a otros signos como la vara del juez. Ob. cit., pp. 107-8.

(88) Según el Fuero Juzgo “si algún omne se querella al juez de otro, el juez deve llamar a aquél por su carta o por su seello quel venga a responder”. Y los fueros citados, con palabras casi idénticas dicen que *Et si populator habuerit quaelam de alio populatore ostendat ei sigillum de sajone*. Vid. MENÉNDEZ-PIDAL, F., *Apuntes...*, ob. cit., p. 26.

(89) Según F. MENÉNDEZ-PIDAL, “las improntas sueltas se han usado como sellos de creencia en España en la alta Edad Media: los sellos de citación mencionados en los textos legales. Los sellos de peregrino tienen probablemente este sentido; serían su última supervivencia en la baja Edad Media. El uso del sello de creencia permaneció en ciertos países, como Hungría y Austria; enlaza con el uso de las tablillas gremiales ya en la Edad Moderna. El sello de creencia equivale a validar con el sello un mensaje no escrito, sino verbal. Las improntas sueltas también se usaron como salvoconducto, como moneda, etc.”. *Apuntes de sigilografía española*, ob. cit., pp. 17-18.

(90) “Los que hoy conocemos son de plomo o plata, con la tipología habitual en el sello eclesiástico, biojival, con una representación sacra y leyenda iniciada por la palabra *sigillum* desarrollada o en abreviatura. Estas piezas metálicas llevan en su mismo plano cuatro anillas para coser la insignia sobre la ropa. Se conocen sellos para peregrinos de Santa María de Villa-

lado, históricamente se ha utilizado el sello con otras funciones entre las que cabe mencionar, como más significativas, la de servir de signo de un contenido de voluntad determinado, y concretamente como instrumento de citación, y justificación de la representación del propietario del sello por parte del portador de él; la prestación del consentimiento a los actos contenidos en un documento ajeno mediante la aposición del sello propio (91) (92). Incluso ha habido quien, como A. S. SCHULTZE, ha sostenido que en la Edad Media la acción de sellar significaba la propia emisión de la declaración de voluntad y la materialización del acto de entrega del propio documento (93). Otros, como OSWALD REDLICH, han sugerido que con la concentración en el sello de toda la fuerza autenticante, no sólo se produjo la retirada de los testigos como elemento probatorio, sino que se propició el paso desde el documento simplemente probatorio al instrumento constitutivo o dispositivo, por cuanto la acción de sellar significó no sólo la conclusión del documento sino también del acto o negocio jurídico, lo que asimismo se habría traducido en la redacción subjetiva (“Nos”, “ego”) y en presente (*obligamus*, *obligo*, *statuimus*, *promittimus*, *assignamus*, *donamus*, *tradimus*, etc.) (94).

III. El sello como medio de la autenticación notarial

Históricamente el instrumento notarial ha recibido su virtualidad autenticadora no con la aplicación del sello sino por la incorporación del signo notarial, es decir, del peculiar rasgo autógrafo, exclusivo de cada notario, concedido o elegido por él mismo al tiempo de su nombramiento, y frecuentemente incluido en el título correspondiente. Desde la famosa y ya citada declaración de Alejandro III, se han contrapuesto por ello, dentro del género de los documentos públicos, los provistos de sello público y auténtico a los signados por notario público. Que esto haya sido así, y que precisamente el Notariado naciera, en cuanto funcionario público autenticador, en un momento en el que el desarrollo del sello había alcanzado su plenitud, y que, sin embargo, se prescindiera de tal recurso instru-

sirga, de Ntra. Sra. de Rocamador, de San Gil y de Santa María de Monte Carmelo de Tolosa, de los siglos XIII y XIV. ¿Cómo se inició esta costumbre? Parece probable que estas piezas metálicas hayan sido precedidas por improntas en cera que los peregrinos acostumbrarían a coser sobre sus ropas, como sellos de creencia demostrativos de la autenticidad de su condición, que les proporcionaba ciertos privilegios”. MENÉNDEZ-PIDAL, Faustino, ob. cit., pp. 80-1.

(91) Vid. a este respecto POSSE, Otto, *Die Lehre von den Privaturkunden*, Leipzig, 1887, pp. 93-4.

(92) Vid. POSSE, ob. cit., p. 160.

(93) Vid. BRESLAU, ob. cit., p. 695.

(94) Ob. cit., pp. 121-3. Asimismo, pp. 153-4.

mental respecto del notario, ha dado lugar a interesantes consideraciones y teorías. Las conclusiones más aceptables hacen referencia a la peculiaridad histórica del Notariado, a la lenta gestación de la figura del notario funcionario público autenticador desde la del mero escribiente al que se le fueron atribuyendo funciones, prerrogativas y privilegios originariamente asignados a otros profesionales y autoridades, de los que en ocasiones también heredaría sus nombres (95). Asimismo, al origen del documento público notarial en un simple documento privado (96), no autorizado sino materialmente escrito por el notario en un primer momento, y luego dictado o confeccionado de su orden, pasándose de la omisión de toda referencia al escribano a la indicación de su nombre, y luego a su firma. La singularidad del nacimiento histórico del Notariado dio lugar a la singularidad del medio plástico revelador de la fehacencia notarial, el signo, que inicialmente se contrapondría al sello, como elemento autenticador de otros documentos de genealogía diferente, pero que luego vino a reemplazar al sello (97).

Según unos, el signo sería el resultado de la permanencia evolucionada de la rúbrica trazada por el notario en su calidad de testigo concurrente al acto privado, o bien del desarrollo estético de la letra *e* de *Ego*,

(95) Esto explicaría la diversidad de denominaciones con que la doctrina, la práctica y los ordenamientos se han referido a los notarios. Así, en el *Universal Lexikon* de Johann HEINRICH ZEDLER, publicado en la primera mitad del siglo XVIII, se incluyen veintitrés denominaciones, cuyo significado histórico se explica (Notarii, tabelliones, tabellarii, tabularii, servi publici, iudices chartularii u Ordinarii, graffarii iudices, notarii ad banchum, librarii, scrinarii, scribae, protocollistae, chartularii, scriptores libellenses, memoriales o magistri memoriae, adjuutores primicerii, pragmatici, logographi, excerptores, epistolares, publici literarum architecti, iudices irregulares o extraordinarii, y singularii). *Vid.* tomo XIV, pp. 3395 a 3397. Edición facsimilar publicada en Gratz en 1962.

(96) Como es sabido, en Roma se distinguía entre los *instrumenta publica*, que eran los autorizados o recibidos por los funcionarios dotados de un *jus gestorum*, y que quedaban registrados en los *tabulae publicae*, *acta*, *gesta*, *commentarii*, *libelli*, etc., y los *instrumenta publice confecta*, redactados por los tabeliones. En la Edad Media se hace una clasificación tripartita de los documentos, distinguiendo los reales, los papales y los privados, sin que, por tanto, existieran como categoría independiente los documentos notariales. *Vid.* STEINACKER, ob. cit., pp. 2 y siguientes.

(97) Esta sustitución puede apreciarse comparando documentos pertenecientes a distintas épocas. Así, tomando como referencia el cartulario del Infantado de Covarrubias, mientras que en documentos del siglo XIII se proclama el carácter auténtico mediante la disposición de que fuera sellado, en los del siglo XIV se cumple esta función mediante la solicitud de la imposición del signo notarial. Sirvan como ejemplo estos documentos: Donación de 19 de septiembre de 1270: "E porque esta cosa sea firme et non venga en dubda, yo don Ferrand Royz, avant dicho abbat, fago seellar esta carta con mio sello pendent" (p. 115). Y un testamento de 16 de octubre de 1362: "E porque esto sea firme e non venga en dubda, ruego a los buenos omes que estan presentes que sean ende testigos, e a Joan Ferrandez, escrivano publico de Cuevasrruvias, que faga este testamento e lo que signe con su signo" (p. 214). *Vid.* *Cartulario del Infantado de Covarrubias*, por el R. P. don Luciano SERRANO, Abad de Silos. Prólogo de D. Javier Gómez Oña. 1907. Reproducción fotostática. Burgos, 1987.

o de los términos *sunscipsi* y *scripsi*, quizás representados por las llamadas notas tironianas o *pseudo notas* (98); según otros, equivaldría más bien a una marca, emparentada con las de los artesanos y las de los comerciantes en cuanto recurso dirigido a la garantía de sus productos y a la prueba de su procedencia. La primera teoría parte del estudio de la suscripción del documento, y a este respecto debe tenerse en cuenta, como ha expuesto CARNELUTTI, que en los documentos romanos la garantía de la autoría del documento no descansaba en el *subscripción* en cuanto “escritura del propio nombre que hace una persona al pie del documento”, sino que tal autoría se aseguraba por otros medios como era la autografía, bien de toda la escritura, o al menos de la fórmula *vale* u otra equivalente (*legi o legimus, rescripsi, benevalete*) (99); la indicación del otorgante del documento no se hacía al final del documento sino en su principio o en su contexto, por lo que constituía una *inscriptio* y no una *suscriptio*. Sin embargo, poco a poco se fue introduciendo la costumbre (luego confirmada e impuesta mediante constituciones imperiales) de incluir, con valor de *firmatio*, la suscripción nominal aun en documentos escritos de mano del autor, y ello con una doble función, la indicativa o identificatoria, por un lado, y la declarativa o asuntiva del documento, por otro (100). Según STEINACKER, tal práctica operativa no se puede considerar como singularidad romana puesto que coincide en esencia con la suscripción griega (101). Una innovación importante es la que, según ARTHUR GIRY, se produjo a partir del siglo VI cuando las suscripciones se hicieron acompañar por el signo de la cruz (*signum venerabile crucis*) (102), al que se añadía la identificación del autor, en nomi-

(98) Vid. CUTINI, Clara, “Signum notarii: il caso di Perugia”, en *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática Valencia, 1986*, Valencia, 1989, pp. 1313 y s.

(99) Los emperadores bizantinos utilizaban fórmulas como *parens carissime, Divinas te servet per multos annos*; y los papas y patriarcas emplearon durante mucho tiempo la siguiente fórmula: *Divinitas te servet per multos annos sancte et religiosissime pater*. Vid. DOLGER y KARAYANNOPOULOS, ob. cit., pp. 54 y 55, donde reproducen un texto antiguo según el cual el emperador Justino I, por ser analfabeto, utilizaba para firmar una plantilla “con las cuatro letras” (*lettara grammata*), esto es, *legi*.

(100) Loc. cit., pp. 234-238.

(101) Vid. ob. cit., p. 112.

(102) Según DU CANGE: *sane Christianos non alio signo subscripsisse, quam Crucis, probant vetustissimae Tabulae, uti in V. Crux observavimus*. Loc. cit., voz *Signum*, p. 251. Entre nuestros juristas clásicos Pedro GONZÁLEZ DE SALCEDO, en su obra *Theatrum honoris seu Commentaria ad l. 16. tit. 1. lib. 4. Recop.*, Matriti, ex officina Bernardi de Villa-Diego, anno MDCLXXII, hace constar cómo, por razones de piedad cristiana, se generalizó a partir de la práctica regia, el uso de la cruz para la firma de documentos: *Notandum est, Hispanas Gentes sic semper Sacrum hoc signum habuisse... Nam si Catholicorum Regnum crepundia recolimus, inveniemus ad felicitatis omen acceptum in Maiestaticis insignibus, Crucis signum imponere. Sic post captam Hispaniam, et recuperari caeptam, Primus Feiagius illud in vexillum accepiit; u quo ad caeteros translatum peculiare fuit... Regalia enim Mandata, Rescripta, aut Instrumenta nuda Crucis impositione*

nativo si la suscripción era autógrafa, o en genitivo en otro caso (103). Además, desde el siglo XI se hizo frecuente el adorno de la cruz, o *signum*, de todos los suscribientes con complicados rasgos y a veces monogramas (104), que los notarios, como escribanos profesionales, desarrollarían de una manera peculiar (105). Dada la creciente importancia probatoria atribuida a los notarios, en la práctica (106) se fueron convir-

vim et virtutem recipiebat, nec in eis suscriptio Regalis alia... Quae formula a Catholicis Regibus laudata, ad Castellanos Comites descendit, qui pietatem, etiam illam secuti vexilla Sacro Crucis Symbolo venerati sunt, et in Instrumentorum fidem, inviolabilitatem, et firmitatem ipso signo utebantur, ut evincitur ex Instrumentis Munii Nuñez, Ferdinandi Gundisalvi, et Sancii Comitum, relatis a Sandou... Pietas illa, et veneratio, ususque Sacri Signi in omni actu (ut diximus) sic receptus fuit inter Hispanos, ut ausus sit asserere Ambros. de Moral..., incluso vincula esta costumbre con la prerromana, con la utilización de la cruz como distintivo militar: Sic Cantabri, vel lumine rationale imbuti, vel scientiarum lectione, ac traditione (ut diximus) Crucem, in signum vexillare ducebant, credentes illo Duce omnia feliciter occurrenda; nam Crux a Prima Periodo Mundi symbolum foelicitatis, securitatis, et gloriae Hieroglificum habebatur..., pp. 529 a 531.

Johan MARQUARDO destacó en el siglo XVII el uso por los mercaderes del signo de la cruz en su *Tractatus de Jure mercatorum et commerciorum*, Francofurti, 1662, parte primera, p. 449, haciendo constar que *signum Christi sanctum fuit seculo veterum, ut in Instrumentis pro fide et subscriptione cederet*. Y cita a este respecto de la veneración y eficacia de la cruz lo escrito por LIPSIVS en su tratado *De Cruce*.

(103) Como consecuencia del analfabetismo generalizado, dice VOLTELINI, la firma autógrafa sólo se realizó raramente en la Alta Edad Media, considerándose suficiente la inserción de una cruz sobre la que los otorgantes y testigos impusieran su mano, con lo cual la firma dejó de ser un elemento esencial del documento, llegando los glosadores a considerarla irrelevante, y en los documentos notariales se entendió ser únicamente precisa la presencia de los testigos y la indicación de sus nombres (Glosa a *Subscriptiones* en l. 20 C. de *fide instrum.* 4, 21: *Hodie idem et si non subscriperint, si tamen interveniunt tres testes*; y glosa de *Subnotation* en l. 31 C. de donat. 8, 54: *tabellio eorum nomina subscribere debet*), concentrándose en el notario toda la fuerza probatoria. Ob. cit., pp. XIX y XX.

(104) Vid. GIRY, ob. cit., pp. 592-5. Algunos autores, como el Marqués de Abrantes, han relacionado los llamados sellos rodados con los signos, entendiendo que fueron “una categoría especial dos *públicos sinais*, mas nunca um elementos esfragístico”. Vid. *O estudo da sigilografia medieval portuguesa*, Lisboa, 1983, p. 29.

(105) REDLICH señala que la firma del escribiente o del notario comienza siendo simplemente una cruz, y sólo ya en el siglo X surgen signos particulares de determinados notarios (*signum notarile*). Ob. cit., p. 26. A partir del siglo XII se utilizará como signo el pronombre *ego* o el nombre del notario en figuración monogramática; y ya en un instrumento del año 1198 aparece como signo un motivo que tendrá una generalización posterior, consistente en la representación o alusión figurativa del nombre (en ese caso el notario se llamaba *Fortibrachium*, y el motivo del signo era un brazo doblado. REDLICH, ob. cit., p. 217. En la p. 230 menciona asimismo la representación del apellido *Wagner* “carretero” mediante una rueda), con lo que tales signos pueden denominarse parlantes, a semejanza heráldica.

(106) Como es sabido, los glosadores, partiendo del valor otorgado en la práctica judicial al documento notarial, reinterpretaron los textos romanos a fin de considerarlo como instrumento público partiendo de la consideración tanto del *tabellio* como del *tabularius* como personas públicas, y por tanto, dotadas de fe pública (*per se faciunt fide*), frente a las cuales los testigos no intervienen en función probatoria sino como mera solemnidad, y así en la Glosa se dice que *tabellioni sine testibus credi*, pues *non de fide scripturae, sed de solemnitate agitur*. Vid. VOLTELINI, ob. cit., pp. XXII a XXV.

tiendo en los únicos autores y habitualmente únicos firmantes del documento, en cuanto la fe pública de que eran titulares hacía superflua la materialización de la intervención de los otorgantes y de los testigos, de los que se estimaba suficiente la mención (107). Con ello, el signo notarial pasó a ser (108) la marca reveladora, aunque no siempre ni en todos los lugares imprescindible, de la actuación del notario, y su especial importancia hizo que espacial o topográficamente se trasladara desde el exterior al interior del instrumento, es decir, desde el lugar de las suscripciones al comienzo del instrumento o junto a la fórmula de la *completio* (109) o incluso que se repitiera en ambos lugares (110). Innecesario es, por tanto, destacar que nada tiene que ver el *signum* medieval, de los particulares o del notario, con el *signum* romano (alguna vez mencionado como *signaculum* y muy excepcionalmente *sigillum*), consistente en la aposición de la impronta de un anillo sigilar (111). Sin embargo, sí

(107) Vid. BRESLAU, ob. cit., p. 662.

(108) Frente a esta explicación evolutiva del origen del signo notarial en cuanto término final del hecho de la firma del documento, está la que considera al signo como marca de la intervención notarial en la confección del instrumento como creación personal, íntima y solitaria del notario a partir de la *nota* o *imbreviatura*, por él tomada al tiempo de la perfección del negocio jurídico, y desconectada por tanto de éste y del carácter constitutivo del instrumento. En este sentido, WILHELM SCHMIDT-THOMÉ vincula el signo notarial con las “marcas de garantía” habituales en el comercio (así para el vino, tejidos, pesas y medidas en la vieja Colonia) y en algunos oficios como los canteros. En apoyo de su teoría indica dicho autor que en ocasiones los notarios denominaban al signo precisamente “marca”, y que sólo en el siglo XVI se estableció (se refiere a Alemania naturalmente) la obligación de leer a las partes el instrumento y de firmarlo.

(109) O. REDLICH ha llamado la atención sobre el paralelismo histórico producido entre la concentración de toda la fuerza autenticadora en el signo notarial y la regresión de las fórmulas de la tradición y la compleción, señalando cómo ya en la Bolonia del siglo XI se produce frecuentemente la sustitución del *complevi et dedi* por el *scripsi et firmavi*. Ob. cit., p. 213.

(110) Según la glosa *Oportet Quod dicit signa, id est dicere manu tabellinis... vel aliud simile signum ut crucis... vel dic quasdam notas, quas faciunt quidam tabelliones, quae tamen nihil significant, sed ad comparationes faciunt, ut hic, et quod dicit, legere huiusmodi signa, dic, is est colligere et notare*. Guilielmus DURANTIS consideraba simplemente como *honestum* que cada notario utilizara un signo. Aunque la Glosa pretendió encontrar referencia al signo en la Nov. 73 c.6, como signo notarial más antiguo se cita uno de 955, publicado por SICKEL en *Monum. Graphica*, si bien otros como GLORIA sitúan el origen de los signos notariales propiamente dichos en el siglo XI. Vid. VOLTELINI, ob. cit., pp. XXXI y XXXII.

(111) Ángel RIESCO TERRERO dice no disponer “de datos suficientes para desautorizar a quienes sostienen, como seguro o al menos como muy probable, que el signo notarial visigodo y medieval (s. VIII-XIII) —por citar los más próximos al mundo romano— deriva del primitivo sello de anillo y que, en último término, es un sustitutivo de éste, una vez transformado de marca o impronta personal en símbolo de la colectividad gremial (futuro notariado), encargada de la redacción y hechura material de la documentación extracancillerescas”. Sin embargo, luego dice que “si atendemos a las prescripciones que los Códigos de Teodosio y Justiniano establecen para los testamentos... en modo alguno podemos afirmar que durante los siglos V-VII el *signum*, tanto notarial como el de los testigos, sea una proiungación derivada o sustitutiva del sello, ya que la suscripción completa con el nombre y signo de los intervinientes y testigos,

debe tenerse en cuenta que este sello anular no desapareció del todo, y que en ocasiones se añadía al signo de la cruz y a la mención del nombre, incluso en documentos notariales, si bien en la inmensa mayoría de los casos el notario se limitaba a poner además de su firma su signo autógrafa, teniendo el sello, eventualmente añadido, carácter accesorio y suplementario (112), carente por tanto del valor autenticador que se daba en el caso del sello público, que primero en los documentos regios, y luego, por comprensible mimetismo, en los de los altos dignatarios eclesiásticos y seculares, llegó a ser el único factor autenticador, excluyente de los testigos y las firmas, conforme a la máxima de que *sigillum habet vim subscriptionis* (113).

Según la otra teoría sobre el origen del signo notarial, éste habría tenido inicialmente no una función autenticadora de un texto ya escrito leído a las partes y aprobado por ellas, como la que se tenía con la aposición del sello público, sino simplemente reconocitiva de la intervención del notario. Como ha señalado WILHELM SCHMIDT-THOMÉ, en los primeros tiempos del Notariado, el notario se limitaba a tomar nota o *noticia* del convenio de los otorgantes, y posteriormente, dentro de un término que podía ser largo y realizarse en diferente lugar, confeccionaba su instrumento notarial, que iba provisto exclusivamente de la firma y signo del notario. Por ello, sigue diciendo dicho autor, el signo no era un rasgo dirigido a dar fuerza o a confirmar el escrito, como en el caso del sello, sino a garantizar la obra del notario, respecto a la correspondencia de lo escrito con el acto desarrollado en su presencia, y a la procedencia del instrumento, es decir, a su autoría. De ahí que en algunas fórmulas de autorización se refirieran a veces los notarios al signo como *marca*, según había sido ya señalado por OESTERLEY, y que tales signos puedan parangonarse con las “marcas de garantías”, desarrolladas principalmente en el comercio de vinos y telas, así como con los signos de los canteros, que en

debía añadirse, como complemento en la parte exterior el *signaculum* o impronta sigilar”. “Consideraciones en torno a la tipología documental y validación notarial de una Carta de Hermandad suscrita por el Consejo de Úbeda y la Orden de Calatrava”, en *Actas...*, Valencia, 1986, ob. cit., pp. 563-4.

(112) Sobre estos sellos utilizados por los notarios en Italia, *vid.* G. C. BASCAPÉ, ob. cit., pp. 359 a 377, donde se reproducen varios ejemplares. Según dicho autor, aunque generalmente se admite que los notarios italianos no tuvieron sello, y que los documentos fueron dotados de fe pública mediante la imposición del signo notarial y la firma, lo cierto es que, aunque raramente, los notarios sellaron los documentos, y que en las más importantes colecciones esfragísticas existen sellos de plomo anteriores al siglo x con cualificaciones notariales, y sobre todo varias matrices de sellos desde el siglo xiii en adelante; y que en los archivos no deja de haber algún documento notarial sellado (p. 359). Ya veremos cómo también existen referencias sobre la existencia de sellos notariales en España.

(113) *Vid.* FICKER, Julius, *Beiträge zur Urkundenlehre*, Neudruck der Ausgabe Innsbruck, 1877. Scientia Verlag Aalen, 1966, tomo I, pp. 92-3, y I, 96; y II, p. 189.

ocasiones eran concedidos por los gremios con expresa prohibición de variarlos (114). En todo caso, y sea cualquiera su posible relación histórica, repasando la colección de ERNST LEHNER (115) resulta que los signos o marcas utilizados por canteros, mercaderes, pintores, grabadores, herreros, fundidores, armeros y otros artesanos, tienen gran parecido con los empleados en la misma época por los notarios. Tampoco debe dejarse de mencionar que aunque por regla general, como se ha dicho, el signo está presidido por la cruz, hubo casos en que el signo es un remedo del sello de la comunidad política, como sucede, por ejemplo, en el correspondiente al primer notario conocido de Cuenca, cuyo signo dibujaba un castillo “símbolo parlante del reino a que pertenece Cuenca, prácticamente calcado del que se representa en los sellos céreos usados por el Cabildo de la catedral y por el propio Concejo” (116). Y en otros muchos casos se trata de signos parlantes con relación al apellido del notario, así, una herradura en el caso de Ferreiro (117), o tres flores en el de un Florensis (118).

IV. El sello en el instrumento notarial

Sin embargo, de lo dicho, el sello no puede considerarse totalmente extraño al documento notarial, puesto que en numerosos casos ha estado presente en él, estableciéndose múltiples relaciones entre uno y otro, hasta el punto de poder afirmarse que el sello ha sido y sigue siendo uno de los elementos de la solemnidad del documento notarial en sentido estricto. A este respecto conviene recordar que los documentos notariales son, además de públicos y auténticos, solemnes. Públicos lo son por razón de su autoría, auténticos en virtud de su eficacia (fehacencia), y resultan solemnes por la concurrencia en ellos de ciertos componentes extrínse-

(114) Vid. “Vom Notarsignet zum Notarsiegel. Ein Beitrag zur Geschichte des Notariats und der Notarurkunde”, en *Deutsche Notar-Zeitschrift*, Heft 18, August 1964, pp. 460 a 462. También alude al significado del signo notarial como marca de garantía Erich KITTEL en su obra *Siegel*, Klinkhardt & Biermann, Braunschweig, 1970, pp. 436-7.

(115) *Symbols, signs & signets. A pictorial treasury with over 1350 illustrations*, Dover Publications, Inc. New York, 1969, pp. 162 a 176.

(116) Vid. CHACÓN, Antonio, “El oficio de escribano en la ciudad de Cuenca. Siglos XIII-XIV”, en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1994, n.º 10, p. 98.

(117) *Laurentius Martini de Ferrariis notarius iuratus de Coronato et de Insula de Leonio*, en un documento gallego de 1269. Vid. LUCAS ÁLVAREZ, Manuel, “El Notariado en Galicia hasta el año 1300”, en *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática Valencia, 1986*. Valencia, 1989, p. 390.

(118) Su signo consistía en tres flores emergentes de un vaso. Vid. CUTINI, Clara, “Signum notarii: il caso di Perugia”, en *Actas del VII Congreso internacional de Diplomática*, ob. cit., p. 1317.

cos, morfológicos o plásticos, perceptibles por vía sensitiva o puramente intuitiva, y que se superponen al contenido literario o intelectual, que es, desde luego, predominante en el concepto genérico de documento, en cuanto le conviene la definición como objeto corporal capaz de representar hechos. El sello, junto al signo, y a la preceptiva configuración material, gráfica o estética del documento, y, hasta cierto punto, a algunas fórmulas rituales, constituye un factor de solemnidad en sentido estricto, ya que junto a este sentido, existe otro que alude, siguiendo a la tradición del Derecho común europeo, a los requisitos no pertenecientes al tenor del negocio, o sea, a las históricamente llamadas *solemnitates* o *publicationes*, y que son a las que se refiere el artículo 1.216 de nuestro Código civil, inspirado en el artículo 1.317 del Código de Napoleón (*et avec les solennités requises*), cuando hace depender el documento público a que sea autorizado por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley (119).

Pues bien, una primera incidencia histórica del sello en el documento notarial procede del *ius sigilli*, cuya evolución dio lugar a la figura de las *cartas blancas* (120), y a su producto final, el papel sellado del Estado. Como antecedente, puede ya conceptuarse la solemnidad del “protocolo”, requisito impuesto al papiro destinado a contener el documento notarial, establecido en la Novela 44.2 (Constitución 45). Conforme a ésta, efectivamente, los documentos notariales no podían extenderse en papiros (“cartas”) en blanco sino que tenían que estar provistos de una banda adherida a su cabecera (y de ahí el nombre de *protocolo*, equivalente a encabezamiento) (121), especie de sello, por tanto, en que debería figurar el nombre del “conde de nuestras sacras liberalidades”, así

(119) Sobre esto, puede verse ANDRINO, Manuel, “Papel timbrado notarial”, en *Gazeta de los notarios*, número 35, mayo 1992, p. 4.

(120) Respecto de ellas, puede verse FICKER II, 191 y s.; POSSE, 94 y 164.

(121) *Illud quoque praesenti adiicimus legi, ut tabelliones non in alia charta pura scribant documenta, nisi in illa, quae in initio (quod vocatur protocolum) per tempora gloriosissimi comitis sacrarum nostrarum largitionum habeat appellationem, et tempus, quo charta facta est...* Dada en Constantinopla 15 Kalendas de septiembre del año 537.

Quizá este significado de *protocolo* hizo que aún ya en la segunda mitad del siglo XIX, se aplicara el término no a la colección de instrumentos públicos, sino a cada una de las matrices de esa colección o “registro general”. Así lo hizo un autor tan significado como GONZALO DE LAS CASAS, que en su *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar* (tomo VIII, Madrid, 1857), daba como definición primaria de protocolo la de “el instrumento en que el Notario público consigna los contratos que pasan ante él y entre las partes”. Y como acepción secundaria, “el libro que forma el mismo funcionario con todos los protocolos que autoriza en un año” (p. 317). Y de ahí que en el modelo de cláusula de suscripción de las copias dijera quedar “su protocolo, a que me remito, en el registro corriente”; y propusiera además como “portada” de cada libro la siguiente indicación: “REGISTRO GENERAL DE PROTOCOLOS PÚBLICOS OTORGADOS ANTE FULANO DE TAL...” (p. 322).

como la fecha de su emisión. Este texto de JUSTINIANO fue incorrectamente interpretado por los glosadores, que, carentes de los precisos conocimientos arqueológicos, tradujeron el término *charta* con que el Epítome de JULIANO había trasladado al latín la voz griega *kartés*, como *cartula*, y estimaron que el pasaje se refería a la necesidad de redactar una minuta, imbreviatura o compendio, al dorso y como antecedente del instrumento *in extenso* o *in munda* (122). Aunque en dicha constitución se señalaba como justificación de tal exigencia la eliminación de *multas falsitates*, lo cierto es que el móvil fue de naturaleza esencialmente fiscal o recaudatoria, coincidente con el “derecho de sello” o *ius sigilli*, que se iba a desarrollar en la Edad Media, a partir del siglo XI (123) como facultad de autenticar, en virtud de la potestad jurisdiccional, documentos de terceros. Esa facultad fue ejercida, bien directamente en la Corte real o en las cancillerías señoriales, episcopales o municipales, o bien en oficinas especialmente destinadas a este fin por los titulares de la respectiva jurisdicción, de las que el mejor ejemplo lo proporcionan los llamados *tabellionages* o tabelionados reales franceses (124). En estos casos, el sello era signo de autoridad (125) y símbolo de potestad jurisdic-

(122) Según señala Hans v. VOLTELINI, la Glosa en el término *protocollum* de la dicha Novela 44. 2, fue la siguiente: *Protocollum dicitur a protos, quod est primum, et collum, quod est collatio scilicet literarum, quod dicit prima collatio literarum in charta. Non autem ideo dicitur, quasi in primo collo literarum hoc fiat, quia si fieret in primo collo chartae, secundum hoc charta haberet plura colla. In hoc autem initio imbreviatura totius contractus fiebat, et anni domini et similia, ut subiicit, et debet statim in eadem charta sive membrana fieri instrumentum, ut si esset dubitatio in instrumento, recurreretur ad imbreviatura, quae protocollum dicitur... Hodie autem haec non sunt in usu, sed vel in quaterno, vel prorsus alia charta fiunt huiusmodi rogationes, quae consuetudo cum sit generalis vincit hanc legem generaliter*. Igualmente el *Ordo iudiciarius*, editado por Gross, y escrito entre los años 1170 y 1180, dice: *Nota, quod protocollum vel ceda vel abreviatio est scriptum, quod in contractibus fit a tabellione civitatis in pegameno ex parte pili, et sub brevitate comprehenduntur ibi dicta testium et nomina eorum ibi apponuntur. Postea quod ibi breviter continetur, ipse tabellio cum magna cura et magna solemnitate dictorum ex parte munda, id est cutis, quae in Lombardia etiam purgari non indiget, disponit et ordinat et illud scriptum dicitur mundum a parte pergamini, qua scribitur*. Vid. *Die südtiroler Notariat-Imbreviaturen des Dreizehnten Jahrhunderts*, Erster Theil, Innsbruck, p. XXVII.

(123) F. OESTERLEY afirma que la utilización del sello en los documentos de terceras personas fue absolutamente rara hasta el siglo undécimo, y vincula el origen de ese derecho de sello con el derecho de blasón. Ob. cit. I, pp. 376-7.

(124) Vid. respecto a éste, BAUTIER, Robert-Henri, “L’authentification des actes privés dans la France medievale. Notariat public et jurisdiction gracieuse”, en *Actas del VII Congreso... Valencia, 1986*, ob. cit., pp. 701 a 772, y especialmente pp. 761 a 772.

(125) La personificación de la autoridad en el sello se ponía de manifiesto en las reverencias tributadas al Sello Real, siendo a este efecto muy ilustrativa la descripción del ceremonial con que se solemnizó la entrada del Sello Real en la capital de la Isla de Santo Domingo en 1862, según el relato publicado en el *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XVI, Madrid, 1862, pp. 381-2. Paladinamente se declara que “se mandó iluminar la capilla, escogida para hospedaje y verificar la veia y custodia dei Real selio; pues cumpliendo con la ley de Indias, muy sabia para presentar de bulto al pueblo rudo y lejano la

cional (126), que se interponía en el acto, con la exacción de una prestación o merced por parte del súbdito favorecido, denominada *sellatura* (127). Tuvo el *ius sigilli* una amplia esfera de aplicación (128), y mientras en los países o comarcas de escasa implantación del Notariado latino, su significación autenticadora fue importante, puesto que el sello era el único elemento determinante de validación de los documentos, en aquellos en que el Notariado se desarrolló plenamente, el sello autenticador no era esencial, por cuanto la fuerza autenticadora o ejecutiva inmediata del instrumento derivaba de la intervención de un funcionario depositario de la fe pública. Mas pese a ello, por motivos fiscales, también el sello oficial se extendió a veces al documento notarial. Sin embargo, la concurrencia de la fe pública dispensada directamente a través de la *sellatura*, y de la misma fe pública atribuida mediatamente a través del funcionario que el poder soberano había creado para el fin específico de dar autenticidad plena a actos y contratos, no podía mantenerse en los términos iniciales, produciéndose, con la progresiva extensión del derecho de sello, un doble resultado: el papel sellado como forma meramente fiscal, y la utilización del notario como *sellador* o custodio del sello, determinando la confusión de éste con el signo notarial, al provocar o favorecer el tránsito del clásico signo notarial al sello oficial del Notariado. En los primeros estadios

personificación de la patria común y de la monarquía en la justicia, había de hacerse su entrada con la misma autoridad que la de la Real Persona". Por eso, entre otros homenajes ("guardia de honor, salvas, repiques y colgaduras"; "músicas, iluminaciones y otras diversiones"), el sello fue conducido bajo palio, y colocado en "un trono con Corona y manto Real", "sobre almohadones de terciopelo con galones de oro".

(126) Si la facultad de sellar se ejerció en un primer momento tan sólo por el rey o el señor, posteriormente se fue extendiendo a otras corporaciones y autoridades, siempre por concesión del superior, y bajo el control de éste. A propósito de los sellos concejiles, Julio GONZÁLEZ ha señalado cómo "contra el consentimiento del rey o del señor, el concejo no podía hacer uso del sello", "siendo prueba inequívoca del derecho del señor sobre el sello del concejo... la ejecución de una sentencia pronunciada en 1378 por Enrique III al posesionarse de la villa de Palma del Río, Micer Alfonso Bocanegra, en virtud de la cual el concejo tuvo que entregar su sello de latón a dicho señor". "Los sellos concejiles de España en la Edad Media", en *Hispania, Revista Española de Historia*, tomo V, n.º XX, Madrid, 1945, p. 342.

(127) SAGARRA, Ferrán, *Sigillografía Catalana*, ob. cit., p. 57, donde continúa diciendo que a veces el documento se daba franco del derecho de sello, lo que significaba una nueva merced que otorgaba el monarca, y que se consignaba generalmente en el mismo documento. Otras veces se daba franco de ese derecho por haberse así convenido, citando dos documentos en que se dispuso la entrega de documentos francos del *ius sigilli*.

(128) Aunque sí existen afinidades entre la sigilografía y la numismática, no parece, sin embargo, aceptable la afirmación de Rafael NÚÑEZ LAGOS de que acuñación de la moneda, "el cuño del soberano sellando auténticamente el bronce (*aes rude*) o los trozos de cuero de oveja (*pecunia, moneta signata*)", pueda considerarse como "una manifestación del *ius sigilli* antes de la Edad Media". *Hechos y Derechos en el documento público*, Madrid, 1950, p. 403. En la moneda falta el carácter meramente autenticador de una declaración documental, y debe reconducirse al género de las marcas identificatorias.

de la coexistencia del *ius sigilli* con el signo notarial, se trató de justificar aquél presentando al sello como solemnidad adicional añadida al documento notarial, ya perfeccionado, a través de la incorporación de una marca del poder público específicamente prevista para este fin. Sin embargo, y aunque no dejó de reiterarse oficialmente el significado del sello en cuanto garantía frente a la tentación de falsificar el documento, el aspecto autenticador y jurisdiccional del sello se irá progresivamente debilitando hasta oscurecerse casi totalmente, mientras que los beneficios económicos derivados del sello constituirán una saneada fuente de ingresos, que se intentará consolidar y aprovechar convenientemente. Adquirirá así el sistema del sello una complejidad determinante, por un lado, de la diversificación de los sellos, y el establecimiento de oficinas especiales para la selladura, las cuales también recibieron la denominación de *sello* (129), y por otro, el nacimiento de la práctica del presellado. En cuanto a la diversificación del sello, se crearán diferentes especies de él, vinculadas a cada clase de jurisdicción o actos, y así habrá un *sigillum ad causas* para los actos procesales; un *sigillum ad contractus* para los contratos; un *sigillum obligationum* para las obligaciones; un *sigillum hereditagiorum* para los derechos sobre herencias; un *sigillum pro mundinis* para los derechos sobre ferias, etc., etc. (130).

En cuanto al papel presellado, ya hemos visto el antecedente remoto de la Novela 42.2 de JUSTINIANO. En Occidente su precedente inmediato lo constituyeron las llamadas *cartas blancas*, de las que se habla en la “Crónica de Alfonso XI”, al relatar cómo en 1301 se acordó que los tutores del rey niño “tomasen cada uno *cartas blancas* para los pleitos que librasen en las villas” (131). Parece ser que el papel sellado se introdujo

(129) Faustino MENÉNDEZ-PIDAL escribe que “para dar validez plena ante los tribunales a un acta entre particulares... se recurre a hacerla sellar por una autoridad, para que lleve un sello auténtico... Por sellar estas cartas se cobraban unas tasas, que llegaron a constituir una saneada fuente de ingresos para los poseedores de un sello auténtico. Quizás como una extensión de esta costumbre se llamaron también *derechos del sello*, *ius sigilli*, las cantidades que pagaban los destinatarios de documentos reales (privilegios, títulos de oficios, nobiliarios, etc.) y su cuantía estaba minuciosamente regulada en función del tipo de documento y del beneficiario. En el reino de Aragón se ordenan por el Parlamento de Tarragona en 1235, cuyas normas son desarrolladas en las Cortes de 1283, 1292, 1300 y siguientes. También en Castilla se especifican en el Código de las Partidas, y Enrique II, en 1369, elevó sus percepciones, ratificadas por los Reyes Católicos en 1476.—El más antiguo testimonio del uso del sello real para validar documentos particulares corresponde a Navarra. En 1198 consta que Sancho VII tenía su «sello» «puesto» en Abárzuza, cuyas rentas cede al Obispo de Pamplona”. Ob. cit., p. 48. Puede verse también el trabajo de GARCÍA LARRAGETA, Santos, y otros, titulado “El sello real de Navarra instituido en las villas del Reino”, publicado en *Actas del primer coloquio de sigilografía*, Dirección de Archivos Estatales, Madrid, 1990, pp. 83 a 105.

(130) Vid. PASTOREAU, Michel, ob. cit., p. 31.

(131) Vid. MENÉNDEZ-PIDAL, Faustino, ob. cit., p. 74, donde señala que “hay también alguna mención excepcional de esas *cartas blancas* en la cancillería papal del siglo XII y en la

como recurso fiscal en algunos países europeos puesto que la Real Cédula de 15 de diciembre de 1636 (Nueva Recopilación 4. 25. 44), mediante la que se estableció en Castilla el papel sellado desde primero de enero de 1637, lo hizo “confiando por la experiencia de otras Provincias, se conseguirá en las nuestras la misma utilidad”. No obstante, entre los especialistas se suele considerar que dicha Real Cédula fue la creadora del papel timbrado. “A pesar —escribe ÁNGEL ALLENDE— de que algunos historiadores extranjeros indican que la primera nación en implantar el papel timbrado fue Holanda en 1624, nuestras exhaustivas investigaciones nos conducen a asegurar que fue España en 1637” (132). Lo que sí se sabe con bastante certeza es la gestación de lo que la Real Cédula denominó “nueva solemnidad del Sello”. En la Cédula se dice haber “visto lo que sobre él me propuso el Reyno junto en Cortes”, y MERINO GUINEA señala que “la penuria del Estado por las continuas guerras de aquella época obligaron a Felipe IV a ordenar a todos los consejos y ministros que le señalasen los medios para aumentar los ingresos del Estado, y entre los que ofreció el Consejo de Hacienda figuró precisamente el nuevo Impuesto del Papel sellado” (133). Las razones aparentemente determinantes de la innovación fueron remediar los excesos producidos por “el uso de los instrumentos, y Escrituras falsas”, y afianzar y asegurar “la

imperial del XIII. Como luego veremos, las plantillas impresas preselladas mecánicamente fueron luego muy comunes en los siglos XVIII y XIX”.

(132) “En primer lugar —continúa diciendo— la independencia total de Holanda no fue reconocida oficialmente hasta 1648, y es precisamente en este año cuando aparece el primer papel timbrado en la región de Brabante, antiguo ducado en territorios que hoy forman parte de los reinos de Holanda y Bélgica.— Seguramente lo que ocurrió es que en Holanda, que estaba formada por siete provincias en lucha contra los españoles durante el primer tercio del siglo XVII, surgió la idea del nuevo impuesto, a consecuencia de un premio que se ofreció al que descubriera un nuevo arbitrio que fuese productivo y poco vejatorio. Lo que falta saber es si el nuevo impuesto fue idea de los tercios españoles que luchaban en los Países Bajos, o de los propios holandeses. Nos inclinamos a creer que la idea fue de los españoles, ya que al estar lejos de la patria, no hay duda de que necesitaban dinero para su sustento y el mantenimiento de sus ejércitos. En resumen, tal vez la idea o invención del papel timbrado tuvo su origen en los Países Bajos, pero lo que se puede asegurar, sin lugar a dudas, es que el nuevo impuesto timbrado se puso en práctica en España en el año 1637.— Las investigaciones realizadas sobre la implantación del papel timbrado en los países extranjeros, por datos fidedignos que obran en nuestro poder, nos llevan a la conclusión que fueron las siguientes naciones las primeras que adoptaron el nuevo sistema: Bélgica y Holanda, 1648; Francia, 1655; Inglaterra, 1694, y sucesivamente por otras naciones”. *Timbres españoles*, Documentos Antiguos, S.A., Barcelona, 1969, pp. 17-8. El autor no hace, sin embargo, mención de la referencia a la práctica en “otras Provincias”, contenida en la Real Cédula de 1636.

(133) *Vid.* “Consideraciones sobre el Timbre español”, en la obra citada de Ángel ALLENDE, p. 11. Este autor sigue diciendo que “el público atribuyó la invención del nuevo impuesto al confesor del Conde-Duque; y aunque éste tomó una parte muy activa en su implantación por haber figurado en la Junta que dictaminó su empleo, lo cierto parece ser que el arbitrio fue decidido por don Antonio de Mendoza”.

legalidad y fidelidad de los Instrumentos" (134). Se pretendió configurar estos sellos como medio de "validación" de los instrumentos, "porque nuestra voluntad es añadir esta nueva solemnidad del Sello por forma substancial, para que sin ella no puedan tener efeto, ni valor alguno". Por ello puede decir F. MENÉNDEZ-PIDAL que el papel sellado suponía "la resurrección, con fines puramente fiscales, del viejo concepto del sello auténtico o público" puesto que "la presencia del sello real confería al acta privada una especial credibilidad" (135), y aún en el siglo XIX se seguía afirmando en algunas disposiciones, como el Real Decreto de 16 de febrero de 1824, que los instrumentos "para hacer fe y tener curso se han de extender en una de las clases de papel" dispuestas. Sin embargo, el que esto no se llevó a sus últimas consecuencias se advierte respecto de los documentos privados ya que por el sello no adquirían "mas fuerza, fee, ni autoridad de la que por Derecho tienen, y deben tener" (136). Y en realidad su finalidad principal fue fiscal (137), como se desprende de la gestación del nuevo medio y de los siguientes particulares de la regulación positiva. En primer lugar, el sello sólo vino exigido respecto a

(134) Efectivamente, la Real Cédula comienza diciendo que "haviendo reconocido los grandes daños que padece el bien público, y particular de mis Vassallos con el uso de los instrumentos, y Escrituras falsas, cobrando fuerza este delito de la frecuencia que ocasiona la poca prevención, y cautelas, que hasta aquí ha tenido esta materia, y que ha llegado a términos en estos tiempos, que ni bastan las dispuestas por mis Leyes Reales, ni el temor de sus penas ni diligencias de mis Iusticias". Y en otro pasaje señala que con lo exigido "queda afianzada, y assegurada, quanto se puede, de la legalidad, y fidelidad de los Instrumentos. Y para escusar fraudes, ordeno, que los Escribanos tengan obligación de poner al pie de dichas escrituras que se sacaren, el día que se sacan y como se sacaron en el Pliego Sellado, y lo mismo se ha de notar a la margen de dichos Protocolos, dando fee dello".

(135) "A cambio del pago de los derechos del sello, los documentos extendidos en papel sellado gozaban de mayor credibilidad en los tribunales, porque su falsificación era menos hacedera, siquiera en teoría, por la dificultad que suponía para un falsario procurarse papel de un año ya transcurrido. Este uso, ampliado y modificado, continúa hasta nuestros días en el papel y efectos timbrados. La mención del año dejó de hacerse en 1904, sustituida por un número de serie (desde 1871) que permitía conocer la fecha de fabricación y venta de cada pliego". Ob. cit., p. 73. Debe advertirse que el control numérico sólo se aplicó en esa fecha en los cinco primeros valores, y que fue en 1872 cuando se extendió a todos los valores. *Vid.* ALLENDE, A., ob. cit., p. 21.

(136) Sí se le concedía "prelación a todos los Créditos personales, y Quirografarios, que estén escritos en Papel común, sin Sello, graduándolos después de las Escrituras públicas...".

(137) Que el papel sellado tuvo de todas formas una significación puramente instrumental, como factor de autenticidad de la procedencia y de solemnidad estética, se advierte en el hecho de que en los señorios jurisdiccionales también se introdujo el papel presellado, con el sello situado al pie del mismo, y por tanto junto a la firma del señor o su representante. Puede citarse a este respecto el papel utilizado por el Barón de Spes, provisto de un hermoso sello grabado por M. B. y dibujado por J. C. que aparece, por ejemplo, en el nombramiento de Pedro Vidal y Asín como Escribano de la Casa y Estados del mismo en el Reino de Aragón que lleva fecha de 4 de febrero de 1815. El sello previamente grabado suplía claramente el impuesto al tiempo de la firma por cualquiera de los procedimientos tradicionales.

las copias (que al ser el documento circulante estaba indudablemente más expuesto al riesgo de falsificación) en cuanto al primer pliego, pues se dispuso que “los demás se puedan escribir en Papel ordinario, sin Sello ninguno”. En segundo lugar, se admitían determinados instrumentos exentos, por razones puramente económicas, de la nueva solemnidad, como eran los “testamentos de los Pobres, que mueren en los Hospitales, y los que se hacen ad pias causas”.

Por otro lado, hay que señalar que la nueva utilización del sello, generalmente lo era mediante el presellado, pero que excepcionalmente admitía la posibilidad del sellado posterior a la perfección del documento (138). Y que en estos nuevos sellos se varió el procedimiento técnico habitual en los sellos reales que siempre se habían realizado en relieve y ahora lo fueron en tinta, según un procedimiento de remoto origen oriental, con el que están relacionados los facsímiles de los signos notariales utilizados en el Alto Aragón en los primeros años del siglo XVII, y asimismo la estampilla con la firma del rey (139).

Hubo, pues, a través del papel sellado, cierta concomitancia entre el sello como forma solemne autenticadora, y el instrumento notarial, pero aquél fue básicamente un medio de exacción fiscal, que carecía de especificidad notarial por cuanto se aplicó a toda clase de documentos o “despachos”. La finalidad puramente instrumental, de solemnidad notarial, sí existió, por el contrario, en el papel sellado de los Colegios Notariales de los territorios españoles exentos del Impuesto del Timbre, en el cual habían de extenderse necesariamente los instrumentos notariales conforme a los reglamentos notariales de 1921 y 1935. E igualmente cabe apreciar tal significación en el sistema de papel timbrado de exclusivo uso notarial implantado por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de enero de 1992, de acuerdo con lo autorizado

(138) “Porque muchas Escrituras, y Despachos se suelen expedir en pergamino, por la perpetuidad, y comodidad de las Partes, en que no se puede platicar la forma, ordenanza de Pliegos Sellados, y no es justo privar a las Partes del interés que en esto tienen, ni tampoco sería razón dexar expuestos estos Instrumentos a riesgos de falsedad: ordeno, y mando, que en mi Consejo se diputen Sellos particulares en poder de la persona que para esto señalaren. Y que con ellos se sellen qualesquiera Cédulas, Privilegios, Executorias: o otro qualquier genero de Despacho, que se escriviere, en pergamino, aplicandole el Sello que le correspondiere conforme a su calidad”.

(139) *Vid.* MENÉNDEZ-PIDAL, F., ob. cit., pp. 73-4. En cuanto a los procedimientos de estampación del sello, si inicialmente se utilizó la tipografía y la xilografía, en 1819 se emplearon ya medios de estampación más perfeccionados, así como el sello en seco con la efigie de Fernando VII; en 1827 se añade el Escudo Nacional en seco; en 1846 los valores Oficio y Pobres, hasta entonces impresos, se convierten en sello en seco; en 1854 se utiliza por primera vez la impresión en color; en 1890 el escudo de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre aparece por primera vez en color en lugar de en seco; desde 1940 se utilizó la técnica de impresión en litografía. *Vid.* ALLENDE, A., ob. cit., pp. 13 y 20-1.

por la Resolución de la Dirección General de Tributos de 4 de abril de 1991. Y esto es así porque aun cuando tal Resolución no contiene ninguna indicación al respecto sino que se limita a señalar las motivaciones funcionales de la innovación, a saber, la garantía de permanencia del documento gracias a la especial calidad del nuevo papel, y la interposición de obstáculos adicionales frente a la posible falsificación (escudo notarial transparente, numeración de los dos folios del pliego, distribución directa), el papel sellado especial contribuye a hacer del instrumento notarial una cosa singular, diferenciada y especialmente solemne (140). Al mismo fin contribuye la etiqueta o sello, creado por la *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre* con unas especiales condiciones de seguridad, utilizado a partir de 2000 en todas las copias y testimonios notariales, con la finalidad de evitar falsificaciones materiales.

Pero como hemos anticipado, la relación del sello auténtico con el documento notarial no se limitó a las conexiones surgidas por el establecimiento del papel sellado. Recordemos que la contradicción inherente a la concurrencia de la fe pública directa y de la mediata (notarial), se superó en algunos países, y especialmente en Francia, mediante la confluencia de dos funciones y cargos inicialmente diferentes, cuales eran la del guardasellos o sellador y la del notario, ocurrida en la persona y funciones de este último, siendo el carácter de ciertos notarios como selladores públicos (141), o *custodii sigilli*, o sea, de funcionarios destinados “a la tabla” de los sellos reales (142), una práctica histórica bastante fre-

(140) Si la existencia de ese papel especial es plausible, y su subsistencia no debe depender de la mala calidad del papel timbrado general, por cuanto cabe y debe relacionarse con las solemnidades instrumentales, y en alguna medida receptor de la resonancia histórica de la virtud validatoria del sello auténtico, la regulación realizada merece críticas en múltiples aspectos. En primer lugar, por razón del rango normativo dado a esa regulación, puesto que debió hacerse mediante Real Decreto, ya que el papel timbrado para los documentos notariales está regulado en el Reglamento Notarial, y precisamente con disposiciones que en cuanto a la misma denominación y otros aspectos (así las alusiones a reintegros móviles y clases de papel: arts. 154, 240, 241, 270 y 284) están manifiestamente inadaptadas a la normativa fiscal vigente. Entre las normas reglamentarias inaplicables debe mencionarse el artículo 248, por cuanto la normativa que ofrece ha desaparecido, debiendo entenderse que el notario sólo podrá denegar su ministerio cuando no se le entregue el importe del papel timbrado, puesto que sólo a él le será posible obtener el papel especial. Por otra parte, que ese papel sea la única forma de asegurar una razonable calidad material del producto expendido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, y que además el coste adicional recayera de momento en los notarios, puede decirse que casi raya en lo bochornoso.

(141) *Vid.* POSSE, ob. cit., pp. 146-7.

(142) Así, en la cédula concedida por Juan II a D. Álvaro de Luna, respecto a mercedes sobre bienes confiscados, se dice: “E mando al mi chanceller e notarios e a los otros que estan a la tabla de los mis sellos que vos den e libren mis cartas e privilegios las mas firmes e bastantes que vos conpliere”. *Vid.* GUILLÉN BERMEJO, María Cristina, “Sellos reales en la Biblioteca Nacional (Siglos XIV-XV)”, en *Hidalguía*, marzo-abril 1988, núm. 207, p. 193.

cuenta (143) como lo demuestra el hecho de que a los notarios o escribanos públicos se les denominara en ocasiones genéricamente *sigillarii* (144), y específicamente “escribanos y notarios de los sellos”. Esta tradición histórica se vería revitalizada por una tendencia que llevó a la sustitución del signo notarial tradicional por el Sello Real. En este proceso influyó el hecho de que en algunos países como Alemania, a partir del siglo XVI se había producido una progresiva sustitución del signo, primero por el sello del Notariado, y después por la utilización de este último más otro sello particular de cada notario (145). El avance definitivo se produjo en Francia como consecuencia de la Ordenanza establecida en 1696 por Luis XIV, conforme a la cual los documentos notariales habían de sellarse con el Sello Real, para lo cual se crearon selladores especiales, de acuerdo con la tradición del *tabellionage* francés. Como señala SCHMIDT-THOMÉ, las dificultades prácticas inherentes al nuevo procedimiento llevó a imponer a los notarios la utilización de un sello oficial con las armas reales, sello que vino a sustituir al signo tradicional, y a recalcar el hecho de que el notario actuaba en nombre y por encargo de su Rey, como fiel servidor del mismo (146). Este sistema se extendería a Europa con la Revolución Francesa, y supondría la desaparición del signo notarial fuera de España, y de algunos países hispanoamericanos.

Pero aparte y además, el documento notarial ha confluído con el sello de otras maneras. En primer lugar, sobre todo en los territorios donde la implantación del Notariado fue más tardía y débil, debe tenerse en cuenta la existencia de documentos notariales a los que se añadían los sellos de los otorgantes (147). Y a la inversa, el creciente prestigio del docu-

(143) Como señala BONO, ya en Lorena, mediante la ordenanza de 1232, los tabeliones autenticaban los documentos con el sello ducal; e igualmente ocurría en el ducado de Bretaña en el siglo XIII. *Historia...*, I. 1, pp. 92-3.

(144) *Sigillarii appellati Scribae seu notarii, quod penes eos esset sigillum jurisdictionis, cujus erant scribae, nostris sigilliers*. DU CANGE, loc. cit., p. 239.

(145) Según F. OESTERLEY la sustitución de los *signa* por verdaderos sellos se fundamentaba en la mayor comodidad del procedimiento, en la mayor dificultad de imitar los sellos que los signos con lo que se entendía prestaban mayor seguridad, y, finalmente, en la asimilación a la otrora importante garantía del sello. Ob. cit. I, p. 562.

(146) “Vom Notarsignet zum Notarsiegel...”, loc. cit., pp. 473-4. Con posterioridad, los notarios franceses variaron el modelo, y así, hemos visto utilizar en 1848 a dos notarios marseilleses asociados un sello en seco, de forma circular, en cuya sección exterior se indica el nombre de los notarios y el de la ciudad de su residencia, y en el interior el dibujo de una balanza y de las tablas de la ley, encabezadas con el término LEX, sobre el conjunto la mención “Charte 1830”.

(147) O. REDLICH se refiere (aparte de los casos citados por GIRY referentes a los asuntos de jurisdicción voluntaria en el norte de Francia) a la práctica desarrollada en Alemania de añadir al instrumento notarial los sellos de los obispos, o de los otorgantes de alta categoría social. Ob. cit., p. 231. Asimismo, el Marqués de Abrantes nos dice, con referencia a Portugal, que allí no son pocos los documentos redactados por los notarios y provistos de su signo (“ornados com os seus *sinais*”) y además con los sellos de las entidades que “haviám ordena-

mento notarial a partir del siglo XIII hizo que muchos documentos ya definidos como públicos por la aposición de sellos auténticos, se revalidaran notarialmente, a fin de sobreañadir a su condición de sellados (en sentido estricto) la calidad de notariales. Asimismo, se conocen bastantes casos en que el notario imponía su propio sello al instrumento autorizado mediante su signo a fin de poner de relieve, según indica HANS GERIG, sus vínculos familiares o el desempeño por él de algún oficio público (148). Pueden verse numerosas reproducciones de estos sellos en las obras de MURATORI (149) y de BASCAPÉ (150).

Los componentes sensitivos del sello (*sensational quality*), su adecuación, en definitiva, a la percepción mística, no sólo han favorecido su integración en el documento notarial sino que han sido los decisivos para ello, aunque al justificarse su adopción como instrumento principal o accesorio de autenticación no se haga referencia a tal cualidad sino que todo quede limitado a alegaciones puramente racionales, como históricamente lo fue la supuesta mayor dificultad en la falsificación de un sello que de un signo o firma manuscritos, lo que hoy es evidentemente insostenible. Lo que sin duda permanece es su virtualidad para, de una manera que puede denominarse *inefable*, es decir, a través de una comunicación por mera revelación intuitiva, provocar la percepción de solemnidad, de verdad y de seguridad a las que por esencia sirve el documento notarial.

V. El sello en el Notariado español

A. Antecedentes históricos.

En España el documento notarial estuvo caracterizado y determinado formalmente por la incorporación del signo, que como ha señalado BONO HUERTA, constituyó el símbolo del sistema románico del *instrumentum publicum* o documento notarial, frente al sistema germánico del *instru-*

do a su sua emissao e que, portanto, eram os seus principais e ultimos responsáveis". GONZAGA DE LANCASTRE E TÁVORA, Luis, Marqués de Abrantes e de Fontes, *O estudo da Sigilografia medieval portuguesa*, Instituto de Cultura e Lingua Portuguesa, Lisboa, 1983, p. 80.

(148) "Los signos notariales más antiguos de Colonia", en la obra *Los signos notariales*. Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta, volumen II, tomo 2, Barcelona, 1963, p. 171. Según este autor, "estudiar la cuestión de hasta qué punto los notarios tomaron sus emblemas de los sellos para los signos, o de los signos para los sellos, merecería ocasionalmente el esfuerzo y sacrificio de un investigador".

(149) Vid. OESTERLEY, Ferdinand, *Das deutsche Notariat. Band I. Geschichte des Notariats*, Neugredruk der Ausgabe Hannover, 1842. Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 324, donde se hace referencia a la autenticación de una bula de Alejandro III de 1171 donde el notario dice *meo solito sigillo signatum*. OESTERLEY aclara que la autenticación es del año 1397.

(150) Ob. cit., pp. 361 a 377.

mentum authenticum sigillo signatum, propio del área germánica (151). El signo era, en palabras de JOSÉ FEBRERO, “el carácter Real”, o sea, regio, que vigorizaba las escrituras (152), es decir, la expresión gráfica de la facultad de crear documentos públicos, atribuida por el poder supremo individualmente al notario como profesional liberal, frente al sistema del sello de naturaleza impersonal, objetiva y burocrática (153). Por ello, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS, nuestra doctrina tradicional fue “unánime en sostener que el signo era de sustancia de las cartas o instrumentos públicos... de manera que su omisión los viciaba, los convertía en meros documentos privados” (154). Tan relevante era el signo para la autorización del instrumento público que en algunas fórmulas notariales la dación de fe se expresaba precisamente mediante la expresión “doy signo y firmo” (155). Por ello, congruentemente con esa relevancia formal y sustantiva, mereció el signo mención expresa en los títulos otorgados para el ejercicio del notariado, según puede verse en los formularios conocidos (156).

(151) *Historia del Derecho notarial español*, I,2, p. 88.

(152) *Librería de Escribanos*, Parte I, tomo 3.º, cap. XVI, p. 423 de la 4.ª edición, Madrid, 1789, facsímil del Consejo General del Notariado, Madrid, 1990.

(153) En el sistema germánico, escribe BONO HUERTA, “la escrituración se realiza no por un notario de una manera personal e independiente, sino impersonalmente y de manera subordinada, en un organismo o centro documental (Beurkundungstelle, en la terminología alemana). La autorización del documento no la confiere un notario mediante su completo, simbolizada en su *signum*, sino por la aprobación administrativa manifestada en la aposición del *sigillum*.—El esencial burocratismo dominante en la concepción de estas instituciones «paranotariales», fue el germen que acarrió su desaparición casi general desde el s. XVI, en tanto que la institución notarial, basada en la libre profesionalidad «pública» (es decir, mediante legítimo título), perduraba sólidamente asentada en la tradición”. *Historia...*, I,2, p. 88.

(154) “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, en *Homnaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1991, volumen VII, p. 739, donde, en nota, reproduce la sentencia de Montalvo *et nisi instrumentum sigillit, est scriptura privata*, junto a otros textos en el mismo sentido de Gregorio LÓPEZ, COVARRUBIAS, AZEBEDO, JUAN GUTIÉRREZ, FARIA, CASTILLO, MATIENZO, SIGÜENZA, HEVIA BOLAÑOS, FEBRERO, LÓPEZ FANDO, ORTIZ DE ZÚNIGA, MORENO y MUÑO.

(155) Así, por ejemplo, el notario de Hellín Francisco Antonio Nieto Espinosa autoriza un traslado o testimonio en estos términos: “Yo, Francisco Antonio Nieto Espinosa Escribano por el Rey Nuestro Señor en el Número y Ayuntamiento de la Villa de Hellín Doy signo y firmo el presente en ella a Doce del mes de Mayo de mil setecientos veinte y nueve años” (Colección del autor).

(156) Así, en el formulario de Juan II de Castilla se dice: “E es mi merced que todas las cartas e contractos e testamentos que por ante vos pasaren en que fuere puesto... vuestro sygno a tal commo este que vos yo do, de que mando que usedes, mando que valan e fagan fe...”. Vid. ARRIBAS ARRANZ, Filemón, “Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo xv”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección primera, Estudios Históricos, volumen I, p. 252. Puede verse también la fórmula de un título correspondiente al de 1696 publicado por Cabezón Astráin, en la *Revista de Derecho Notarial*, XX, p. 382, que dice: “Y mandamos que todas las escrituras, poderes... signados de vtro signo, tal como este... que aquí os damos, de cual, y no otro alguno mandamos que useis, tengan y agan fe...”. En la fórmula reproducida por Pedro Escolano (*Práctica del Consejo Real*, tomo II, p. 249), correspondiente al siglo XVIII, se lee:

Por el contrario, ni en los textos legales ni en la doctrina se menciona el sello, como opuesto al signo hasta el punto de que se definía al signo como “sello Real” que autorizaba la escritura (157) aunque a veces para referirse al signo se utilizara, por influencia latina, aquel otro término y se empleara el verbo “sigillare” para la acción de signar. Mas, sin embargo, no estuvieron los sellos totalmente apartados de los documentos notariales. En primer lugar, también hubo entre nosotros notarios que a su signo añadieron un sello personal. Así, MARÍA TERESA GONZÁLEZ BALASCH menciona al notario de Lugo Pedro Iacobi, quien en su traslado del año 1285 referente a un documento de septiembre del mismo año escribe lo siguiente: *Et ego Petrus Iacobi, publicus notarius lucensis... sigillum meum in confirmatione apposui in testimonio veritatis*. Y el notario público de la iglesia lucense Fernando Peláez, termina su testamento con esta fórmula: *Ego Fernandus Pelagi, canonicus lucensis, manu propria scripsi, signavi et meo sigillo sigillavi* (158).

Además, también en España se dieron casos en que se empleó la forma mixta de documentos sellados y además autorizados con el signo notarial, como fue frecuente en el Norte de Alemania y en Suiza (159). Así,

“... mando, que todas las escrituras, contratos... en que fuere puesto... vuestro signo, como éste + que yo os doy, de que mando useis... y mando... que no signeis contrato en que persona alguna se someta a la jurisdicción Eclesiástica... pena de que, si lo signareis...”. En el formulario para expedir el título de los notarios electos en las oposiciones de 1857, conmemorativas del natalicio de Alfonso XII se decía: “También os concedo para que autoriceis los documentos judiciales y extrajudiciales, con arreglo a las leyes, el uso de un signo tal como este + que es el que habeis elegido y no podreis variar”. *Vid. Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VIII, Madrid, 1857, p. 318. Y finalmente, en la “minuta del título de Notario”, anexa al Reglamento Notarial de 30 de diciembre de 1862, se dice: “En consecuencia, os facultamos para elegir signo, con el cual, recordando vuestra fe y obligaciones, dareis carácter formal de instrumento público a los documentos que autorizareis...”.

(157) Así, Carlos ROS en su *Cartilla Real teórico-práctica según leyes Reales de Castilla, para Escribanos públicos*, *vid.* la edición de Santiago Alvarado y de la Peña, Madrid, 1830, p. 73. En el mismo sentido, en el *Diccionario de Andrés Cornejo* (Madrid, 1779), se dice de la expresión “AUTÉNTICO SELLO” que “es aquel signo que sirve como de instrumento para autorizar, y dar firmeza a las escrituras públicas, o cartas hechas por mano de Escribano público, a quien se le presta entero crédito”. Y todavía en el siglo XIX y por un autor que como Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, por sus cargos políticos (especialmente como Subsecretario del Ministerio de Justicia en la época de Luis Mayans) tuvo una importancia destacada en la reforma del Notariado moderno, y especialmente en el Decreto de 1844 creador de las Cátedras de Notariado, se considerará al signo notarial como “el sello y carácter público” que reviste a los instrumentos “de autenticidad y fuerza”. *Vid. Biblioteca de Escribanos o tratado General teórico-práctico para la instrucción de estos funcionarios*, segunda edición, aumentada. Madrid, Imprenta de la Viuda de Jordán e Hijos, 1843, tomo I, p. 162.

(158) Tales documentos están en el AHN 1094/17 y 1091/19, según el testimonio de dicha autora en su trabajo “Varia sigilográfica lucense (Aplicaciones metodológicas)”, en *Actas del primer coloquio de sigilografía*, Madrid, 1990, p. 123.

(159) Según BONO, el sello servía como signo de validación del otorgamiento, no de validación del documento, y cuando era un testigo de calidad quien hacía la aposición “era signo

se ha estudiado por ÁNGEL RIESCO TERREROS una carta de Hermandad acordada el 7 de marzo de 1300, y en la que junto a la autorización del escribano público del Concejo de Úbeda, se realizó la aposición de los sellos del propio Concejo y de la Orden de Calatrava (160). También se dio ocasionalmente a los notarios el carácter de custodios del sello, y en tal concepto sellaron sus propias escrituras. Referencias al carácter de selladores públicos de los notarios las podemos encontrar en las Partidas cuando se alude en ellas a la recepción por el “Canciller o Notario” de “los sellos de mano del Rey” (3.20.2), y cuando en varios pasajes se equiparan los selladores a “los otros Escribanos del Rey” (3.20.5). También coincidían los títulos de notario y sellador en la Cancillería de Aragón (161), y en la Corte de Navarra, donde la escrituración notarial con sello real fue instaurada, probablemente a imitación del sistema francés meridional, a principios del siglo XIV (162).

de validación de la roboración testifical del sigilante”. De todas formas, también señala que “la *sigillatio* de un documento notarial podía no ser simplemente *ad confirmationem*, sino constitutiva, en aquellos casos en que un notario (común o con empleo curial) autorizaba un documento negocial común, pero formalizado con intervención judicial, y sigilaba tal documento con el *sigillum curie* o del juez”. *Vid.* “Modos textuales de transmisión del documento notarial medieval”, en *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols*, Col·legi de Notaris de Barcelona, Barcelona, 1995, XIII, p. 93.

Respecto a la práctica alemana, P.-J. SCHULER considera que los documentos sellados notariales, a pesar de la observancia de las solemnidades notariales, en cuanto a su estructura más cercanos al documento sellado (“Sigelurkunde”) que al instrumento notarial, considerando que aquí el sello no es una garantía jurídica suplementaria *ad maiorem firmitatem* sino el elemento de seguridad jurídica predominante. De todas formas, añade que la autorización notarial no es un simple medio de fortalecimiento del sello como medio autenticador, ya que la significación de la autorización notarial se pone de manifiesto por el hecho de que, gracias a esa autorización, el documento conservaba su fuerza probatoria aunque el sello resultara destruido. *Vid.* “Fortleben des Notariats in Verwaltung und Urkundenwesen in Spätmittelalterlichen Deutschland”, en *Actas...*, Valencia, 1986, ob. cit., pp. 1250-1.

En cuanto a Suiza, puede verse, Peter RÜCK, “Die Anfänge des Oeffentlichen Notariats in der Schweiz”, en las mismas *Actas...*, pp. 851-2.

(160) Según TERREROS, la “validez jurídica y diplomática radica esencialmente en la aposición de los sellos, tanto del Concejo como del comendador de la Orden y demás representantes de la institución concejil. Considerado, en cambio, que la intervención notarial no pasa de mero requisito legal-administrativo, exigido no para dar validez y fuerza probativa al negocio, sino para garantizar su carácter público”. Sin embargo, antes ha opinado que “la fórmula de intervención y el signo notarial apostados tienen una finalidad muy concreta: garantizar la publicidad y la autenticidad del escrito”. “Consideraciones en torno a la tipología documental y validación notarial de una carta de hermandad suscrita por el Concejo de Úbeda y la Orden de Calatrava”, en *Actas...*, Valencia, 1986, ob. cit., pp. 573-4 y 571.

(161) *Vid.* TRENCHS, Josep, “Sellos, selladores y matriceros de Pedro III el Grande”, en *Actas del primer coloquio de sigilografía*, Madrid, 1990, pp. 156-7.

(162) *Vid.* BONO, Historia..., I.2, p. 183, donde dice: “Aunque ignoramos la fuente legal que estableció tal sistema, consta documentado el hecho de que en numerosas villas (Estella, Tudela, Sangüesa, Olite, Monreal, etc.) y en Pamplona existieron notarios reales *goarda del siello real* dedicados a la escrituración común, autenticando los documentos mediante aposición del

Hay que mencionar, asimismo, el hecho de que cuando el documento notarial había de surtir efecto “para fuera del Reino”, o provincia, en que se autorizaba, necesitaba ir provisto de la correspondiente comprobación o legalización por el llamado “Acuerdo de la Audiencia”, es decir, de la Audiencia en cuanto órgano de gobierno (163), y en este caso llevaba el “Sello del Acuerdo”, que estaba en poder del Secretario “de las cosas de acuerdo de la Real Audiencia” (164). Y asimismo que, durante el siglo XIX,

sello real”. Puede verse también GARCÍA LARRAGUETA, Santos, “Auctoritas et potestas. Territorialidad del Notariado en el Reino de Navarra”, en *Actas...*, Valencia, 1986, ob. cit., pp. 208 a 211.

(163) En el Diccionario de Autoridades se definía el acuerdo como “Cuerpo de los Ministros Reales que componen una Chancillería, o Audiencia, con Presidente, o Regente”. Joaquín ESCRICHE, algo más explicativamente, dijo que, en este sentido, acuerdo era “el cuerpo de los ministros que componen una chancillería o audiencia con su presidente o regente cuando se juntan para asuntos gubernativos, y en algunos casos extraordinarios para los contenciosos” (*Diccionario*, Valencia, 1838, p. 12). Con más detalle, aunque sin recoger tampoco todos sus significados, y concretamente éste equivalente a la Audiencia en su vertiente puramente organizativa o gubernativa, en la *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, de Lorenzo ARRAZOLA, de 1848, se lee que “también se llamaba antes *acuerdo* la reunión de los magistrados de una audiencia o chancillería con su presidente y decano, bien se verificase de asuntos generales de gobierno interior, o judiciales extraordinarios, para el cumplimiento de reales disposiciones, para resolver sobre asuntos gubernativos que por mucho tiempo estuvieron cometidos a su cuidado, o para asistir en cuerpo a funciones, u otro género de actos públicos y solemnes. Hoy se llama a esta reunión *Tribunal pleno...*”. *Vid.* tomo I, p. 467. Con ninguna de estas definiciones tendría sentido la expresión empleada en el documento citado en la nota siguiente referida “a las cosas de acuerdo de la Real Audiencia”, de que era secretario Pedro Fariña de Luaces.

(164) Así se dice respecto al testimonio autorizado en la ciudad de La Coruña a 7 días del mes de diciembre de 1632, respecto al testamento otorgado el 20 de septiembre de 1481 por don Pedro Bermúdez de Castro, Señor de la Penela, “e de la Casa, e Valle de Nogueira, e otros Heredamientos, Cotos e Casares en este Reino de Galicia”. En dicho testimonio se dice tras la firma del escribano autorizante existir la siguiente nota: “Es éste el tanto, y sellado con el Sello del Acuerdo” = Pedro Fariña”. Y luego se inserta el testimonio de legalización o comprobación por dos escribanos del Número de la Ciudad de La Coruña del siguiente tenor: “Los Escribanos de S.M. y Publicos, del Numero de la Ciudad de la Coruña, que aqui signamos, y firmamos de nuestros nombres, damos fee, y verdadero Testimonio, que el Secretario Pedro Fariña de Luaces, que lo es de las cosas de acuerdo de la Real Audiencia de este Reino de Galicia; y como tal, usa y egerce este Oficio desde hace mas de veinte años en esta parte, y tiene en su poder el Sello del Acuerdo; y la letra del ringlon que esta abajo de la plana antes de ésta, donde dice; en Testimonio de verdad = Domingo Fandiño, en que dice es éste el tanto, y sellado con el Sello del Acuerdo= Pedro Fariña, y junto está puesto el dicho Sello del Acuerdo, es su letra, y firma...”. El término *tanto* significa en este contexto testimonio o traslado del original, y de ahí la expresión “tanto de la sentencia”. En este caso se había dispuesto que además del traslado destinado a la parte podía autorizarse otro que quedaría en poder del escribano “y siendo necesario se quede con otro traslado”, lo que se hizo efectivamente, haciendo constar el escribano la concordancia del testamento exhibido también “con el otro tanto, que en mi poder, y Oficio, por registro, queda...”. “Memorial ajustado... del pleito... sobre el artículo de administración de los bienes del Mayorazgo, y Condado de la Villa de Monforte de Lemos...”, s.l. y s.a., folios 63 v. y 64 r. El testimonio o traslado se había autorizado en virtud del Auto del Oidor Don Pedro de Zamora Conde, “del Consejo de S.M. su Oidor, y Alcalde Mayor en este Reino de Galicia”, dado en la Ciudad de La Coruña a 4 de diciembre de 1632, en el que se disponía que el traslado solicitado y que había de entregarse a la

algunos notarios utilizaron como elemento complementario de sus autorizaciones los sellos, en tinta o en oblea, de los organismos públicos a que estaban afectos (165). Y en cuanto a la imposición del papel sellado ya ha quedado resumida su temprana instauración en Castilla, así como su carácter preferentemente fiscal. De todas formas, la alegación que retóricamente se hizo por el legislador desde el primer momento a su finalidad autenticadora y de solemnidad, hizo que estos aspectos no desaparecieran totalmente, y que de alguna manera se contemplara al sello fiscal como parte de la autorización o creación del instrumento (166).

En lo referente a la aposición de los sellos de los colegios o corporaciones notariales, que en Italia tuvieron aplicación conocida desde el siglo XVI, para aumentar el valor probatorio del instrumento notarial en lugares lejanos (167), no se conoce hasta el siglo XVIII, cuando tuvo lugar a través de timbres, es decir, sellos grabados sobre papel, emitidos por los Colegios Notariales y sus Montepíos, y en algún caso, mediante una impronta de tinta, como hicieron los escribanos del número de Valladolid, con anterioridad a 1817. Similarmente a lo que hemos visto ocurrió en el *ius sigilli*, también respecto de estos sellos la finalidad fundamental fue la de recaudar fondos con destino a los Montepíos e instituciones mutualistas, precisamente con ocasión de las llamadas comprobaciones, es decir, las legalizaciones y legitimaciones realizadas por los notarios. Sin embargo, también en este caso como en aquel, se indicó el sentido autenticador inherente a la utilización de tales sellos o timbres, y además su

parte, “se selle con el Sello del Acuerdo”, según se había instado en el pedimento correspondiente (“... y se compruebe el que se entregue a mi Parte, y selle con el Sello del Acuerdo, para que haga fee, como se acostumbra, por ser para fuera del Reino”), loc. cit., folio 55 r.

(165) Así, hemos visto en un escrito del notario de Barcelona Félix Falguera, que era notario principal de la Capitanía General de Barcelona, la utilización del sello en tinta del “Juzgado de la Real Capitanía General de Cataluña”, con fecha 11 de marzo de 1834. Y por el también notario de Barcelona José Antonio Jaumar, añadir en el testimonio de una copia de escritura “el sello que usa la Escribanía Mayor y Secretaría del Excelentísimo Ayuntamiento” de Barcelona. Se trata de un sello oblea con las armas del Ayuntamiento y la inscripción *SIGILLUM A SECRETIS CIVITATIS BARCINONAE*. El testimonio es de fecha 7 de noviembre de 1835.

(166) Así, GONZALO DE LAS CASAS, al proponer la reforma del papel sellado escribirá en 1859 que no parecía conveniente el que la ley señalara “si el pliego de sello superior se ha de usar el primero o el último en los documentos: en todo caso lo natural sería usarlo al último para que fuese en él la autorización del documento”. “Al Señor Ministro de Hacienda. Sobre la reforma del Papel Sellado”, en *La Notaría*, núm. 90, 26 de diciembre de 1859, p. 719.

(167) *Vid.* BASCAPÉ, ob. cit., p. 376, donde reseña los siguientes documentos: de 27 de junio de 1570 que lleva el sello, en papel sobre cera, del Colegio de Lodi; de 25 de agosto de 1571 con el sello cartáceo del Colegio de Módena; de 4 de febrero de 1572 con el sello del Colegio de Lugano; de 29 de enero de 1579 con el sello del Colegio de Alessandria, además de otro sello de un Notario de Dego (Asti); de 27 de junio de 1612 autenticado con el sello del Colegio de Milán; y de 6 de febrero de 1607 con el sello del Colegio de Novara.

concesión a los Colegios se consideró un elemento fortificador de su personalidad (168). Y así, por ejemplo, en las Ordenanzas o Estatutos del Monte-Pío del Colegio de Notarios Reales, de Madrid, de 1832, se indicaba como justificación de estos sellos, el ser, además de medio para la obtención de recursos, instrumentos de autenticidad “para evitar que aquellos que no son Escribanos Reales comprueben ni legalicen instrumentos, bien sea imitando las letras de otros Escribanos o bien usando de nombres de otros que no lo son” (169). La regulación de los sellos de legalizaciones se realizó en los Estatutos y Ordenanzas de los Colegios o de sus Montepíos, como se hizo en la Real Provisión de 19 de diciembre de 1786 “en que se aprueba la formación del Colegio y Monte Pío de Escribanos y Procuradores” de Sevilla, en cuyas Ordenanzas, después de encarecer la obligatoriedad de su aplicación (170), y precisamente “para evitar que aquellos que no sean Escribanos comprueben ni legalicen instrumentos” (171), se dispuso que la Junta del Colegio había de tener “un Sello con las Armas que elija, y una inscripción por orla que diga Escribanos de Sevilla; y grabado que sea, se sacará de él cierto número de exemplares que se repartirán con la debida cuenta... a fin de que en qualquier instrumento que se ofrezca ponga al tiempo de su firma uno de los tales Sellos, dexando dicho antes en la narración que precede a las firmas que va sellado con el Sello del Colegio”. Así pues, se preveía la existencia de sellos grabados a los que se concedía no solamente el valor de resguardo

(168) De acuerdo con esto, RADA Y DELGADO escribía en 1853 que “en algunos otros puntos además del de Madrid hay también establecidos colegios de escribanos con uso de sello para las legalizaciones”. RADA Y DELGADO, Juan de Dios de la, *Manual preparatorio para los exámenes del 1.º y 2.º año de Notariado...*, segunda edición, Granada, Imprenta de los señores Astudillo y Garrido, Editores, 1853, p. 197.

(169) Artículo 29 de los Estatutos aprobados por Real Provisión de 12 de noviembre de 1832, e impresos en Madrid, Imprenta de don Pedro Sanz, 1833, p. 22.

(170) “... ningún Escribano podrá hacer comprobación alguna sin que lleve en ella la primera firma de uno de los Escribanos que se nombraren, para que este recoja los seis reales que corresponden a las tres firmas, y los pase al Tesorero...” (Par. III). El párrafo IV dice, completando lo anterior: “Siendo el ramo de comprobaciones uno de los dos del fondo de Viudedades para evitar algunas dudas que se ofrezcan en su asunto, conviene que se advierta: deben entrar en estas comprobaciones todos los instrumentos que ante los Escribanos, Notarios de los Reynos, se otorguen y requieran tal autoridad, sin reserbar alguno, ni exceptuar Bulas, Breves y Pases, Certificaciones de Bautismo, de Casamiento, de Viudedad, de Entierro, las que dan los Médicos, CXirujanos, y qualesquiera otros facultativos, Contadores, Archiveros y demás personas, cuyas firmas hayan de hacer feé por medio de la comprobación...”.

(171) Párrafo V, donde se sigue diciendo: “bien sea imitando las letras de otros Escribanos, o bien usando de nombres de otras personas que no lo son, por quanto esto cede en perjuicio público, el qual es transcendental al Monte Pio del mismo Colegio”. Puede verse el texto de los Estatutos en la obra de GONZÁLEZ CRUZ, David, *Escribanos y Notarios en Huelva durante el Antiguo Régimen (1701-1800)*, Huelva, 1991, p. 193.

del pago de los derechos por la legalización (172), sino de componente formal y solemne de esta, puesto que se trataba no de un “sello de legalizaciones”, sino del “sello del Colegio” (173) que había de añadirse al signo y firma del notario (174). La presencia de un sello tal no era una novedad, aunque sí lo era el procedimiento establecido, que se apartaba del hasta entonces habitual de estampar un cuño de acero en el documento, o en papel separado, con interposición de una lámina de pasta llamada hostia u oblea (175). Las estampitas grabadas así iban a representar, según los especialistas filatélicos, la primera manifestación de lo que ellos llaman sellos fiscales, dentro de España. Para este sello la Junta escogió como Escudo de Armas el de la Ciudad de Sevilla, con lo cual se subrayaba aún más el carácter institucional del acto, también conforme a la tradición del *ius sigilli*. La primera grabación de tales sellos fue realizada, por el procedimiento del aguafuerte, en 1787 (176). Poco después, en los

(172) Por el contrario, el Timbre de la Mutualidad creado por Orden ministerial de 10 de junio de 1939 para ser adherido a las copias y testimonios notariales, tenía exclusivamente finalidad recaudatoria de recursos para la Mutualidad Notarial y de la de Empleados de Notarías. Este procedimiento de recaudación fue sustituido por el abono en metálico por Orden ministerial de 25 de marzo de 1946, de la que fue antecedente la Orden circular de 16 de julio de 1945. Subsistieron, no obstante, los sellos de legalizaciones y legitimaciones. *Vid. Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado correspondiente a 1945 y 1946*, pp. 635 y 636.

(173) Todavía en 1877 J. GONZALO DE LAS CASAS escribirá en su *Tratado general filosófico-legal, teórico y práctico de Notariado...* (Madrid, 1877), respecto a las legalizaciones, lo siguiente: “Sello del Colegio = El valor de las legalizaciones está representado por el sello del Colegio, que se expende al público en ejemplares sueltos, cortados de los libros talonarios, encuadrados por orden alfabético y rigurosamente numerados”, p. 366. Como ejemplo de este significado en las fórmulas notariales, reproducimos seguidamente una legitimación fechada en Cádiz en 1850: “Los infrascriptos Esnos. de esta Ciudad damos fe: Que Dn. Bonifacio Manzanares por quien parece dada y firmada la anterior certificación, es como en la cabeza de ella se titula, Cura ecónomo del Sagrario en la Sta. Iglesia Catedral de esta Plaza, se halla en ejercicio, y a cuantas autoriza se da entero crédito judicial y extrajudicialmente. Y para que conste se extiende la presente sellada con el del Número, en Cádiz día de su fecha (siguen tres firmas)”. Igualmente, en una legalización de fecha 29 de abril de 1863, autorizada por los notarios de Campillos, se lee: “Dada y sellada con el del referido Colegio en...”.

(174) Así, en el “Proyecto de Reglamento Provisional del Notariado de 10 de agosto de 1855”, publicado por Francisco POY en *El Faro Nacional* de 26 de agosto de 1855 (n.º 43, p. 347), con el número 25 se incluyó la siguiente base: “Los notarios cuando legalicen dos (*sic*) los documentos extrajudiciales, usarán todos del sello de su colegio, a más del signo y firma, como se hace en el día”.

(175) Según el *Diccionario de Autoridades*, oblea es “hoja muy delgada hecha de harina y agua, que se forma en un molde, y se cuece al fuego. Sirve para diversos usos, y a la que ha de ser para cerrar las cubiertas de las cartas, se le mezcla un poco de color roxo”.

(176) Según señalan Francisco CARRERAS CANDI y Pedro MONGE PINEDA “el primer sello fue grabado por Gordillo, quien, suponemos fue Francisco Gordillo ayudante grabador de la Casa de la Moneda de Sevilla. En 1789 pasó a la casa de la Moneda de Madrid, de la que fue, en 1792, primer ayudante. En 1801 pasó a México como grabador principal de su Casa de la Moneda. A Gordillo se debe el grabado de varias medallas de proclamación,

Estatutos del Colegio de Escribanos de México, aprobados por Real Cédula dada en Aranjuez el 16 de junio de 1792, se prevé igualmente la existencia de “un Sello con armas Reales... para sellar las comprobaciones” (177), y grabados al aguafuerte y en negro, en algunos casos con los bordes artísticamente recortados a mano, se crearon en el mismo año de 1792. Aunque estos sean los primeros textos directamente conocidos en que se regula el sello de legalizaciones, hay que tener en cuenta que aunque los Estatutos del Colegio de Escribanos Reales de Madrid, aprobados por Real Provisión de 13 de diciembre de 1776, no mencionen tal sello, parece que sí se usó de hecho con anterioridad a la erección del Colegio de México, al que sirvieron de patrón, e incluso de Sevilla, pues CARRERAS CANDI y MONGE se refieren a uno adherido a un documento del año 1785 (178), debiendo estar su origen estatutario en las Ordenanzas o Estatutos de su Monte-Pío, aprobados por Real Provisión de 23 de mayo de 1782, ya que en la Real Provisión de 12 de noviembre de 1832, por la que modificaron parcialmente aquéllas, se regulan dichos sellos pero no como novedad, sino como simple perfeccionamiento del sistema ya existente (179). También con respecto al Colegio de Valencia, por Real Provisión del Supremo Consejo de Castilla de 17 de diciembre de 1794, “se concedió permiso al Colegio de Escribanos de esta Ciudad para poder usar de Sello, y que privativamente se fije en todas las comproba-

como fueron, en 1789 la de Carlos IV de Sevilla... El primer sello firmado por Gordillo es de dimensión extraordinaria, midiendo 64 x 53 milímetros. Como el sello de Gordillo estuvo muy poco tiempo en curso, resulta ser uno de los más raros de España”. *Sellos de Colegios de Escribanos de España. 1787-1862*, Publicaciones de la Casa José Monge, Barcelona, 1925, p. 91.

(177) Vid. ANDRINO, Manuel, *Las raíces madrileñas del Colegio de Escribanos de México*.

(178) Ob. cit., p. 54. Mientras que los Escribanos Reales y los de Provincia usaron para el sello de legalizaciones el escudo real, los del Número incluyeron el oso y el madroño, es decir, se sirvieron del escudo de la Villa de Madrid, si bien ya en 1839 comienza a usarse el escudo real de España.

(179) Efectivamente, dentro del artículo 29 de dichos Estatutos se hizo una regulación, a su vez articulada en un total de nueve artículos, en los que se disponía que “de este sello se abrirá una nueva lámina que constituya a este, más reducido del que se usa y que haga mejor efecto”, ordenando la adopción de una serie de cautelas “para seguridad de esta nueva lámina y que no pueda imitarse en modo alguno ni haber otros fraudes por los cuales se perjudicaría en mucho grado el fondo del Monte-Pío”. Entre estas cautelas se incluía la de utilizar “papel de lo más fino para que no pueda extraerse ni arrancarse del documento donde se coloque”, así como su rúbrica por el Tesorero y Secretario, como también que “el primero que signe cualquiera legalización o comprobación será de su obligación el rubricar también dicho sello, con la cual enlazará el papel donde esté colocado”. Vid. pp. 21 a 24 de la impresión citada. Como consecuencia de todo ello, se varió efectivamente el diseño de los sellos, pasándose de un modelo semejante al de las monedas a una cartela coronada, y apoyada en dos ramas, una de olivo y otra de palma, y una filacteria o cinta, destinada a la indicación de la fecha, según puede verse en la obra citada de CARRERAS CANDI-MONGE, p. 61.

ciones de instrumentos que lo necesiten" (180). No es posible extenderse aquí más sobre los sellos de legalizaciones de los Colegios, Números, Cabildos y Montepíos notariales, tema para el que puede verse la obra reseñada de CARRERAS Y MONGE, y la de J. B. MOENS (181), pero sí conviene decir que además del escudo nacional o Real (así, en Madrid y Jerez de los Caballeros) en la mayoría se utilizó como tipo los elementos heráldicos propios de cada población o territorio, o una combinación de ambos (como en Valencia) si bien no faltan alegorías de la fe (Guernica, Santiago de Cuba), o la fidelidad (Navarra, Pontevedra). Es curioso que en ocasiones se denegara la pretensión de utilizar las armas del territorio, como fue el caso de los Notarios Reales de San Juan Evangelista de Zaragoza, a quien la Real Audiencia ordenó en 1799 que "el sello no fuese Real (se pretendía combinar las armas de Aragón y las de la ciudad de Zaragoza) sino de una insignia como la del Santo Patrón o una águila". Y más curioso es todavía que como consecuencia de la semejanza del motivo plástico adoptado (águila con mariposa) algunos confundieran ese sello con el del Imperio napoleónico, por lo cual los Notarios solicitarían el cambio del mismo por el de la ciudad, siéndoles concedido así en 1818 (182). En todo caso, se produjo una diversidad de sellos y símbolos que algunos consideraron inadecuada al carácter unitario del

(180) Así se dice en la certificación del Secretario del Colegio incluida en la Lista de los individuos del Insigne Colegio del Noble Oficio Público de Escribano de esta Ciudad y Reyno, con expresión de sus Magníficos Mayorales para el año de 1817. En Valencia: por D. Francisco Brusola, Impresor de Cámara de S.M. Año de 1817, p. 10, donde se continúa en estos términos: "... así por los Escribanos incorporados en dicho Colegio, como por los de Cámara y demás. Y por providencia del Real Acuerdo de esta Audiencia, está mandado que ningún Escribano ponga su signo en comprobación alguna a menos que no esté fijado el Sello del Colegio, bajo la pena de cincuenta libras, que se exigirán al contraventor irremisiblemente. Según que todo así resulta de las órdenes que se citan, y diligencias que existen en la Secretaría de dicho Colegio, por ahora de mi cargo, a que me remito, de que certifico.— Valencia siete de febrero de mil ochocientos diez y siete. Miguel Fernando Albalat. Secret.º."

(181) *Histoire des timbres-poste et de toutes les marques d'affranchissement employés en Espagne suivie de l'Histoire des Timbres fiscaux mobiles depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Bruxelles, 1891. Para los colegios notariales, pp. 497 a 533.

(182) Según la Real Provisión de 26 de marzo de 1818, recoge los términos de la solicitud expresiva de que "las ocurrencias posteriores acaecidas con motivo de la guerra que se ha sufrido con la Francia ha dado motivo de que se mirase con desprecio el Sello del Colegio pareciendo a algunos ser señalado por los Franceses, a virtud de su semejanza con el blasón de aquel Imperio, de forma que ha habido interesado que después de haber comprobado algún documento, lo ha rasgado por el hecho de estar sellado con el del Colegio recurrente". En consecuencia, se pedía que en lo sucesivo el sello fuera "el de las Armas de la Ciudad de Zaragoza... o aquel que V.A. tenga por más conveniente". La Provisión efectivamente accedió a conceder "facultad para que en lo sucesivo, pueda usar en las legalizaciones de documentos públicos, en figura del Aguila que se les concedió en Real Provisión de 8 de junio de 1799, del sello de la misma ciudad...". *Vid.* CARRERAS Y MONGE, ob. cit., pp. 129-130.

Notariado, y en consecuencia pidieron el establecimiento de un modelo uniforme (183).

Ya en el siglo XIX al iniciarse el movimiento doctrinal y político encaminado a la reforma del Notariado, se planteó en primer término la cuestión de si debería seguirse el modelo francés, conforme al cual el notario no autorizaba el instrumento público con el tradicional signo, que como vimos había sido sustituido por el sello Real (184), sino, aparte de su firma, con un sello institucional común a todos los notarios, provisto de las armas del Estado, con lo cual el documento se debía entender autorizado “bajo el sello del Rey”, y a partir de 1792 “bajo el sello de la Nación” (185). En España la sustitución del signo por el sello estaba condicionada por el carácter religioso atribuido a la cruz que estaba siempre presente en aquél (186) y que era determinante, según opinión genera-

(183) Así, Félix María FALGUERA dirá en 1859 que “si todos los Colegios adoptasen un sello análogo, es decir, el emblema de la profesión en la primera mitad del escudo, y en la segunda el de la población donde residen, cesaría la incongruente variedad de sellos usados por las muchas corporaciones de esta clase que hay en España, y el Notariado parecería con un timbre común, uniforme, propio y digno”. FALGUERA consideraba como símbolo más adecuado el de “un águila con corona imperial llevando una pluma en el pico, y algunos le añaden un rollo de papel o pergamino entre las garras”. Vid. “Símbolo del Notariado”, en *La Notaría*, de 3 de enero de 1859, núm. 39, p. 40.

(184) Este criterio francés se fue imponiendo en el Derecho comparado, produciéndose la declarada equivalencia del sello con el signo, hasta el punto de que algunos textos legales denominaron “signar” a la acción de sellar. Así, en la Ley Orgánica de los Tribunales de la provincia argentina de Jujuy, de fecha 25 de octubre de 1908, se dice: “Art. 127. Los Escribanos de Registro tendrán un sello con que signarán todos los actos que otorguen o certifiquen como oficiales públicos.— El sello deberá ser registrado en la Secretaría del Superior Tribunal en un libro que se llevará al efecto.— Este sello expresará el nombre y profesión del funcionario, y no podrá variarse sino con consentimiento del Superior Tribunal y por motivos que este encuentre suficientes”.

En Argentina la sustitución del signo por el sello es, pues, tardía. Así, en la provincia de Buenos Aires se realizó por el artículo 10 de la Ley de 3 de noviembre de 1891. Vid. a este respecto, HALL, J. J., *El Notariado*, Buenos Aires, 1916, entre otras, pp. 166, 189 y 199.

(185) Efectivamente “a propuesta de un miembro la Asamblea Nacional decreta que en el futuro los documentos de los notarios, en lugar de poner estas palabras *sous le scel du Roi*, llevarán estas *Sous le scel de la Nation*”. Vid. Decreto relativo al Protocolo de documentos notariales del 9-14 septiembre 1792, n.º 2488, en *Collection générale des lois... publiés depuis 1789 jusqu'au 1er avril 1814*, tomo III, 2e. partie, a Paris Janvier 1818, p. 803. En la Ley del 25 Ventoso, año XI (16 de marzo de 1803), se dispuso que “todo Notario tendrá su sello particular, con su nombre, cargo y residencia, con arreglo a un modelo único, el tipo de la República francesa. Llevarán este sello las copias y certificaciones de las escrituras”. Vid. el texto traducido en la obra de GONZALO DE LAS CASAS, José, *Tratado general... de Notariado*, Madrid, 1877, pp. 58 y siguientes. El texto original puede verse en *Code Napoleon suivi... tome premier... A Paris*, chez Firmin Didot, 1807, p. 451.

(186) La Academia Española definió el signo notarial en su *Diccionario de Autoridades* (tomo V, de 1737) como “ciertas rayas, y señales, que al fin de la escritura, u otro instrumento ponen los Escribanos y Notarios en medio del papel con una cruz arriba entre las palabras, que dicen en testimonio de verdad, con lo que se le da más fe al testimonio, u escritura”. Con

lizada, de la esencia del signo (187). La penetración de lo religioso en todos los aspectos de la vida occidental y su especial relieve en la cultura española mediante la transposición de categorías, conceptos y actos religiosos a realidades puramente seculares dando lugar a la yuxtaposición y comunidad permanente de la Naturaleza y la Gracia, de lo teológico y lo secular (188), se produjo también en el acto de la autorización notarial en cuanto se vino a concebir no simplemente como una declaración oficial realizada por un oficial o funcionario público especialmente diputado para ello, sino como una ceremonia religiosa cuyo contenido era el juramento (189). Y así como los militares juraban apoyando su diestra

ligeras variantes de puntuación se reprodujo esta definición en la primera edición del *Diccionario* en un tomo, y se mantuvo hasta la séptima (de 1832) en la que se suprimió el período “entre las palabras en *testimonio de verdad*, con lo que se le da más fe al testimonio o escritura”. Se mantuvo así hasta la 13.^a (de 1899), en que fue redactada así: “Figura que los notarios anteponen a su firma en los documentos públicos, hecha de diversos rasgos entrelazados y rematada por una cruz”. En la 15.^a (de 1925) se sustituyó el verbo “anteponen” por “agregan”, y se añadió “a veces”, después de rematada, es decir, quedó diciendo “y rematada a veces por una cruz”, con lo cual se expresaba la evolución del significado de la cruz. Esta redacción ha subsistido hasta la última. En este mismo sentido, RADA Y DELGADO definió el signo como “una señal en forma de cruz trazada de diversos modos según el tipo o modelo estampado en el real título, y que la corona le concede para que con él autorice los instrumentos”. *Manual preparatorio para los exámenes del 1.º y 2.º año de Notariado*, segunda edición, Granada, 1853, p. 199.

Todavía en 1885 V. SANCHO-TELLO escribía que “en *testimonio de verdad*, dice el Notario al estampar su signo; y éste, en forma de cruz, le muestra el deber de imitar a Aquel que murió en la cruz para dar testimonio de la verdad del mundo”. *Derecho notarial de España*, Madrid, 1885, p. 23.

(187) Es reveladora en este sentido la fórmula para el juramento de los notarios propuesta por Joaquín José CERVINO en su *Proyecto de ley constitutiva del notariado* publicado en 1854. “Art. 30. Dicho juramento será pronunciado por el notario, escribiéndolo al mismo tiempo al pie de la real cédula puesta sobre los santos evangelios. La fórmula del juramento será: Prometo y juro por Dios Nuestro Señor, y por la cruz de este signo + que elijo como notario público, ser leal y veraz en el desempeño de mi oficio, cumplir las leyes del reino, y ser fiel al rey (q.D.g.)”. Puede verse en *El Faro Nacional*, 2.^a época, n.º 25, p. 214.

Conforme con esto, Juan Eugenio RUIZ GÓMEZ escribía que “el signo constituye un juramento escrito, con el que robustece o da fuerza a lo que bajo él asevera. No puede considerarse una vana señal, prescrita como absolutamente necesaria por la Ley, y a la vez sin sentido y sin objeto, sino como útil expresión de aquel religioso vínculo. Basta parar la atención en las circunstancias de que el Notario lo fija *siempre* en forma de cruz, y desde remotos tiempos expresa por bajo o antes de él, que lo pone en *testimonio de verdad*, para comprender que con estas abreviadas fórmulas, al autorizar el documento, jura que, lo afirmado por él allí, es cierto”. *La Notaría según la legislación y la ciencia...*, Madrid, 1879, tomo I, p. 248.

(188) Vid. a este respecto TIERNO GALVÁN, Enrique, “Notas sobre el barroco”, Murcia, 1954, p. 8. Puede consultarse dentro del libro *Escritos 1950-1960*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 227.

(189) Juan Eugenio RUIZ GÓMEZ escribía aún en 1865 que para el notario “su signo constituye un juramento, que nosotros llamaremos escrito, y como tal vínculo religioso robustece cuanto bajo de él se asevera; pues no es una vana fórmula esa que cuida la Ley de exigir por el artículo 19 en todos los instrumentos notariales, o algunos rasgos de pluma sin objeto,

sobre la cruz formada por la empuñadura de la espada (190), el juramento formulado por el notario en garantía de la verdad por él afirmada se hacía bajo el trazo de la cruz con que se remataba su signo (191), y que alguien consideró que por llevar “por emblema en su signo el lábaro de la redención humana”, se hacía “sagrado el pacto y cierra la puerta a la pérfida maldad” (192). En virtud de ese carácter religioso atribuido al signo (193), defendieron algunos su subsistencia, considerando

como pudiera parecer; no: al contrario, significa mucho, tiene grande utilidad: al fijarlo el notario sobre el papel, siempre en forma de cruz, y expresar que lo pone en testimonio de verdad, *jura* que lo afirmado allí es cierto”. *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento...*, Málaga, 1865, pp. 96-7. Y en términos parecidos, dice en la página 112 de la misma obra que el signo “al estamparlo el fedatario con el símbolo de la cruz que llevan todos, poniendo debajo las palabras *—en testimonio de verdad—* entiende invocar a Dios por testigo de la certeza de lo que afirma en el instrumento. Es un medio ingenioso de hacer que este parezca donde quiera robustecido con el juramento del funcionario autorizante, y que los interesados tengan dispuesta siempre la prueba que el derecho reputa una de las más cumplidas. Así que reconociendo los legisladores la utilidad e importancia de tan sabia y antigua invención, la han conservado, como solemnidad externa”.

(190) Hay una manifestación de esta forma de juramento en el formulado por don Quijote sobre la venganza del desaguisado que le hiciera el Vizcaíno: “Mas cuando don Quijote llegó a ver rota su celada, pensó perder el juicio, y, puesta la mano en la espada y, alzando los ojos al cielo, dijo: Yo hago juramento al Criador...” (parte primera, capítulo X, pp. 299-300, del tomo I de la edición del *IV Centenario del natalicio de Cervantes*, Ediciones Atlas, Madrid, 1947).

(191) La significación religiosa de la cruz incorporada al signo, pese a que, como hemos visto, tuviera inicialmente un sentido puramente gráfico formal, ha mantenido su vigencia hasta nuestros días. Así, Crescencio AGUADO MERINO dirá que el signo “generalmente consiste en un enlace de las iniciales del nombre del Notario rematado en cruz, símbolo de fe en el mundo católico”. *Legislación notarial*, Madrid, 1933, p. 88. A veces se hizo una interpretación malévola de la presencia de la cruz en el signo notarial, como es el caso de Bonifacio GÓMEZ que en su artículo “El Escribano”, incluido en la obra *Los españoles vistos por sí mismos*, Madrid, 1843, escribe lo siguiente: “Paréceme que ya tienes observado cómo traza su plano en aquel enroscado e indefinible rasgo que llaman *signo*, y lo es en efecto de sus torcidas intenciones; como siempre, coloca sobre él la cruz para que los buenos cristianos a su vista encomienden a Dios a quien allí se encuentra, avisando al propio tiempo que en aquel punto dejó de existir”, p. 58 de la edición de Gaspar y Roig, Madrid, 1851. Respecto al autor de este artículo, Margarita UCELAY DA CAL nos dice que aparte de los incluidos en esa obra (dedicados al alguacil, el presidiario y el bandolero) se carecen de noticias sobre su vida y obra. “Sin embargo, dice, de los tipos que le fueron encargados parece deducirse debió ser persona relacionada con la profesión judicial o con la administración de justicia en alguna de sus ramas... ya que más que el valor literario, se aprecia en ellos un conocimiento del medio, especialmente en el de «El presidiario», que está dialogado en caló casi por completo”. *Los españoles pintados por sí mismos. Estudio de un género costumbrista*, El Colegio de México, México, 1951, p. 236.

(192) Vid. CORTINA, Francisco R., “El Notariado ante la sociedad y su influencia en ella”, II, en *Gaceta del Notariado Español*, n.º 40, de 5 de octubre de 1862, p. 620.

(193) Francisco MAURENZA MONTERO escribirá en 1894 que el signo notarial “no se concibe racionalmente instituido sin la fe, por ser esa Cruz el emblema santo y grandioso de la redención del género humano por el Dios del Calvario”. “Opúsculo de filosofía”, en *Gaceta del Notariado*, 18 de noviembre de 1894, número 46, p. 735. El Arzobispo de Barcelona Anto-

inconcebible que un notario español pudiera no ser católico o creyente en el misterio de la cruz (194), y por el contrario, a medida que fue avanzando la secularización, pretendieron otros la desaparición del signo, por entender que los auténticos católicos no necesitaban “de ese símbolo para recordar el cumplimiento de nuestros sagrados deberes; y en cambio, si algún notario hubiera descreído o indiferente, de nada serviría signar, como no fuera para dificultar una falsificación sin otro alcance” (195). Por otro lado, el abatimiento en que, principalmente por obra de la venalidad del cargo y el número excesivo de ejercientes, había caído la profesión notarial, recomendaba otorgarle timbres institucionales, distintivos personales y corporativos que subrayaran el carácter público de la función desempeñada. Además, en algunos archivos de instrumentos públicos, como en el Real Archivo de la Corona de Aragón, sito en la ciudad de Barcelona, se había impuesto la práctica de expedir copias de los instrumentos solicitados tanto por los tribunales o las autoridades como por los particulares, autorizándolas con la sola firma del archivero “por sí y ante sí”, y “el sello mayor de las Reales Armas” con la leyenda “R.Y GENERAL ARCHIVO DE LA CORONA DE ARAGÓN” (196). Por todo ello se

lín López Peláez, resaltó asimismo el carácter religioso del signo, al afirmar que “el notario cristiano, cuando al pie de las palabras sacramentales: *En testimonio de la verdad*, traza su signo en forma de cruz, recuerda que en la cruz murió el único que pudo decir: *Ego sum veritas*; yo soy la verdad...”. “Sermón predicado en la iglesia de San Agustín de Barcelona el 6 de mayo de 1914”, publicado en *La Notaría* y reproducido en la revista *La Reforma*, número 477, de 19 de agosto de 1914, p. 393.

(194) Todavía en 1877 José GONZALO DE LAS CASAS escribirá lo siguiente: “Pero, ¿y si ocurriese, hoy que la libertad de cultos se halla establecida en España, que aspirase al Notariado uno que no fuese católico, que no fuese cristiano? Casi nos parece imposible que pueda darse este caso en España...”. Sin embargo, GONZALO DE LAS CASAS advertía que no era “preciso que el signo tenga una forma *perfectamente religiosa*; como el signo representa la *verdad* y la ley, nunca podría ser dificultoso a ese Notario adoptar el signo que tuviera por conveniente, con o sin la sacrosanta señal de la Cruz que nosotros adoramos”. *Tratado general filosófico-legal, teórico y práctico de Notariado*, Madrid, 1877, p. 339.

Aunque la inclusión de una cruz continuó siendo práctica general, no faltaron signos inspirados en criterios laicos, algunos tan exóticos como el correspondiente al notario de Madrid José Menéndez Parra, que adoptó como signo la palabra justicia en chino, o el también notario de Madrid Francisco Gómez de Mercado que hizo lo propio, valiéndose para su formación del término justicia, razón o derecho pero en árabe.

(195) Así se pronunciaba en 1902 el notario de Jaén Julián Espejo García, justificando la propuesta hecha por los abogados-notarios de Jaén para suprimir el signo notarial. *Vid. Gaceta del Notariado*, 1902, p. 659.

(196) Esta forma de expedición de copias se había establecido por Real Orden de 11 de octubre de 1772, a semejanza de lo dispuesto para el Archivo de Simancas, disponiendo “que a las copias de los Documentos que se guardan en él, certificadas por el actual Archivero, y sus Sucesores, se dé la misma fe, y crédito que se da a las que certifica el Secretario del Real Archivo de Simancas, sin que sea necesaria la asistencia de persona alguna, para cotejarlas con los Originales, ni se permita que entre ninguno Escribano a sacar copias Testimoniadas”. Y según certificación del entonces archivero Próspero de Bofarull y Mascardó, el 10 de mayo

estimaba conveniente establecer un sello común a todos los notarios, e incluir en él las armas reales, es decir, seguir el sistema francés, o al menos complementar el signo tradicional con un sello corporativo como pudiera serlo el del Colegio al que obligatoriamente debería estar integrado cualquier notario. Este último fue el criterio adoptado por el primer proyecto de reforma notarial, el “Proyecto de ley para el arreglo de los Escribanos públicos”, firmado por JOSEF LAMAS PARDO en 1829 (197). Según este proyecto el escribano continuaría recibiendo del Rey el “nombramiento, Título y Despacho con el signo que haya de usar” (art. 45), aclarándose que el signo lo elegiría el pretendiente, y sería incluido en el expediente remitido por el Tribunal al Consejo de Cámara (198). Sin embargo, el Proyecto establecía asimismo que “en las Escrituras o instrumentos extrajudiciales, cualquiera que sea su clase pondrán además del signo, el sello del Colegio a que pertenezcan, sin cuyo requisito aquéllos no harán fe, ni se tendrán por válidos” (art. 75). Este sello del Colegio debería ser uno de los particulares objeto de regulación en las Ordenanzas o Reglamentos de cada Colegio provincial (199). Puede considerarse que este sistema fue, asimismo, el admitido por el primer proyec-

de 1849, el sello reseñado se venía usando en tal archivo, y consta en la referida certificación, en su modalidad de sello de placa.

Quizá sea interesante destacar que no obstante la facultad concedida al archivero, éste no podía entregar las copias solicitadas sin cumplir ciertas prevenciones, concebidas en los siguientes términos: “Que el Archivero remita, o entregue de Oficio las copias certificadas, o simples, que de orden mía se le pidieren por qualquiera de mis Secretarios de Estado, y del Despacho. Que del mismo modo remita a los Secretarios de los Consejos, y Tribunales Superiores, las que por medio de Cédula Real, y no de otra manera, se le pidieren para negocios, en que se interese el Fisco, o las Regalías de mi Corona. Que quando alguna Comunidad, o persona particular necesitare Certificación de algún Instrumento para enguarda de su derecho, o para presentarle ante qualquier Tribunal, o Juez, acuda a la Cámara, pidiéndola por memorial: Que la Cámara expedirá Cédula mandando se dé: Que el Archivero la remita cerrada, y *sellada*, después de cobrados los derechos, a mano de mi Secretario de Aragón; y vista en ella, se entregue a la parte, si no hubiere inconveniente, como se practica con las del Archivo de Simancas... Que sin las referidas circunstancias no dé el Archivero Certificación alguna”.

(197) La fecha puesta al final es de 28 de diciembre de 1829, si bien fue impreso ya en 1830, en la Imprenta Real. Los únicos datos referentes al autor del proyecto son que fue miembro de la Sala de Gobierno del Consejo Real de las Órdenes Militares. Como tal aparece en el *Calendario manual y guía de forasteros para el año de 1831*, donde se dice que tenía el número 6 de antigüedad, y que vivía en la Plazuela de Santa María. *Vid.* p. 94.

(198) “Art. 42. Dentro de los ocho días después del segundo exámen, el Tribunal remitirá el expediente original con su informe y con el signo que el pretendiente elija por duplicado, y en pliegos distintos a Mi dicho Consejo de la Cámara”.

(199) “Art. 63. Los Tribunales territoriales Me consultarán con la anticipación necesaria el Reglamento o Estatutos que convengan a cada Colegio. En ellos se detallarán las formalidades que hayan de preceder a la entrada en los Colegios, su administración y economía interior, sus juntas, atribuciones, prerrogativas, enseñanza práctica, archivos, fondos, sello y todo lo demás que sea a propósito para el buen régimen y mejor pie de estos establecimientos, teniéndose presentes las ordenanzas de los de Navarra, Aragón, Valencia y Cataluña”.

to redactado por la Comisión regia encargada del mismo, nombrada en 1834 y publicado en 1838 (200). Más radicalmente innovadora fue la solución adoptada por el proyecto de LORENZO ARRAZOLA, en 1847, aprobado por el Congreso con fecha 18 de febrero de 1848, y enviado seguidamente al Senado, donde pasó a la comisión correspondiente, recibiendo diferentes proposiciones, pero cuya tramitación quedó interrumpida por el cierre de la legislatura (201). En este proyecto, efectivamente, desapa-

(200) Lleva fecha 15 de junio de 1838, y en él se establece la obligatoriedad del signo (art. 27: "Al pie de todo instrumento protocolizado y copia que de él se diere deberán estampar su signo y firma, rubricando el margen de la hoja u hojas que contengan"), y además, se alude al sello del Colegio aunque no se establece su obligatoriedad (según el art. 47 los reglamentos o estatutos de los Colegios habían de regular, entre otros particulares, lo referente al sello), siendo de notar que este artículo en casi su totalidad, y desde luego en cuanto al párrafo correspondiente al sello, está literalmente transcrito del proyecto de 1829, que sin duda fue una de las fuentes más utilizadas por los redactores del proyecto de 1838, cuyo texto puede verse en la Revista *El Foro Español*, 1850, tomo IV, pp. 30 a 33 y 98 a 103.

(201) José BONO ha escrito que el Senado "por causas que aún no han sido estudiadas, dejó en el olvido el proyecto, que no logró, pues, la sanción legal" ("Los proyectos de reforma notarial anteriores a la Ley de 1862", en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección primera, volumen I, p. 551). A la vista de los Diarios de Sesiones, de la remisión del proyecto aprobado por el Congreso se dio cuenta en el Senado en la sesión de 29 de febrero de 1848, y se publicó como apéndice del número 37 del Diario de Sesiones (pp. 603 a 609 de la edición de 1887). Ya antes se habían recibido en el Senado exposiciones sobre el proyecto tramitado en el Congreso, remitidas por los notarios del Colegio de Vich (pp. 443, 455 y 568 del Diario), Pablo Cardellach y Busquet y Miguel Martí y Sagristá (pp. 468, 500 y 524), y los individuos del Colegio de Escribanos y Notarios de Lérida (pp. 500, 524 y 543), acordando el Senado se tuvieran oportunamente en cuenta. Después de la llegada se recibieron nuevas exposiciones de "las Comisiones reunidas de los ilustres Colegios de notarios y Cabildo de escribanos numerarios de esta corte (p. 630), Colegio de escribanos de Teruel (p. 630), D. Narciso Deveca, D. Manuel Cardalga y D. Antonio Porto (p. 683), y de "los escribanos públicos de la ciudad de Málaga, en la que hacen varias observaciones sobre dicho proyecto, y suplican al Senado se digne aplazar su resolución hasta la publicación de los Códigos civil y criminal" (p. 772; fecha 17 de marzo de 1848). En estos casos el Senado acordó su pase a "la Comisión que entienden en el proyecto". Según la Constitución de 1845, la duración de las Cortes, es decir, de una *diputación*, era de cinco años (art. 23), en lugar de los tres de la de 1837 (art. 25), y dentro de cada diputación podía haber varias legislaturas, que podían además de suspenderse, cerrarse, sin que por ello se produjera la disolución de las Cortes y la consiguiente convocatoria de nuevas elecciones. En este caso el proyecto se había presentado en el Congreso el 9 de diciembre de 1847, es decir, dentro de la 12.^a diputación, cuyas elecciones habían sido convocadas por Istúriz, y que terminó el 4 de agosto de 1850. Dentro de esta diputación se trataba de la legislatura iniciada el 15 de noviembre de 1847 y que terminó el 26 de marzo de 1848. Conforme al Reglamento del Senado vigente entonces, en las ulteriores legislaturas de cada diputación podían continuar a propuesta del Gobierno o de un Diputado los trabajos de la precedente partiendo del estado en que se encontraban; pero concluida una diputación, "por cualquier motivo que sea, caducan y quedan archivados cuantos negocios pendían en el Congreso". En el caso de la Ley del Notariado no se produjo la posible propuesta, y caducó el proyecto al concluir la legislatura el 26 de marzo de 1848, según se ha indicado. Comenzaría una nueva legislatura dentro de la misma diputación el 15 de diciembre de 1848, y en ella no se propuso la continuación de los trabajos pese a que durante todo ese tiempo (hasta el 19 de octubre de 1849) no hubo cambio en el Gobierno presidido por Narváez ni en el Ministerio de Gracia y Justicia (Arrazola).

recía el signo como elemento material esencial de la autorización notarial, y en la versión que salió del dictamen de la comisión correspondiente, se establecía por el contrario la obligación de estampar, a la izquierda de su firma, tanto en la matriz como en las copias “un sello particular pero uniforme en todo el reino, con las armas Reales, y su nombre y apellido, oficio y pueblo de su vecindad” (202). La innovación provocó críticas muy severas como la de la revista *La Fe Pública*, que en su número 103 correspondiente al 16 de enero de 1848, afirmaba que “ninguna, absolutamente ninguna” ventaja se derivaba del proyecto con la introducción de “un sello a la francesa”: “sólo alcanzamos a destruir lo que habían sancionado los años y aprobado la conveniencia y la razón” (203). Sin embargo, la solución fue bien acogida por otros, como FERMÍN FORMOSO, que en su proyecto de reforma del Notariado estableció que los notarios “tendrán un sello para membretear la correspondencia y sobres, y sellar los documentos que espidan. En su centro estará grabada la medalla que usen, y en la circunferencia el nombre de la escribanía” (204). Entre los autores se planteó la cuestión como “capital” en la reforma del Notariado, en palabras de GONZALO DE LAS CASAS, que consideraba que

(202) Artículo 28 del texto presentado por la Comisión (de fecha 12 de enero de 1848) y aprobado por el Congreso (18 de febrero de 1848). Según el artículo 21 del mismo texto, disponía en su párrafo último que “en aquellos (instrumentos) en que las leyes requieren, como forma sustancial, el signo del Escribano, los Notarios recibidos después de la publicación de esta ley, pondrán en vez del signo, en seguida de la suscripción, y además de su firma y rúbrica, el sello prevenido en el art. 28 de esta ley”. Parece, pues, que respecto de los notarios ejercientes previamente a la vigencia de la ley proyectada, subsistía (probablemente por respeto a los términos contenidos en los títulos) la necesidad de signar, además de la de sellar por imposición del artículo 28. Es de advertir que en el proyecto remitido al Congreso por el Gobierno no se hacía referencia al lugar (es decir, a la izquierda de la firma), en que debía imponerse el sello, y tampoco se contenían las palabras “autorizando la suscripción” que aparecen en el texto del Congreso. El párrafo último del artículo 21 fue también añadido por el Congreso ya que en el proyecto del Gobierno se limitaba a decir que “firmarán las escrituras los otorgantes, los testigos y los Notarios o Notario, espresándolo éste así al fin de ellas” (art. 25). Pueden verse estos textos en la obra de Juan Miguel XIMENA e Isidro O. (rtaga) SALOMÓN, *El Notariado en España desde su creación*, Madrid, 1848. También se reprodujo en la revista notarial *El Restaurador*, Madrid, 1857, que publicó, intercalada y con paginación propia, una denominada “Historia del Notariado”, por Manuel FERNÁNDEZ MARTÍN. Esta historia contenía un prólogo de Francisco SALMERÓN y ALONSO, el proyecto de 1847, el dictamen del Congreso sobre él, la discusión por artículos y parte del proyecto aprobado por el Congreso (pp. 43 a 47).

(203) “Para que todo concuerde, ha sido necesario también introducir un sello a la francesa. Las cartas también van selladas a la francesa: las oficinas tienen sello por imitación francesa: el papel sellado dejó de ser español desde que fue timbrado a la francesa. Con este sello que contendrá el nombre y apellido, el oficio y pueblo de la vecindad del Notario, deben sellarse no solamente lo que hemos llamados primera copia, o instrumento auténtico u original, sino también todas las escrituras de la matriz continuadas en el protocolo, manual o registro”, p. 2.

(204) *Proyecto de Ley de Arreglo de escribanos y organización del Notariado fechado el 8 de junio de 1854*, Coruña, Imprenta de Arza a cargo de Timoteo Pombo, 1855, artículo 92, p. 39. No se mencionaba en este proyecto el signo, pues en el artículo 308 sólo se señalaba como requisito de la autorización la firma “del notario precedida del ante mí”, p. 69.

si bien el sello “es más digno y respetable”, el “signo es más cómodo y no está sujeto a las contingencias de aquél” (205), concluyendo que lo aconsejable sería adoptar “el uso del sello *además del signo*, dando a éste toda la fuerza legal propia del oficio del Notario, y considerando a aquél únicamente como comprobante de la competencia del Notario en los actos que autorizare”, solución que ya había reflejado en su “Proyecto de Ley orgánica del Notariado”, presentado a las Cortes Constituyentes en 1855 (206), y que asimismo fue la acogida por JOAQUÍN JOSÉ CERVINO en su *Proyecto de ley constitutiva del notariado*, publicada en 1854 (207). Esta opinión influyó en la práctica ya que en muchos casos los notarios utilizaron oficiosamente sellos de diversa factura (208) que estampaban en las

(205) *Vid.* su artículo “Signo”, en el *Diccionario general del Notariado de España y Ultramar*, tomo IX, Madrid, 1857, pp. 552-4.

(206) Fue publicado en Madrid, Establecimiento Tipográfico de los Sres. Silva y García, 1856, y en su artículo 9.º decía: “Los Notarios públicos usarán en testimonio de su autoridad un sello con las armas del Estado y una orla en que se lea *Notaría pública del distrito de...* además del signo que hoy usan, el cual se conservará, y su omisión no podrá suplirse con dicho sello”. En el *Diario de las sesiones de las Cortes Constituyentes*, n.º 213, correspondiente al sábado 6 de octubre de 1855, se hizo constar haber pasado a la Comisión de peticiones entre otras presentadas en la Secretaría desde el día 17 de julio último hasta la fecha, la siguiente: “Núm. 703. D. José Gonzalo de las Casas, director del *Boletín del Notariado*, en unión con varios notarios, escribanos y alumnos, presenta a las Cortes un proyecto de ley orgánica del Notariado para que se dignen tomarle en consideración y nombrar una comisión especial que le examine”, p. 4510. Debe advertirse que, pese a lo que se dice por algún autor, como GIMÉNEZ-ARNAU, este proyecto no era idéntico al que se había publicado por GONZALO DE LAS CASAS en su *Semanario del Notariado de España y Ultramar. Periódico de la Biblioteca Especial del Notariado Español*, número 14 correspondiente al 3 de octubre de 1852 y 15, del día 10 siguiente. Este proyecto se componía tan solo de 44 artículos divididos en IX apartados, frente a los 114 artículos divididos en cinco títulos del proyecto de 1855. En el proyecto de 1852 no se hacía referencia alguna ni al signo ni al sello.

(207) Publicado en el entonces diario *El Faro Nacional*, 2.ª época, número 25, correspondiente al 4 de agosto de 1854. Según el artículo 40 de este proyecto, las escrituras deberían tener la expresión “*en testimonio de verdad*, y la firma y rúbrica todo del puño y letra del notario. También tendrán al lado del signo estampado el sello de la notaría, que será uniforme en todo el reino, y tendrá el escudo de armas nacional, y el nombre, apellido y pueblo de la vecindad del notario”.

(208) Así, por ejemplo, el Escribano de Número de Madrid D. Ángel Abad, Doctor en Jurisprudencia, usaba un sello de forma oval, impuesto en tinta verde, que llevaba alrededor la leyenda ESCRIBANÍA DEL DR. ABAD CALLE MAYOR 106, y en el centro MADRID; así aparece en una copia fechada el 12 de octubre de 1859. También el Escribano de Número de Arjona Don Pedro Lopiz usaba un sello parecido, estampado también en tinta verde, en la cabecera de la carpeta y del primer folio con este texto: “ESCRIBANÍA DE NÚMERO = DN. PEDRO LOPIZ (en el centro) ARJONA”. La copia examinada es de fecha 31 de julio de 1860. Y el Escribano Público de Número de Madrid, utilizaba en 1861 un sello ovalado, impuesto junto a su firma en tinta negra, con este texto paralelo al perímetro: “ESCRIBANÍA DE NÚMERO DEL LICENCIADO - MADRID”; y en el centro: “DON FERMIN GUTIÉRREZ/ Y GOMARA”.

Por su parte, el notario de Andújar D. Bernardo García utilizaba un sello que imponía exclusivamente a la izquierda de su firma, con este texto: “NOTARÍA PÚBLICA = ANDÚJAR”. = (en el centro) DE D. BERNARDO GARCÍA”.

copias expedidas, siendo especialmente curioso de notar la existencia de sellos impresos en lacre sobre los hilos que servían para coser los pliegos de las copias, o bien impresos en seco en la cabecera de los pliegos entre el escudo de España, también en seco, y el timbre correspondiente (209).

En el plano legislativo, las actividades para la reforma del Notariado continuaron con el proyecto de ley de bases presentado al Congreso en 1855 por el Ministro de Justicia, Manuel de la Fuente Andrés (210), en las que no se incluía referencia alguna relativa a la forma de la autorización notarial. La misma línea se mantuvo en el proyecto presentado el 6 de junio de 1857, por el ministro de Justicia, D. Manuel de Seijas Lozano (211), y en el presentado igualmente al Congreso con fecha 11 de febrero de 1858 por el ministro José María Fernández de la Hoz (212).

Por el contrario, sí se modificó el criterio en el proyecto presentado al Senado el 3 de febrero de 1859 por el ministro Fernández Ne-

(209) Ejemplo de esto último el notario de Murcia Félix Marz Asensi, en el año 1859, según copia que tengo a la vista. Años después Juan Eugenio RUIZ GÓMEZ escribía que “es útil coser los pliegos de la copia con un cordoncito de seda fuerte, llevando sus dos puntas a la parte inferior del último, cruzándolas allí o uniéndolas con un nudo, y estampando encima un sello en lacre u otra materia a propósito y permanente; porque de este modo se impide la sustitución de pliegos, y el documento ofrece mayor seguridad de la verdad de su contenido”. Vid. *La Notaría en la legislación y en la ciencia...*, Madrid, 1880, tomo II, p. 211.

(210) En la sesión de 23 de octubre de 1855 “leyó un proyecto de ley sobre arreglo del notariado... y terminada su lectura, se anunció que pasaría a las secciones para nombramiento de comisión” (p. 4724 del *Diario de Sesiones*). Se publicó en el apéndice correspondiente a esa sesión, y se componía de catorce bases.

(211) En la sesión del Congreso de esa fecha leyó el proyecto “fijando bases para el arreglo del Notariado” (p. 284 del *Diario*), que se publicó como Apéndice del *Diario* de la misma sesión (número 28). Comprendía dieciséis bases, sin que se estableciera norma alguna sobre el signo o sello, ya que la base 13.^a disponía que “se reglamentará lo necesario a la mejor redacción de los instrumentos públicos, legalidad, pureza y conservación de protocolos”.

(212) Vid. p. 173 del *Diario*. Fue publicado como apéndice del mismo y comprendía quince bases, la 12.^a de las cuales reproducía la 13.^a del proyecto de 1857. El dictamen de la Comisión se presentó en la sesión de 3 de marzo de 1858, y se publicó como apéndice del número correspondiente (30), en que no se modificó la base 12.^a. Llegó a ser aprobado por el Congreso el 24 de marzo de 1858 y se publicó como apéndice primero al número 47. Remitido al Senado, la Comisión correspondiente emitió su dictamen el 16 de abril de 1858 (apéndice primero al número 31 del *Diario*). Y en un “apéndice extraordinario” al mismo número 31 se insertó un “paralelo o comparación de los dos proyectos de ley fijando bases para el arreglo del Notariado, aprobado el uno por el Congreso de señores Diputados, y propuesto el otro por la Comisión del Senado en su dictamen leído el día 16 de abril de 1858”. Anunciada la discusión del proyecto “si hubiere tiempo” desde el día 21 de abril, se fue posponiendo principalmente por la extensión de la discusión de un proyecto sobre “la erección de monumentos a españoles ilustres” y otro “para la quinta de 25.000 hombres”, hasta que finalmente comenzó el 5 de mayo con discurso de oposición de Luzuriaga por entender que la autorización concedida al Gobierno (“que tengo por ciega absoluta e incondicional”, *Diario*, p. 510) suponía “una abdicación del poder que colectivamente ejerce el Cuerpo Colegislador”. Al día siguiente el Presidente del Consejo de Ministros, Javier de Istúriz, leyó el Real Decreto por el que se suspendían las sesiones de las Cortes.

grete, en cuyo artículo 12 se decía que “los Notarios autorizarán con un signo que no podrán variar después de elegido, y con su nombre, apellido y rúbrica” (213). El texto fue retocado por la Comisión del Senado (214), y recogido en el artículo 19, que dispuso que “los notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio. – No podrán variar en lo sucesivo sin Real autorización la rúbrica ni el signo. – En cada audiencia habrá un libro en que los notarios pongan su firma, rúbrica y signo, después de haber jurado su plaza”. Y en el artículo 28 se declaraban nulos los instrumentos en que no aparezca “la firma, rúbrica y signo del notario” (215). Pese a la suspensión de las sesiones de las Cortes por Real Decreto de 13 de noviembre de 1859 (216), el proyecto aprobado por el Senado fue “reproducido” por el Ministro de Gracia y Justicia (217), y dictaminado por la Comisión correspon-

(213) Puede verse como apéndice segundo al n.º 32 del *Diario de Sesiones* del Senado correspondiente al 3 de febrero de 1859. El artículo 13 del mismo proyecto disponía que “el Notario no podrá signar ni firmar con estampilla”. Este proyecto se denomina en la rúbrica que precede a la exposición “de ley sobre arreglo del Notariado”, y en la que encabeza el articulado “proyecto de ley reformando las disposiciones sobre el Notariado”. Este título se varía en el dictamen de la Comisión por el más sencillo de “Proyecto de ley del Notariado”.

(214) La Comisión del Senado estuvo integrada por Lorenzo Arrazola, Luis Rodríguez Camaleño, Jacinto Félix Domenech, Juan Martín Carramolino, el Marqués de Gerona, Cirilo Álvarez y Pedro Gómez de la Serna. Lleva fecha de 9 de mayo de 1859 y se publicó como apéndice cuarto al número sesenta del *Diario*. El texto no sufrió modificación en la discusión del Senado, que comenzó el 16 de mayo de 1859 y terminó el 24 siguiente en que fue aprobado por 87 bolas blancas contra 9 negras, siendo 96 el total de señores votantes. Se publicó como apéndice quinto al número 82 del *Diario*, y se remitió seguidamente al Congreso, donde se hizo constar su remisión en la sesión de 26 de mayo de 1859 (p. 2452 del *Diario*), y se publicó como apéndice al número 127 de su *Diario de Sesiones*.

(215) En la sesión de 1 de junio de 1859 se designó la Comisión del Congreso, integrada por los señores Aguirre (D. Joaquín), Alegre, Gálvez Cañero, Escudero y Azara, González (D. Ambrosio), Calderón Collantes y Fuente Andrés (p. 2542 del *Diario*). En el dictamen de la Comisión fechado el 23 de abril de 1861 y publicado como apéndice tercero del número 5 correspondiente al 18 de noviembre de 1861, no se introdujeron cambios en esos preceptos. En la sesión de 29 de abril de 1862 (*Diario*, p. 2166) se aprobó “sin más debate” el artículo 19, así como lo referente al signo notarial en el artículo 27 (28 del proyecto). El dictamen de la Comisión mixta, de fecha 16 de mayo de 1862, se publicó como apéndice primero al número 123 correspondiente al 19 de mayo de 1862.

(216) Una vez más se hizo verdad lo que al discutirse el proyecto en el Senado había afirmado Lorenzo Arrazola en la sesión de 17 de mayo de 1859 de que “la inocente ley de arreglo del Notariado no tiene más inconveniente que la de ser el apagador de las luces parlamentarias, pues siempre que se trae, se acaban los parlamentos”. *Diario de Sesiones*, número 76, p. 929. Inmediatamente antes había dicho lo siguiente: “Hace trece años que se está tratando de reformar el Notariado, y si hoy no salimos con ello, menester será que los Gobiernos renuncien para siempre a su reforma, porque da vergüenza el tratar de este asunto que ya es la cuarta vez que viene al Parlamento”.

(217) El proyecto había sido ya reproducido en la legislatura de 1860 (25 de mayo de 1860 a 28 de septiembre de 1861), según se hizo constar en la sesión de 29 de octubre de 1860 (p. 396

diente (218) el 23 de abril de 1861 (219), y nuevamente “reproducido” en la legislatura de 1861-2 (220). Ni en este dictamen ni en la discusión del

del *Diario*). En la sesión de 30 de octubre de 1860 se designaron a los Sres. Monares, Sánchez Milla y Figueroa, en sustitución de los Sres. Gálvez Cañero, Fuente Andrés y González (D. Ambrosio). En la sesión de 16 de noviembre de 1860 “el Congreso quedó enterado de que la comisión nombrada para dar dictamen sobre el proyecto de ley del notariado, había nombrado secretario al Sr. Sánchez Milla en reemplazo del Sr. D. Ambrosio González” (*Diario*, n.º 38, p. 496).

(218) Esta comisión al final quedó compuesta por J. Aguirre, Francisco Escudero y Azara, Rafael Monares, José L. Figueroa, Miguel Alegre y Antonio S. de Milla. En esta comisión permanecían respecto a la de 1859 solamente los señores Aguirre, Escudero y Alegre.

(219) Se publicó como apéndice 4.º al n.º 142 del *Diario*.

(220) La anterior legislatura había terminado, suspendiéndose las sesiones, por Real Decreto de 28 de septiembre de 1861. La nueva legislatura comenzó el 8 de noviembre de 1861 y concluyó el 31 de octubre de 1862. El *Diario de Sesiones* n.º 5, de 18 de noviembre de 1861, dice en su p. 31, al respecto de la reproducción: “El Sr. Ministro de Gracia y Justicia (Fernández Negrete): En virtud del art. 92 del Reglamento, y competentemente autorizado por S.M., el Gobierno vuelve a reproducir el proyecto de ley sobre arreglo del notariado que hace dos legislaturas está pendiente del examen de este Cuerpo”. = El Sr. Secretario (Goicoerrotea): Queda reproducido (véase el Apéndice tercero al *Diario* núm. 5 que es el de esta sesión). El Reglamento entonces vigente era el aprobado el 4 de mayo de 1847 (puede verse en el apéndice cuarto al n.º 85 del *Diario de Sesiones*, pp. 1591-9), y su artículo 92 disponía: “En la segunda y ulteriores legislaturas de cada Diputación puede continuar, a propuesta del Gobierno o de un diputado, cualquiera de los trabajos de la precedente, partiendo del estado en que se encontraba; pero concluida una Diputación, terminarán cuantos negocios pendían en el Congreso, y deberán comenzarse nuevamente si fueren promovidos por el Gobierno o los Diputados. Exceptuáanse de esta disposición los Códigos, en cuyo examen y discusión se podrá continuar”. En el Reglamento de 1838 se había establecido que “la segunda y tercera legislatura de cada diputación pueden continuar, a propuesta del Gobierno o un Diputado, cualquiera de los trabajos de la precedente, partiendo del estado en que se encontraban; pero concluida una diputación terminan cuantos negocios pendían en el Congreso, y deberán comenzarse nuevamente si fueren promovidos por el Gobierno o los Diputados. Exceptuáanse de esta disposición los Códigos, en cuyo examen y discusión se podrá continuar” (véase apéndice al n.º 69 del *Diario* correspondiente al 5 de febrero de 1938, p. 804). Inicialmente se había redactado así: “Art. 71. La segunda y tercera legislatura de cada diputación, pueden continuar a propuesta del Gobierno o de un Diputado los trabajos de la precedente partiendo del estado en que se encontraban; pero concluida una diputación, por cualquier motivo que sea, caducan y quedan archivados cuantos negocios pendían en el Congreso” (Apéndice 2.º al n.º 44 del *Diario*, correspondiente al 8 de enero de 1838). Al discutirse en la sesión de 15 de enero de 1838, Pascual Madoz alegó que con esa redacción podría impedirse la discusión de un proyecto en las legislaturas (diputaciones) siguientes a la tercera, y ello “sería en manos de un Ministerio sospechoso un arma con que podría destruir la libertad y minar el Trono de la inocente Isabel. Tengamos previsión si queremos asegurar las libertades patrias”. El diputado Sr. Sancho respondió que el artículo no se oponía a que “cualquiera Diputado haga una proposición resucitando los trabajos que quedaron pendientes en la legislatura anterior”, pero que convenía darle una redacción, la comisión retiraba el artículo “para redactarlo de una manera más clara y que explique bien la misma idea” (*Diario* n.º 50, de 15 de enero de 1838, p. 420-1). La nueva redacción fue aprobada sin discusión en la sesión de 10 de febrero de 1838 (p. 867 del *Diario*). En el Reglamento aprobado el 4 de mayo de 1847 (apéndice 4.º al n.º 85 de la misma fecha), el artículo pasó a tener el número 92 y la redacción que vimos, en la que se sustituyó la referencia a la tercera legislatura, por la de “ulteriores legislaturas”, lo que tenía su razón en la duración de las Cortes según la Constitución de 1845, que era de cinco años (art. 23), en lugar de los tres de la de 1837 (art. 25).

Congreso se introdujo innovación alguna en los puntos referentes al signo (221), por lo que el texto del proyecto remitido por el Senado fue incluido en la ley sancionada el 24 y promulgada el 28 de mayo de 1862 (222). El mismo sistema fue mantenido por el Reglamento de 30 de diciembre de 1862 (223), consignando como únicos elementos de la autorización notarial el signo, la firma y la rúbrica, y prohibiendo el uso de estampillas salvo para los notarios “que en actualidad lo verifiquen por ley o por costumbre autorizada”, los cuales “podrán continuar haciéndolo mientras desempeñen su actual cargo” (224). No hubo, pues, mención alguna al sello

(221) La Comisión mixta estuvo compuesta por los señores Permanyer, Figueroa, Ferreira Caamaño, Sánchez de Milla, Aguirre, Moreno López y Figuerola. El día 21 fue aprobado por el Senado el dictamen de la comisión mixta por ochenta bolas blancas frente a tres negras.

(222) Una vez aprobado, se insertó el texto en el apéndice quinto del *Diario* núm. 129, refiriéndose a ella como “ley sancionada por S.M. y publicada en el Congreso, sobre reforma del Notariado”. En este texto, tras los preceptos legales se lee: “Y el Congreso de los Diputados lo presenta a la sanción de V. M.-Palacio del Congreso 21 de mayo de 1862. = Señora, A. L.R.P. de V.M. = Alejandro Mon, Presidente. = Román Goicoerrotea, Diputado Secretario. = Manuel Ruiz Zorrilla, Diputado Secretario. = Daniel Carballo, Diputado Secretario. = Francisco Millán y Caro, Diputado Secretario. = Publíquese como Ley. = ISABEL. = Dado en Palacio a 24 de mayo de 1862. = El Ministro de Gracia y Justicia, Santiago Fernandez Negrete. Con fecha 25 siguiente firmó el Ministro de Justicia la comunicación al Congreso anunciando la sanción por la Reina de la Ley del Notariado, “con fecha de ayer”, y se hizo constar tras la lectura de la comunicación lo siguiente: “Se leyó, y quedó publicada como ley, acordando que se archivase, la sancionada por S.M. relativa a la reforma del notariado”. *Diario* p. 2592. Es así pues inexacto considerar sancionada la ley el 28 de mayo, como hace por ejemplo Alfonso Quereda de la Bárcena: “El 28 de Mayo de 1862, siendo Ministro de Gracia y Justicia Fernández Negrete, la Reina Isabel II, sancionó el Proyecto, convirtiéndose en Ley, que fue publicada en la *Gaceta* el 29 del mismo mes y año”. “El proceso de formación de la Ley del Notariado”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección primera, volumen I, p. 614. Este mismo error se da en la nota a pie de página contenida en la edición de la *Legislación Notarial*, de 1971, preparada por Manuel González Enríquez, Jerónimo López y Carlos Melón Infante). La causa del error radica en no distinguir como era obligado en el sistema constitucional entonces vigente, la sanción (día 24), la promulgación (día 28) y la publicación (día 29). Es curioso que en la RO de 30 de mayo de 1862, dictada “para cumplimiento de la Ley”, se hablara de haber sido “sancionada por la Reina (Q.D.G.) con fecha 26 del presente mes, la ley que reforma y organiza la institución notarial de España”. Con ello se opta, por un lado, por la fecha de sanción de la ley frente a la de su promulgación; y por otro, se yerra en la fecha, sustituyendo la del 24 por el 26. También es curioso que en el *Diccionario* de ALCUBILLA, se pusiera a pie de página una nota con el siguiente texto: “Deberá entenderse la ley de 28 de mayo, pues al publicarse en la *Gaceta* y Colección legislativa, solo figura esta fecha y el público no sabe la de la sanción real. No es la primera vez que hacemos ver estas inexactitudes”. En realidad, dada la referencia a la sanción, no había otra inexactitud sino la del cambio del día 24 por el 26, lo que, como se ve, no fue aclarado en dicho *Diccionario*. *Vid. Diccionario de Administración*, Madrid, 1862, tomo V, p. 739.

(223) Se denominó “Reglamento general para el cumplimiento de la ley sobre constitución del Notariado”, en la parte dispositiva, y en la rúbrica que antecede al articulado “Reglamento general para el cumplimiento de la Ley del Notariado”.

(224) Artículo 70, párrafo segundo. El párrafo primero disponía que “a ningún Notario se concederá autorización para signar ni firmar con estampilla”. Y el artículo anterior, o sea, 69, decía así: “Los Notarios autorizarán de propia letra los instrumentos públicos, signando pri-

ni en la Ley del Notariado ni en el primer reglamento notarial, lo que no quiere decir que algunos notarios no lo utilizaran bien como formalidad adicional a los elementos legales de autorización, bien como recurso de identificación del notario, al margen de la autorización propiamente dicha, realizada a través del signo, de la firma y de la rúbrica. En el primer caso, mientras hubo algunos notarios que diseñaron su sello conforme al modelo oficial establecido para el de los Colegios Notariales, otros continuaron usando los que tenían ya precedentemente (225).

La introducción del sello notarial, sin perjuicio del signo, que aunque generalmente aceptado no dejó de provocar algunas opiniones adversas según las cuales se trataba de una “antigualla risible” (226), se produjo en el Reglamento de 9 de noviembre de 1874, al establecer que los notarios, que habían de autorizar “los instrumentos públicos signando, firmando y rubricando”, “podrán usar además sello especial de su Notaría” (227),

mero y firmando y rubricando debajo del signo”. El Colegio de Valencia había criticado la práctica de variar el signo por ser “contra nuestra práctica”, así como “la de no signar ni firmar con estampilla contra la equidad”, por lo que aconsejó adicionar el artículo del proyecto con la frase “sino con justa causa, dispensa del Rey, y oyendo a la Sala de Gobierno respectiva”. En el texto alternativo que dicho Colegio propuso se establecía que las matrices sólo se firmarían y rubricarían (art. 33), mientras que las copias y testimonios deberían además llevar el signo (art. 72 y 83). Véase *La Notaría*, número 105, pp. 831-2, número 127, p. 945 y número 128, p. 952, correspondientes a 1860.

(225) En este caso está el notario de Sierra de Yeguas, en el distrito de Campillos, en el Colegio Notarial de Granada, D. José Jorje Jordán, que imponía un pequeño sello en tinta, ovalado, con la inscripción ESCRIBANÍA DE JORDÁN. Referencia de su empleo, un testimonio por exhibición autorizado por él el 26 de abril de 1863. El hecho del emplear el término “escribanía”, revela que su uso era anterior a la Ley del Notariado.

Bastante después, en 1871, el notario de Burgos D. Plácido López Yturralde, imponía, junto a su firma, un sello también ovalado, impreso con tinta azul, con la sola leyenda “P. LÓPEZ DE YTURRALDE” (escritura de 5 de julio de 1871).

(226) En la propuesta de reforma de la Ley del Notariado publicada por el Notario de Murcia José Domínguez y Sanz, en 1901, se decía respecto del artículo 17: “En este artículo y en los demás congruentes de la ley, debe suprimirse lo relativo al signo, que no tiene razón de ser: más racional es que el Notario autorice poniendo = ante mí = Fulano de tal = y rubricado, = como hacen los Escribanos (que también son depositarios de la fe pública aunque en lo judicial). El signo es una antigualla risible, lo mismo ante españoles que en presencia de extranjeros”. “Reformas a la Ley del Notariado”, en *El Notariado, periódico profesional*, año III, núm. 115, 8 diciembre de 1901, p. 139.

(227) Artículo 60. Asimismo, el artículo 121 estableció que “los Notarios podrán usar un sello que estamparán en los documentos al lado del signo, igual a los anteriores, con la diferencia de que alrededor se pondrá la inscripción siguiente: «Notaría de don N...» (el nombre del pueblo de su residencia)”. Los sellos aludidos eran los autorizados para las Juntas directivas, las Delegaciones y Subdelegaciones, que según el párrafo primero del mismo precepto “podrán usar para sus escritos un sello con los mismos atributos consignados para la medalla, con la diferencia de que la inscripción *Nihil prius fide* se leerá en el centro sobre el libro protocolo y alrededor esta otra inscripción: “*Colegio notarial de...* (tal punto)”. En la práctica, sin embargo, se utilizaron por los notarios sellos que no se ajustaban a ese modelo. Así, por ejemplo, el notario de Almodóvar del Campo D. Ramón Solano y Manso de Zúñiga, todavía en 1917,

conforme al modelo fijado para el de las Juntas Directivas, las Delegaciones y Subdelegaciones. Todo ello se mantuvo en el Reglamento de 9 de abril de 1917 (art. 208), y en el de 7 de noviembre de 1921 (art. 271). Hay que añadir que, pese al carácter voluntario del sello según la legislación notarial, en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 se exigió el sello del notario en las libretas en el caso de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes (228). Además, algún autor, como NOVOA SEOANE, entendía que dependiendo la utilización de la franquicia notarial de la imposición del sello del notario éste era obligado en la práctica (229), considerando por otra parte que su uso debería ser preceptivo “para que hubiera la mayor uniformidad en todo lo que se relacionara con los Instrumentos públicos”. También se señaló por algún autor, como RAFAEL AZPITARTE SÁNCHEZ, la conveniencia de sujetar el sello notarial, siguiendo la legislación italiana, “a un modelo común y entregarlo a cada Notario, el cual, o sus herederos, han de devolverlo al cesar en el cargo aquél” (230). El mismo autor señalaba también que “aunque sea irreglamentario, es moderno uso, como lo fue asimismo en la Edad Media, llevar el sello, en vez de los atributos del Cuerpo, el signo del Notario” (231).

Hay que advertir, de todas formas, que en este período en que el sello notarial existió con carácter discrecional, su utilización en muchos casos no se hacía como elemento complementario de la autorización notarial sino más bien como membrete o seña identificadora de la procedencia de cosas o escritos, por lo cual, cuando se empleaba en las copias su imposición no se hacía junto al signo y firma del notario, sino en la parte supe-

hacía uso de un sello, en el cual la orla llevaba, con alguna variante, la leyenda habitual (“Notaría de Almodóvar del Campo. Ldo. R. Solano Manso de Zúñiga”), pero en cuya parte central los distintivos notariales del libro-protocolo y el lema “Nihil prius fide”, estaban sustituidos por una cruz correspondiente a la Orden Militar de Calatrava, a cuya jurisdicción perteneció históricamente la población.

Por otro lado el artículo 61 de este Reglamento de 1874 modificó el sistema de estampillas al disponer que “a ningún Notario se concederá autorización para signar ni firmar con estampilla. Los que en la actualidad lo verifiquen, dejarán inmediatamente de usarla, y elegirán signo, firma y rúbrica, que pondrán en conocimiento de las respectivas Juntas directivas”.

(228) “Los ejemplares duplicados de las libretas que para acreditar el estado de las cuentas corrientes abiertas en garantía de hipoteca pueden llevar los interesados, deberán estar sellados y rubricados por el Notario autorizante de la escritura en todas las hojas, con expresión certificada en la primera del número de las que contenga”.

(229) “Hoy casi es de necesidad el sello en las Notarías, puesto que no tienen franquicia de correos los pliegos de carácter oficial sin el sello del funcionario u oficina remitente, y es casi diaria con el Registro de actos de última voluntad la correspondencia oficial del Notario”. NOVOA SEOANE, Ramón, *El progreso del instrumento público*, Madrid, 1898, p. 206.

(230) *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto Reus, Madrid, s.f., p. 330.

(231) Loc. cit., p. 330. También indicaba ser “usual consignar también la fecha de la ley Notarial que la medalla notarial lleva en el reverso”.

rior de todos los folios, y en todo caso, junto al sello del papel timbrado, lo que parecía implicar la pretensión de personalizar el papel utilizado en el instrumento, lo que también se realizaba utilizando otros recursos, como la impresión del membrete del notario al estilo de papel de cartas u oficio (232). Hubo, asimismo, notarios que utilizaron el sello para complementar las carpetas de las copias, meramente caligrafiadas, es decir, aún no impresas (233). Esta situación cambia con el Reglamento de 8 de agosto de 1935, ya que en él no sólo se vino a dar carácter de obligatoriedad al sello notarial sino que se refirió a él como nuevo ingrediente de la autorización formal del instrumento. Efectivamente, el artículo 66 dispuso que “el sello notarial tendrá en lo sucesivo carácter obligatorio y llevará en el centro un libro en forma de protocolo, con el lema *Nihil prius fide*, orlado con el nombre y apellido del Notario y la designación de su residencia”. Y, además, el artículo 196 estableció que el notario “deberá estampar al lado del signo (234) el sello oficial de su Notaría” (235); y según el 241 las copias “irán autorizadas con el signo, firma, rúbrica y sello del Notario, que impondrá los dos últimos en las hojas anteriores”; incluyéndose finalmente también el requisito del sello para las legalizaciones (art. 266). Por otro lado, se dio “estado legal a las llamadas copias simples”, que, como vimos, habían sido ya mencionadas en la Real Orden de 11 de octubre de 1772 relativa al Archivo de la Corona de Aragón (236), y que en el Reglamento de 1935 fueron definidas negativamente en cuanto a sus efectos (las dadas “sin garantía por la transcripción”) (237), si bien, en puridad, deberían ser, como dice PEDRO ÁVILA ÁLVAREZ, “no expedidas, sino dadas, por el Notario, sin autorización alguna

(232) Así lo hacía en 1904 el notario de Málaga, Francisco Villarejo y González, que en la parte superior izquierda de la primera plana del papel timbrado utilizado como primer pliego incluía la siguiente indicación impresa: “Francisco Villarejo y González = NOTARIO Y ABOGADO = ÁNGEL, 1 = MÁLAGA”.

(233) Fue el caso del notario de Burgos don Fernando Monterrubio, que, en los primeros años de la década de 1880, y en la parte central e inferior de las carpetas, imponía su sello ovalado, diseñado con los componentes del sello de los colegios, pero que en el interior del dibujo del libro protocolo reseñaba el número que en el protocolo correspondía al instrumento respectivo.

(234) En la práctica notarial anterior a la obligatoriedad del sello, éste se usó frecuentemente imponiéndolo en la cabecera de los pliegos, a manera de complemento del correspondiente al papel timbrado, y no junto al signo, y la firma, es decir como elemento de la autorización.

(235) En el artículo 266 se definió la legalización como “la comprobación extendida al final de un documento autorizado por Notario colegiado, fechada, signada, firmada, rubricada y sellada por otros dos Notarios del mismo Colegio”.

(236) “Que el Archivero remita, o entregue de Oficio las copias certificadas, o simples, que de orden mía le pidieren...”.

(237) Según el artículo 250 “los Notarios darán copias simples sin garantía por la transcripción de los documentos de su protocolo, pero solamente a petición de parte legítima”.

por éste" (238), opinión ésta coincidente con la expuesta hace más de un siglo por JUAN EUGENIO RUIZ GÓMEZ (239). Sin embargo, en la práctica se impuso la noción de copia simple como aquella extendida en papel común, no autorizada por el notario (240), pero provista de una prueba de su procedencia, a través, precisa y necesariamente, del sello notarial, concepto que se ha impuesto indiscutiblemente en la práctica y sobre todo frente a las Administraciones públicas, que cuando piden copia simple, exigen lleven el sello original de la notaría, sin que admitan otros tipos de copia como pudieran serlo las fotocopias de copias autorizadas (241). Aunque en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 se mencionan, dándoles un considerable inicial valor, las copias simples de los documentos públicos, no se hace la caracterización de estas copias simples, si bien negativamente puede inducirse que se consideran tales las que carecen de "los requisitos necesarios para que surtan sus efectos probatorios" (242), con lo cual se desborda el concepto técnico y preciso de

(238) Vid. "La reproducción del instrumento público", en la *Revista de Derecho Notarial*, LXXXVII, enero-marzo 1975, p. 431.

En este sentido SANCHO-TELLO decía en 1885 que las copias simples "se expiden en papel común, sin formalidad alguna, sin firma, rúbrica ni signo, y sin cláusula de suscripción". *Derecho notarial de España*, Madrid, 1885, p. 183.

(239) "... las mencionadas copias simples, extractos y notas o apuntes no pueden llevar ninguna autorización; es decir, firma, media firma, rúbrica ni sello". *La Notaría según la legislación y la ciencia...*, Madrid, 1880, tomo II, p. 218.

(240) En el caso resuelto por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 21 de julio de 1945, el notario Raimundo Noguera Guzmán interesó de la Dirección "los términos en que debía cumplir lo previsto en el último párrafo del artículo 231 del Reglamento, al librar una copia simple que no es objeto de nota de expedición ni de suscripción en la misma copia". La Junta Directiva opinó que "como no hay prohibición de poner dicha nota, si el Notario lo creía conveniente para fedación o salvedad, nada impedía que se extendiera y en ella se cumpliera lo allí preceptuado". La Dirección declaró que "la expedición de copias simples no origina nota en la matriz ni cláusula de suscripción... pero no hay inconveniente en que el Notario pueda añadir a la calificación de copia simple la circunstancia de ser expedida en virtud de expediente". Vid. *Anuario de 1945 y 1946*, pp. 602 a 604.

(241) Sin embargo, en 1957 en el *Boletín de Granada* (número 72) se sostuvo "es de especial interés el no usarlo (el sello notarial) en las copias o notas simples que no tienen autenticidad alguna".

(242) Según el artículo 267, y bajo el epígrafe de "forma de presentación de los documentos públicos", se dice que "cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple y, si se impugnar su autenticidad, podrá llevarse los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios". Esta norma se refiere en general a los documentos públicos y no solamente a los notariales, por lo cual parece que en cuanto a estos, el concepto de copia simple habría de integrarse con lo que resulta de la práctica y la doctrina, en las que, según hemos dicho, el sello es un elemento imprescindible para que una mera copia sea una copia simple. Sin embargo, como el valor probatorio inicialmente atribuido a estas copias queda dependiendo de la actitud de las otras partes, que pueden impugnar o no su autenticidad, parece que, en realidad la fuerza probatoria deriva más bien del reconocimiento de la parte contraria que de cualquier requisito material o formal del escri-

la copia simple notarial, al admitirse que pueda ser copia simple cualquier transcripción de un documento público.

En el Reglamento de 2 de junio de 1944 se reprodujeron literalmente los preceptos referentes al sello notarial contenidos en el Reglamento de 1935, incluso la inadecuada expresión “tendrá en lo sucesivo” (arts. 66, 196, 241, 266 y 250). En la reforma de los artículos 175 y 249 realizada por el RD 2537/1994, de 29 de diciembre, se han creado dos nuevos supuestos en los que el sello notarial es obligatorio, que corresponden a las solicitudes de información registral y de comunicación del otorgamiento de escrituras por telefax también al Registro de la Propiedad (243).

B. Régimen vigente.

Como consecuencia de la poca atención prestada al sello notarial tanto por los legisladores como por la doctrina, muchas son las cuestiones que respecto al mismo pueden suscitarse y que afectan a su concepto, requisitos materiales y de aplicación, ámbito de utilización y efectos de su omisión.

a. Concepto.

Dada la ambigüedad del término sello, y la variedad de sellos posibles, se debería haber indicado por el Reglamento el tipo del mismo impuesto como obligatorio, pero no se hizo así. Los artículos 196 y 264 del Reglamento Notarial utilizan la expresión “estampar”, y aun cuando el sentido más común hace a este término equivalente al de imprimir, cabe también la estampación en seco, expresión utilizada, por ejemplo, en el arte de la encuadernación (244), por lo que en sí misma no implica la ex-

to, como pudieran serlo el sello notarial o la utilización del papel especialmente creado y distribuido por los Colegios Notariales de España para las copia simples, y otras atenciones como las cédulas de notificación.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace igualmente mención de las copias simples en el artículo 318 al disponer que “los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el artículo 319 si... habiendo sido aportado por copia simple conforme a lo previsto en el artículo 267, no se hubiere impugnado su autenticidad”, lo que claramente confirma el criterio de que la fuente verdadera de la fuerza probatoria de las copias simples se encuentra en la falta de impugnación de su autenticidad.

(243) Según el artículo 275, la petición de información al Registro de la Propiedad se hará por el notario “mediante escrito con su sello”; y según el artículo 249 la comunicación que envíe el notario al Registro tras el otorgamiento de escrituras susceptibles de inscripción será “suscrita y sellada”.

(244) En el *Manual del encuadernador*, de L. Sebastian-Le-Normand, traducido al castellano en 1839 (Barcelona, Imprenta y Librería de D. Manuel Sauri), se dice que el estampado consiste en “grabar profundamente en relieve dibujos más o menos complicados” y que “se hace con hierros y láminas como el dorado, pero sin apiicarie oro”, p. 246, de la edición facsimilar de “Ollero y Ramos, Editores, SL”, Madrid, 1994.

clusión de las modalidades del sello en seco, en cera, lacre u otra materia similar, las pegatinas o sellos en seco autoadhesivos, y en general cualquier procedimiento que no produzca una huella de tinta absorbida por el papel (245). Esta interpretación podrá verse reforzada por el hecho de que el artículo 241 del mismo Reglamento utiliza, respecto del sello, el término “imponer”, que puede valer para cualquier procedimiento de sellar, mas si se tiene en cuenta que ese precepto se aplica de forma común con la rúbrica (“... rúbrica y sello del Notario, que *impondrá* los dos últimos en las hojas anteriores”), parece evidente que el vehículo de la estampación no es la simple forma sino la tinta, y que por tanto el sello del Notariado español, a diferencia de otros, como el alemán, donde se utilizan pegatinas selladas en seco (246), es el impreso en tinta (247) a través de un cuño, generalmente de goma o materia flexible semejante (248), quedando excluidas, por tanto, todas las formas de sellado, adherentes o pendientes, y parece que también las ejecutadas informáticamente a través del sistema del escáner. Esta, en definitiva, ha sido la práctica constante y más general (249), establecida con anterioridad in-

(245) María José SASTRE Y ARRIBAS escribe que “los notarios en España utilizan hoy un sello en tinta, cuando a principios de siglo los usaban de otro tipo... y todavía hoy en algunos países (Francia y Estados Unidos, entre ellos) lo suelen utilizar seco”. “Actualidad del sello en España”, en *Actas del primer coloquio de sigilografía*, Dirección de los Archivos Estatales, Madrid, 1990, p. 42.

(246) Con respecto al diligenciamiento de los libros de comunidades de propietarios, el Reglamento Hipotecario, conforme a la redacción dada por el RD de 13 de noviembre de 1992, dispone que el sello del registrador “se pondrá mediante impresión o estampilla, perforación mecánica o por cualquier otro procedimiento que garantice la autenticidad de la diligencia” (art. 415).

(247) El origen del sello en tinta parece ser que es oriental, ya que “en China se sellaba así hacia el año 100, según demuestran los documentos hallados en las arenas del Turquestán oriental a principios de nuestro siglo”, y parece incluso que en ellos está el origen de la imprenta. Se señala como primer sello en tinta español, en función netamente diplomática, “el que introdujo en la Real Corte de Navarra su registrador o sellador antes de 1677”, iniciándose con él “el tipo que se empleará abundantísimamente en el XIX (campo oval, escudo de las armas reales timbrado con corona, leyenda en torno), concordante con las formas tradicionales de los sellos diplomáticos”. Vid. MENÉNDEZ-PIDAL, F., *Apuntes de Sigilografía Española*, Guadalajara, 1993, pp. 141 y 142.

(248) “Las matrices de estos sellos en tinta fueron alguna vez de madera (marcas postales de la primera época) y más generalmente metálicas, de latón, grabadas en positivo e invertidas, que requieren para su empleo una tinta grasa, como se sigue haciendo en Correos. Ya en nuestros días aparece el sello matriz de caucho vulcanizado, que utiliza otro tipo de tinta. La “tinta” para las primitivas matrices metálicas se hacía muchas veces ahumando en el candil la matriz, previamente untada de aceite”. MENÉNDEZ-PIDAL, F., ob. cit., pp. 144-5.

(249) Con todo en el anuncio de la *Gaceta de los Notarios* de 14 de junio de 1863, a que luego haremos referencia, se decía que los modelos ofrecidos “uno de Junta directiva y otro de NOTARÍA”, llevaban “su correspondiente *tampón*, un frasco de tinta y una brocha, todo en su caja de hoja de lata para la impresión a mano de los sellos donde sea necesario”, si bien se añadía que “también los hay para lacre a 80 rs.” Vid. p. 376. Es de suponer que esos sellos de lacre

cluso a la admisión oficial del sello, es decir, al Reglamento de 1874, que es evidente que al dar las características del sello notarial no inventó nada, sino que se limitó a describir el modelo que se había estado reproduciendo a partir de 1863. Efectivamente, la *Gaceta del Notariado* publicó en su número de 14 de junio de 1863 un anuncio con modelos de sellos para las notarías y para los colegios, que son idénticos a los más habituales hasta la actualidad y el texto del modelo presentado publicitariamente llevaba el nombre de GONZALO DE LAS CASAS (250). Para la creación del modelo se utilizaron los elementos señalados en la Real Orden de 5 de enero de 1863, reguladora de los sellos de los colegios en cuanto utilizados en las legalizaciones (251), y a su vez tal Real Orden se inspiró en las bases que en su día habían sido acordadas en la Junta Consultiva para la reglamentación del Notariado, con referencia a la creación de una medalla como distintivo de los notarios, que por entonces no fue admitida (252). Luego, al crearse la medalla, por Real Orden de 8 de

no tenían como función la autorización de instrumentos sino la identificación de ciertos objetos, como en el caso de los testamentos cerrados, depósitos, y envíos remitidos por el notario.

(250) En tal anuncio se decía que “con el fin de que nuestros lectores puedan adquirir con toda *uniformidad* los sellos particulares para las Notarías, que tan frecuentemente se nos demandan, y en virtud de lo que tenemos manifestado, estamos convenidos con los mejores artistas de Madrid, en combinación con otros de París, para proveer a la uniformidad del uso de los sellos en las oficinas de los Notarios en todo el Reino, pudiendo servir todos los pedidos que se nos hagan, como se ha hecho ya de un gran número”. *Vid. loc. cit.*, p. 376.

(251) Según dicha RO “el art. 97 de Reglamento para la ejecución de la ley del Notariado expresa que los sellos para las legalizaciones contendrán el del Colegio y alrededor las palabras *Colegio notarial*... 12 reales. Pudiera entenderse que en lo interior han de llevar dichos sellos los emblemas de los antiguos Colegios o los que inventaren los Colegios nuevamente establecidos, y conviniendo que en este punto haya la uniformidad que la ley desea, la Reina (QDG) se ha servido mandar que el sello de los Colegios de Notarios lleve en el centro un libro-protocolo cerrado, una orla de rama de oliva y las palabras *Nihil prius fide*, conteniendo alrededor, por la parte de afuera, las palabras que marca el citado artículo reglamentario”. Puede verse en *Gaceta del Notariado Español*, año 1863, pp. 37-8. En la aprobación de esta disposición parece tuvo una decisiva influencia CERVINO, puesto que según la revista del Colegio de Barcelona *La Notaría*, “... en el último despacho que tuvo el Sr. D. José Joaquín (*sic*, aunque debía ser Joaquín José) Cervino el día 17 (de marzo de 1863) el Sr. Ministro de Gracia y Justicia se dignó aprobar... los Aranceles notariales... También en el mismo despacho quedó aprobada por S.E. la insignia oficial de los Notarios en la forma que estaba proyectada”. N.º 260, 30 de marzo de 1863, p. 1864.

(252) Conforme a la referencia publicada entonces (puede verse la *Gaceta de Registradores y Notarios*, n.º 6, de 13 de noviembre de 1862, p. 63, y asimismo la *Revista Hipotecaria*, n.º 59 de 16 de noviembre de 1862, p. 562, de la sesión de 10 de noviembre de 1862, “según el art. 50 (se refiere al Reglamento Notarial proyectado por esa Junta) el distintivo del Notario será una medalla ovalada de 19 milímetros de altura y 15 de anchura, pendiente de cinta blanca y verde. Contendrá en el anverso esta inscripción: *Nihil prius fide*, y en el reverso *Notaría de N.*, y el año del título del Notario”. Por ello la *Gaceta del Notariado Español*, al comentar la RO de 7 de enero de 1863, decía que “según puede observarse, la leyenda del centro, es exactamente la que hubiera debido figurar en las insignias de los Notarios, según estaba proyectado en el Reglamento aprobado por la Junta consultiva de Reglamentación”, *vid. p.* 38, de 1863.

mayo de 1863, la Dirección General circuló a los Colegios Notariales dicha Real Orden, acompañando, según informó la *Gaceta de Registradores y Notarios*, “un modelo de la misma iluminado que representa con toda exactitud el honroso distintivo” (253). Y, quizás como consecuencia de esta comunicación, algunos colegios como los de Madrid, Barcelona y Pamplona, encargaron la fabricación de medallas notariales, además de realizarlas directamente algunas empresas particulares (254). Todos estos pueden considerarse elementos inspiradores del diseño del sello aparecido en la práctica notarial más general y en el comercio, con anterioridad a su mención en el Reglamento de 1874, y que perviviría después de la publicación de éste, hasta la actualidad.

De todo lo que antecede puede concluirse, en cuanto al concepto del

(253) *Vid.*, tomo I, Madrid, 1863, p. 436. En la misma página se incluía el anuncio siguiente: “FÁBRICA DE CONDECORACIONES DE J. GARCÍA, calle de la Cruz, núm. 11, Madrid. MEDALLAS PARA NOTARIOS, a 100 rs. una”. Y, asimismo, este otro: “MEDALLA DE ORO PARA NOTARIOS. Las hechas de oro de ley con arreglo al modelo oficial, esmaltadas por las dos caras y con su correspondiente cinta, a 120 rs. Las mismas esmaltadas sólo por una, a 90. Pueden hacerse los pedidos a la administración de este periódico, Huertas, 28, principal”. Este anuncio con algún cambio (a partir del número 41, se añade otro modelo de 76 reales) se siguió publicando durante todo el año 1863.

(254) La Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid encargó a “artistas de reconocido mérito” el diseño de la medalla “para que el *distintivo* alcance –se decía– la uniformidad que se requiere, según se puede leer en el número uno del *Boletín del Colegio Notarial del Territorio de Madrid*, correspondiente al 24 de mayo de 1863, donde se añadía que la Junta “cree poder anunciar desde luego que la medalla que presente, será un modelo de perfección y belleza”. Y asimismo, a instancias de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Pamplona, la redacción de la *Gaceta del Notariado Español* se encargó “por medio de los mejores artistas de la corte, de la fabricación de los sellos para las legalizaciones y para las Notarías, en completa uniformidad a los establecidos por el Reglamento y al modelo adoptado en el Colegio de Madrid”. Así se hace constar en dicha *Gaceta*, p. 37, de 1863.

También el Colegio de Barcelona se valió del “acreditado orífice y esmaltador de la Real casa D. Joaquín Fábregas” para crear una insignia, arreglada “al modelo remitido por la Dirección general”. Informaba de ello la revista *La Notaría*, n.º 275, de 13 de julio de 1863, p. 1988, donde se añadía que su creación “en nada desmerece, antes bien aventaja en mucho a los que ha visto la Junta fabricados en otras provincias”, y que “en la casa Colegio sita en la Puerta Ferrerisa podrán ver los Notarios el modelo construido por el citado artífice, el cual tiene concluidas ya una porción de medallas que se venderán a los precios siguientes”, que según calidades eran de 76 y 66 reales.

La misma revista, en su número 287, correspondiente al 5 de octubre de 1863, informaba que el citado artista creó una medalla especial con destino al Ministro de Justicia, “como un pequeño homenaje”. Se decía que “si bien las dimensiones y símbolos oficiales que debe tener dicha medalla no prestan a la habilidad de un artista grande belleza en las formas, ni variedad de combinación en los accesorios, sin embargo, es un rico trabajo en su género, pues la medalla de brillantes ostenta sobre un fondo de oro mate un protocolo de oro con cubiertas de color rojo y un ramo de oliva verde también de oro, todo sobrepuesto y que por sus dimensiones diminutas y la perfección que se nota en el trabajo, da una verdadera muestra de la habilidad del artista. Rodea la medalla ofrecida al Excelentísimo Sr. Ministro, en vez del filete de esmalte blanco prevenido por reglamento, una faja de brillantes montados al aire, que produce el mejor efecto”.

sello notarial se refiere, que aunque no esté expresado así reglamentariamente, los antecedentes históricos y la práctica más que centenaria obligan a considerarlo como la impronta en tinta producida a través de un cuño (255), en que se comprendan los elementos señalados en el Reglamento (256). Dentro de este género caben diferentes especies de sellos, por razón del procedimiento de entintaje, y entre ellos, el automático del tipo COLOP R 40 o de tampón automático (257). Lo que parece que no cabe, al menos respecto de la autorización de matrices, es el sellado por procedimientos electrónicos, y concretamente mediante la impresión por láser (como el llamado *LaserSello*) cuando la estampación o impresión del sello se produce simultáneamente con el texto, ya que al ser un componente de la autorización no puede preceder al acto de otorgamiento y, en su caso, a la firma de los otorgantes y, además, sin perjuicio de lo que diremos a propósito del agente de la operación de sellado, el carácter automático y ciego del procedimiento, parece que se opone a la naturaleza personal y particularizada de la autorización notarial.

Por lo demás, cabe entender comprendido dentro del texto reglamentario un variado conjunto de soluciones, que vamos a examinar seguidamente principalmente a propósito del contenido gráfico del sello.

b. Elementos materiales o gráficos del sello.

Dentro de los componentes del sello notarial deben distinguirse los pertenecientes a dos órdenes diferentes: por un lado, los elementos esenciales mencionados en la disposición reglamentaria; y por otro, los no mencionados, entre los que a su vez pueden diferenciarse aquellos que natural o necesariamente deben concurrir, de una u otra forma, en todo sello, y aquellos otros accidentales o contingentes, es decir, los que sólo discrecionalmente pudieran incluirse en él.

(255) Según resulta de la publicidad de algunas empresas suministradores de efectos y accesorios notariales, los sellos notariales eran “en bronce y caoutchouc”, ofreciéndose asimismo “sellos gravados (*sic*) en hueco para lacrar pliegos”, “estampillas en caoutchouc, tenazas para precintar documentos, etc., etc.”. Catálogo de la Casa de D. Rafael Gutiérrez, de Madrid, Plaza de Isabel II, núm. 1, correspondiente a 1890.

(256) En el *Boletín del Colegio Notarial de Granada* (“El sello del Notario”, n.º 49, mayo 1955, p. 701), se dijo que “puede usarse el sello con *tinta* indeleble, o *en seco*. No creemos que puedan utilizarse los sellos pegados, o adheridos: La práctica notarial española acusa poco su existencia, por ser probablemente incómoda, aunque tengan gran tradición histórica”.

(257) Joaquín DE PRADA ha señalado que “los actuales sellos de goma, dada la falta de control que existe en la confección de los mismos, no añaden ninguna garantía de autenticidad corporal. Este es un tema que también debería tratar la Junta de Decanos, para tratar de buscar otras fórmulas de estampación, en la que pudiera establecerse un control más efectivo para su utilización”. “Signos sensibles de los documentos notariales”, en *Gazeta de los Notarios*, n.º 20, noviembre 1990, p. 4.

1. Componentes reglamentarios esenciales. Desde el Reglamento de 1874 se ha señalado expresamente como contenido del sello el libro en forma de protocolo, la leyenda *Nihil prius fide*, y el nombre y residencia del notario (258), y, en consecuencia, estos tres componentes (libro, lema e identificación) son los únicos exigidos. Por el contrario, estas mismas determinaciones estuvieron complementadas en el Reglamento de 1874 (como también en los de 1917 y 1922) por la remisión al sello de legalizaciones y de las Juntas Directivas, que a su vez se conectaban, según queda dicho, con el modelo oficial de la medalla, que se dijo adjuntado a la RO de 8 de mayo de 1863, y por ello, además de los componentes indicados, el sello debería contener una orla formada por dos ramas o ramos de olivo. Veamos cada uno de los componentes en particular:

a') *Libro.*

Mientras que en el diseño de la medalla se decía que el libro debería estar cerrado, nada se especifica sobre ello en el texto vigente. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la medalla se quiso simbolizar especialmente además de la fe (a través del lema) y de la paz (mediante la orla de olivo), el secreto, y sin duda tal significación tuvo la mención del libro cerrado (259). En cuanto a la utilización emblemática del libro, puede decirse que en nuestra tradición fue casi una innovación. Es verdad que en numerosas insignias de funcionarios relacionados con la

(258) "Artículo 66. El sello notarial tendrá en lo sucesivo carácter obligatorio y llevará en el centro un libro en forma de protocolo, con el lema "*Nihil prius fide*", orlado con el nombre y apellido del Notario y la designación de su residencia".

Con esta redacción, que sigue exactamente la del Reglamento de 1935, ha desaparecido la referencia al modelo de los sellos y de la medalla, existentes en los Reglamentos anteriores (art. 121 del de 1874; art. 342 del de 1917; y art. 500 del de 1921), e igualmente se ha sustituido la anterior mención a "Notaría de Don N...", por "el nombre y apellido del Notario".

(259) Precisamente, al comentar la creación del sello para legalizaciones, la *Gaceta del Notariado* señaló que mediante el libro protocolo cerrado se había querido representar "el secreto y la seguridad de los actos confiados al Notario". *Vid.* p. 37, de 1863. Juan Eugenio RUIZ GÓMEZ entendía que el sello debería llevar "un libro-protocolo cerrado" que simbolizaría "el secreto que guarda respecto de los actos y documentos en que interviene". *La Notaría según la legislación y la ciencia...*, Madrid, 1879, tomo primero, p. 249.

Respecto del secreto del protocolo, debe indicarse que en Cataluña se consideró contrario a la función pública del notario. En los *Apuntes de notaría*, de FALGUERA (Barcelona, 1871, pp. 155-6) se lee lo siguiente: "El protocolo según constitución de Maximiliano, adoptado en Cataluña, es público y debe estar siempre a disposición del público y por consiguiente enseñarse; solo son secretos los testamentos mientras vive el testador, por esto en los testamentos no se pone la palabra *Sépase*.— Hay en Castilla la preocupación de que el protocolo es secreto, y la ley del notariado manda que solo se enseñe a los interesados; pero en Cataluña se prescinde de esta ley excepto en los testamentos; pues es ridículo que se ha mandado sujetar las escrituras a registro para que sean públicas, se prohíba a los notarios enseñar el mismo contrato y por consiguiente hacerse público".

autenticación y custodia de documentos durante el bajo imperio romano se incluyó bien un solo libro, como el llamado precisamente *librum clausum*, o libro cerrado, con leyenda supraescrita, perteneciente al *Primicerio* o *Protonotario* (260), o bien un conjunto de libros, como los de la insignia del llamado *Magister Scriniorum* (261) según pueden verse en su célebre obra *Notitia utraque dignitatum...*

Debe, asimismo, indicarse, que el libro fue considerado durante la Edad Media como el mejor símbolo de la Ley, hasta el punto de ser, por antonomasia, equivalente a ella, y los libros, en sí mismos, objetos sagrados (*numina*), en cuanto materialización del carácter santo, augusto y religioso inherente a la jurisprudencia (262), por lo que sobre el libro

(260) Según el Comentario de Guido PANZIROLO el *Primicerio pro insignis habet librum clausum, dorso inscriptum*, y en grabado adjunto se reproduce con la leyenda siguiente: “F.L.I.N.T.A.L.L. CO.M.ORD.PR”. PANZIROLO interpretó esta leyenda así: *Felix liber iniunctus Notariis Tribunis a laterculo continens mandata ordine Principis, vel Primicerii*, si bien reconoce que son oscuras y le habían intrigado durante mucho tiempo (*quae ut sunt obscurae, me diu sollicitum tenuerunt*). Debajo de ese libro en la obra aparece reproducido el “*Laterculum Maius*”, con una sobrecubierta o envoltura abierta, y la tapa superior adornada mediante siete hojas lanceoladas, *vid. p. 61*. Respecto de este funcionario se dice que *hic Primicerius spectabilis erat, Protonotarius, id est primus notariorum a Socrate & Marcellino vocatus: biennio manebat in officio, cui succedebat adiutor, seu Secundocerus, huic Tretiocerus, tum Quartoce- rius, qui secundum, tertium, & quartum in laterculo locum obtinebant, Notitia, folio 60 vto*. El *Primicerio* tenía encomendado el libro llamado *laterculum*, y en él se inscribían las dignidades y privilegios concedidas por el Príncipe, así como sus mandatos. *Erat hic codex, qui ipsos dignitates tam civiles, quam militares administrantes eorumque insignia, & stipendia cum magistratuum codicilis, & Principis mandatis continebat*, fol. 60. La escritura se realizaba por medio de los “tribunos” subordinados a él, que por escribir en el *laterculum* se llamaban *laterculenses*, y que por escribir mediante notas también se llamaban notarios (... *& a notis quibus plurimum scribebant Notarii sunt vocati*). Respecto a su representación se dice *Notitia hunc librum pelle involutum ostendit, qui in scrinio Laterculi nuncupato, in palatio Principis conservabatur*, también folio 60 de la obra *Notitia utraque dignitatum cum Orientis, tum Occidentis ultra Arcadii Honorique tempora...*, Lugduni, MDCVIII, Ex Offi. QH a Porta: Apud Io. de Gabiano.

En los *Apuntes de Notaría*, de FALGUERA (Barcelona, 1871, p. 21) se dice que las insignias del *primicerio* “eran un latérculo con letras en la cubierta, un libro de mandatos y un pergamino”.

(261) Según la opinión de unos, eran siete libros provistos todos de hebillas, dispuestos en línea recta en un estante, unos encuadernados en cuero verde y otros de color rojo; y según la opinión de otros, solamente eran seis los libros, tres azules y otros tantos amarillos (*Pro insignibus habent Magistri scriniorum septem recta linea dispositos, & fibulis constrictos codices, quorum alii viridi, alii rubro corio in mea Notitia teguntur. Madrucianus codices sex, tres ceruleo totidem luteo coloribus depictos, & omnes notis inscriptos demonstrat. Notitia, ed., cit. fol. 62*).

(262) Refiriéndose a los libros del *ius civile*, el P. Claudio CLEMENS escribe que tales libros no podrían faltar en una biblioteca que propiamente lo fuera puesto que *colligo Bibliothecae defuturam Bibliothecam, si legum Codices, et Iurisconsultorum opera defuerint. Et certe aequum est, ut illorum hominum libris in Bibliotheca locus sit, quorum domus sint oracula civitatum; quorum vestibula et ianuae maxima quotidie frequentia celebrantur, quorum sellae e quibus interpretantur ius et consultoribus respondent, sunt velut solia, unde dominantur hominum communitatibus; Tripodes unde fundunt responsa veriora oraculis Apollineis: Arae ad quas confugitur tanquam ad exploratam opem et auxilium: Asyla unde praesidium petunt clientes: Pharus*

de la Ley se hacían los juramentos y promesas solemnes, casi en paridad con la biblia, que en todo caso era considerado como el libro de la ley divina. Luego, en época más tardía, según señala GUSTAV RADBRUCH, el libro se consideró como atributo de la Justicia, y como símbolo de la ciencia jurídica, y como tal aparece en multitud de estampas y representaciones plásticas (263). Sin embargo, en la iconografía española, como igualmente en la italiana (264), el libro aparece preferentemente como símbolo de la sabiduría, y reservado como tal para las insignias del doctor, en cuanto icono de la facultad de enseñar. Claro que el Notariado tenía un libro específico, el libro-protocolo, pero no debe olvidarse que su introducción, según hemos visto, fue tardía y en cierta medida exigencia puramente formal y accesoria (265). Por eso se utilizaron

unde porrigitur lux consilii in fluctibus et iactatione litium. Por ello considera que el armario de estos libros debe ser como *Themidis cella sanctorum*, y termina diciendo que cuando se tengan los libros correspondientes a la leyes y a los escritos de los comentaristas, *si illas et illos habueris in tuo Museo, habebis sacrarium sapientiae, et prudentiae officinam. Musei sive Bibliothecae tam privatae quam publicae Extractio, Instructio, Cura, Usus, Libri IV.* Auctor P. Claudius Clemens... Lugduni sumptibus Iacobi Prost. MDCXXXV, pp. 325 a 328.

(263) “También el libro es un detalle de una época relativamente tardía; no aparece hasta los tiempos de la recepción y, por lo general, no como atributo de la Justicia, sino en las estampas satíricas o burlescas. En un grabado en madera que adorna la portada de una publicación, vemos en amigable compañía al jurista con su libro, al usurero con su bolsa y a la prostituta con su pañuelo, y aquel Hans Burgkmair a quien citábamos más arriba nos presenta también varias figuras de juristas disputando sobre un libro abierto encima de una mesa. En el Puente Viejo de Heidelberg hay una escultura que representa a la Justicia apoyándose en cinco grandes infolios, que simbolizan aquí la ciencia jurídica”. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 142.

En la época de la ilustración, como consecuencia del entusiasmo codificador, la vinculación entre el Derecho y el libro, se hizo más estrecha, llegando a escribir Jeremías BENTHAM que “el Código general es el más importante de todos los libros, y casi el único necesario para todos; y cuando no lo fuera como libro de derecho, aun lo sería como libro de moral”. *Compendio de los tratados de legislación civil y penal, de Jeremías Bentham, con notas por D. Joaquín Escribano*, 2.^a edición, Madrid, Librería de la viuda de Calleja e hijos, 1839, tomo III, p. 110. Asimismo, en la página 92 dice que “no es ley sino lo que está escrito en el libro de las leyes”; y en la página 86 se pregunta: “Quiere saberse qué cosa es una ley, una verdadera ley? Abrase el libro de los estatutos”.

(264) Según los Estatutos del Colegio Notarial de Bolonia, el *Nuntius Collegii* debía llevar un bonete rojo (*caputeum rubrum*) *in quo caputeo sculta sit pugilaris et calamus*, con reproducción de una tablilla (“pugilares”) y una pluma (“calamus”). “Stat. civ. Bonn. rub. 71, par. 2, rubr. 78, par. 8”. *Vid.* OESTERLEY, Ferdinand, “Geschichte des Notariats”, tomo I, de la obra *Das Deutsche Notariat*, Neugedruckt der Ausgabe Hannover 1842, Scientia Verlag Aalen, 1965, pp. 204-5.

(265) El significado secundario del protocolo en la historia del Notariado hizo que su regulación fuera rudimentaria y tardía, hasta el punto de que sólo en 1853 (RO de 16 de octubre, que puede verse en el *Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia*, tomo IV, p. 483) se estableció la obligatoriedad de que los instrumentos llevaran “una numeración correlativa desde principio a fin de cada año, sin que se pueda interrumpir el orden de los números bajo ningún pretexto”. Esta orden terminaba diciendo que “toda infracción que cometan los es-

como elementos simbólicos del Notariado, más que el conjunto de los instrumentos ordenados en forma de libro o protocolo, los elementos materiales de la escritura, y especialmente, la pluma o *peñola* (o también “cálamo”), las tablillas, o el pergamino y el tintero (“calamario”, “escribanía”) (266). Así, las Partidas, para la investidura del cargo se refiere a la *escribanía* y la *peñola* (267), y estos mismos objetos se utilizaron simbólicamente en las ceremonias de toma de posesión de los escribanos (268). Y por abstracción del papel y la tinta se pasó a considerar al blanco y al negro como representación cromática de lo notarial, incluso en espectáculos populares, como los organizados con motivos de visitas regias (269).

Conformándose con esta tradición FERMÍN FORMOSO propondría como elemento icónico fundamental de la insignia notarial dos plumas cruzadas (270), como asimismo las plumas asociadas al águila de San Juan, o al tin-

cribanos contra lo prevenido en las reglas precedentes, será castigada con sujeción al Código penal”.

Respecto a la formación previa o *a posteriori* del libro protocolo véase RODRÍGUEZ ADRA-DOS, Antonio, “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, en el *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen VII, pp. 716 a 721.

(266) En los *Apuntes de Notaría*, de FALGUERA (Barcelona, 1871, p. 16) se dice que “el emblema de los notarios era un águila imperial con corona, que traía una pluma en el pico y un pergamino en las garras y la inscripción *ab imperiale culmine suam traxit originem*. El águila imperial lleva dos cabezas para denotar el imperio de O. y el de P; pero la del notariado tiene una, porque cuando se instituyó solo había el imperio de Oriente, y lleva corona para conocer que es imperial”.

(267) En la carta de nombramiento (P.3.18.8), se dice: “E investimosle en este oficio publico con la escriuania, e la peñola”. También en el *Especulo*, tit. “De instrum. edit. restat, versc. Si autem dicatur”.

Respecto a la utilización de estos símbolos en la investidura notarial, José BONO dice que en Italia se empleó “el símbolo (parlante) de investidura del tintero y la pluma (*cum penna et calamario investire*), simbología feudal prontamente adoptada por la curia papal para el nombramiento de notarios, y que perdura en Italia largamente”. En notas a pie de página reproduce la fórmula papal (*Tunc pontifex dat ei pennam cum calamario sic dicens: Accipe potestatem coadendi chartas publicas. Y la de los condes palatinos (concedentes... potestatem creandi tabelliones, notarios publicos et iudices ordinarios... investiendi... per pennam et calamarium, ut est moris*). Vid. *Historia del Derecho Notarial Español*, I. 2, Madrid, 1982, p. 243.

(268) Así en la diligencia de toma posesión de un escribano de Mondoñedo, el 20 de abril de 1792, se dice: “Por consecuencia de lo qual dicho Sr. Alcalde Mayor dio al referido Alonso Samaniego y Cancio la posesión del citado Oficio de Escrivano Notario público de los Reinos por las insignias de tintero pluma y papel que le entregó y ha recibido”.

(269) Así, en su *Historia de Segovia*, Diego Colmenares, al relatar el recibimiento de esa ciudad a la Reina Doña Ana de Austria en 1570, dice que entre “la gente de a caballo”, llegaron “en quarto lugar escribanos con calzas de terciopelo, y jubones de raso blanco y cueros de ámbar, capas castellanas de terciopelo negro: bien adornados de plumas y joyas. Lució el estreno de los colores blanco y negro; materiales de su oficio”. Vid. RODRÍGUEZ CAMPOMANES, Pedro, *Apéndice a la Educación Popular*, parte tercera, Madrid, 1776, p. CXLIV.

(270) “Art. 49. Usarán siempre como insignia propia y distintiva de la clase de una medalla colgada del lado izquierdo sobre el pecho, que representará dos plumas cruzadas con una

tero, a papeles o a la acción de escribir, aparecieron en numerosos sellos, como el del Colegio de Barcelona (la pluma, "símbolo del arte notarial", según dicen CARRERAS y MONGE, aparece en el pico del águila), Bilbao (asociada a la espada y la balanza), y Córdoba en los sellos emitidos a partir de 1826, donde se incluye una matrona que tiene a su lado una lámpara, tintero con plumas y papel.

El libro-protocolo aparece en los sellos del Colegio de Córdoba desde 1791 a 1826, al incluir en ellos tres franjas que representan otras tantas hileras de protocolos, mediando entre las superiores la leyenda *Fides pública*, y entre las inferiores una mano que sostiene la pluma en actitud de escribir (271). Y también puede considerarse que se ha querido representar al protocolo en el libro abierto que aparece como parte de la representación alegórica de la Fe Pública, como ocurre en los sellos de los colegios de Pontevedra (aproximadamente alrededor de 1850) y Málaga (1860-1).

La inclusión del libro-protocolo dentro del emblema del Notariado fue recibida con asentimiento general, e incluso se vino, a partir de entonces, a utilizar el mismo libro-protocolo como un elemento simbólico en las ceremonias de toma de posesión establecidas por algunos colegios, como el de Barcelona, donde el Decano entregaba al nuevo notario un libro en blanco, como símbolo del protocolo, acompañando la entrega con palabras alusivas a su deber de veracidad (272). Y también en algunas carpetas notariales se hizo del libro-protocolo el elemento básico o central del diseño artístico (273).

corona en el ángulo superior, rodeada de dos palmas que se enlazarán en su parte inferior y rematarán las puntas sobre la corona". La medalla está diseñada gráficamente en los preliminares de su Proyecto, impreso en Coruña en 1855.

(271) Puede verse su reproducción en la obra de CARRERAS Y CANDI y PEDRO MONGE Y PINEDA, Francisco, *Sellos de Colegios de Escribanos de España 1787-1862*, publicaciones de la Casa José Monge, Barcelona, 1925, p. 30.

(272) "Tomad este libro que el Rey os confía para que no escribais en él más que la verdad". Vid. sobre este ceremonial, FALGUERA, Félix María, *Estudios Histórico-Filosóficos sobre el Notariado*, Barcelona, 1895, p. 120.

(273) Así, en la carpeta utilizada a finales del siglo XIX por el notario de Madrid Don Gregorio Santos y Santos ("Notario de varios Ministerios y del Excmo. Ayuntamiento de esta Corte"), en la que la parte central está ocupada por la imagen de un libro, vertical, visto de plano, pero con la muestra de los cortes inferior y lateral. En el corte lateral se lee "PROTOCOLO", y el inferior se reserva para la fecha ("En... de... de... 189..."). En el plano de la cubierta, cuatro líneas horizontales reservadas para la mención del tipo de instrumento, luego la expresión "A FAVOR DE", y tres líneas más, reservadas para datos del "adquirente o beneficiario".

Este mismo diseño fue utilizado posteriormente, como notario de Burgos, por Don Teódulo Santos y Santos, sin más diferencia que el nombre, y la residencia. Don Teódulo hacía acompañar su nombre de la mención de ser "NOTARIO DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ESTA CIUDAD"; sus carpetas llevaban como pie de imprenta el siguiente: "Lit. Palacios. Arenal, 27. Madrid".

Respecto a las características de la representación del libro-protocolo, la primera disposición que lo establece, es decir, la RO de 3 de enero de 1863 referente a los entonces llamados “sellos de los colegios” o de legalización, se limitó a señalar que debería ir “en el centro”, que debía estar cerrado y llevar “una orla de rama de oliva y las palabras *Nihil prius fide*”; la siguiente disposición, la de 8 de mayo de 1863, prácticamente repitió, en este caso para la medalla, la fórmula (274). Cuando se establece el sello con carácter voluntario en el Reglamento de 1874, se hizo una remisión al sello de las Juntas, que a su vez debía coincidir con la medalla, “con la diferencia de que la inscripción *Nihil prius fide* se leerá en el centro sobre el libro protocolo”. Y al quedar impuesto obligatoriamente en el Reglamento de 1935, se ordenó que el sello “llevará en el centro un libro en forma de protocolo, con el lema *Nihil prius fide*”. Parece, pues, que este lema debería ir sobre el mismo libro y no fuera de él, y así ocurrió en algunos casos de sellos de legalizaciones como en la emisión de 1889 del Colegio de Sevilla. Sin embargo, en la generalidad de los casos, el lema se situó fuera y por encima del protocolo, según el modelo a que hemos hecho referencia publicado en la *Gaceta del Notariado español* en junio de 1863. Conforme a este modelo, el libro se presenta echado horizontalmente, aunque con una ligera inclinación, dejando ver el corte inferior y llevando en el lomo la indicación de “protocolo”. Examinando, sin embargo, los diferentes ejemplares de sellos de legalización emitidos no sólo por los Colegios Notariales sino por los notarios de algunas poblaciones como Málaga (275), para lo cual me referiré a la obra de J. B. MOENS (276), se advierte una gran diversidad, que por tanto puede considerarse admisible dentro del tenor reglamentario vigente, afectando la diversidad al tamaño del libro, a su colocación, al tipo de encuadernación y a los rótulos. En cuanto al tamaño, siguen el modelo de la *Gaceta*, es decir, incluyen un libro poco voluminoso los Colegios de Albacete (emisiones de 1863, 1868 y 1875), Burgos (1863 y 1872), Cáceres (1863 y 1867), Canarias (1867), Coruña (1863, 1867, 1871, 1874 y

(274) “... conteniendo en el anverso un libro-protocolo cerrado, y orlado con dos ramas de olivo, con la inscripción alrededor *Nihil prius fide*”. Debe señalarse que en el proyecto de reglamento notarial elaborado por la Junta consultiva de 1862, no había referencia al libro-protocolo, pues conforme al artículo 50 la medalla debía contener solamente en el anverso la inscripción *Nihil prius fide*, y en el reverso la leyenda *Notaría de N.*, y el año del título del notario.

(275) Además de los sellos para legalizaciones y legitimaciones, se emitieron otros para los partes y los certificados de actos de última voluntad con diseños semejantes a los primeros. También algunos de estos sellos están reproducidos por J. B. MOENS.

(276) *Histoire des timbres-poste et de toutes les marques d'affranchissement employées en Espagne, suivie de l'Histoire des Timbres fiscaux mobiles, depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Bruxelles, 1891.

1885), Granada (1863 y 1884), Notarios de Málaga (1885), Madrid (1863, 1867, 1871, 1884, 1890), Zaragoza (1863, 1868, 1879), Valencia (1863) y Valladolid (1882). Por el contrario, se representan tomos muy voluminosos en los sellos de Baleares (1871), Barcelona (1863), Oviedo (1863), Pamplona (1863) y Sevilla (1863 y 1886).

Respecto a la posición, la más general es la horizontal pero se separan de ella al presentar el protocolo de pie, bien vertical u oblicuamente, unas veces de derecha a izquierda y otras a la inversa, en los sellos de Baleares (1863 y 1871), Barcelona (1863 y siguientes), Pamplona (1863), Sevilla (1863, 1886 y 1889) y Valladolid (1863 y siguientes). También aparece de pie el libro en la filigrana del papel timbrado de uso exclusivo notarial fabricado por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

En cuanto al tipo de encuadernación frente al modelo general de líneas rectas y rígidas, en el de Baleares de 1863 aparece ondulada, dando la impresión de flexibilidad, de manera mucho más realista. Y, separándose de la encuadernación simple general, en numerosos casos se reproducen protocolos con solapas en forma de cartera (277). Y en cuanto a la identificación del protocolo, que en el modelo común se hace mediante rotulación en el lomo, no faltan casos en que se ha dejado de incluir, y otros en los que va la mención sobre la tapa, como en el modelo de Valencia (1868 y 1870), lo que se aceptó igualmente para algún diseño comercial moderno. Un caso especial es el correspondiente al sello de Oviedo de 1863, porque al término protocolo se añade la mención “año 1863”, todo ello en el lomo y no en sentido longitudinal sino transversal mediante cuatro líneas. Aunque hay diseños en los que los protocolos carecen, como en la realidad ocurre, de los llamados en encuadernación nervios, son más numerosos los casos en los que sí se dibujaron, con lo cual más que a protocolos se refieren a libros comunes lujosamente encuadernados (278). En ciertos diseños, mucho más cercanos a la realidad ligatoria de legajos y expedientes, no se representan nervios sino tiras o franjas de refuerzo en la lomera, como en el caso de los de Pamplona (1863) y Sevilla (1863 y 1886), en los que también está apuntada la existencia de correas o correhuelas para abrochar las cubiertas exteriores, conforme se exige en el modelo reglamentario.

En casi todos ellos el libro aparece cerrado, como señalaban las Reales Órdenes reguladoras de las pólizas de legalización y de la medalla, interpretándose tal estado como indicativo del secreto que ampara al pro-

(277) Así ocurre en los sellos de Baleares (1863), Barcelona (1863 y siguientes), Oviedo (1863), Valladolid (1863 y siguientes).

(278) Así ocurre con los sellos de Albacete (1863, 1868 y 1875), Baleares (1871), Burgos (1863 y 1872), Cáceres (1863 y 1867), Canarias (1867), Coruña (1863, 1867, 1871, 1874 y 1885), Granada (1863), Madrid (1863, 1884 y 1890), y Valencia (1868 y 1870).

protocolo (279), traducándose así en forma plástica, uno de los deberes fundamentales del notario, el del sigilo, ya que como se dice en las Partidas (3.19.29), los escribanos debían ser “omes de poridad, de guisa que los testamentos e las otras cosas que les fueren mandadas en poridad, que no las descubran en ninguna manera”. Y tan importante era este deber que según los autores del Derecho común, el guardar secreto era una de las seis cosas sobre las que habían de prestar juramento antes de ejercer el cargo (280). El contraste del secreto del protocolo notarial con los libros del Registro de la Propiedad, se refleja en las soluciones opuestas adoptadas en las medallas distintivas de los correspondientes cuerpos profesionales: el protocolo, cerrado; el libro de la medalla de los registradores, abierto (281). Como tales Reales Órdenes, sin embargo, se aplicaban exclusivamente a la medalla y a los sellos de legalizaciones, al de los colegios, y al oficial de los notarios, no impidió que algunas instituciones notariales diseñaran su sello con el libro abierto, cual fue el caso de la Academia Matritense del Notariado, dando así al símbolo del libro otra de sus significaciones, la que hace referencia a la sabiduría y a la difusión del saber mediante el libro (282). Sin embargo, en algún diseño comercial también aparece el libro abierto (283).

(279) En la *Gaceta del Notariado*, se señaló ya que la idea representada mediante el protocolo cerrado era “el secreto y la seguridad de los actos confiados al Notario”, *vid.* 1863, p. 37. En el mismo sentido, MORCILLO Y LEÓN, Francisco, en su *Manual de Teoría y práctica notarial*, Madrid, 1864, I, p. 174, nota.

(280) Así, el Hostiense, según cita de GARZONI, Thomaso, en su obra *Piazza Universale*, Venetia, 1595, p. 127 (“che terran secrete le cose que gli saran comesse”. Cristóbal SUÁREZ DE FIGUEROA lo tradujo como “que tendrán secretas las cosas que les serán cometidas” (“Plaza Universal de todas las ciencias”, Perpiñan, 1630, folio 58, vto.), y CERVANTES lo puso en boca del Licenciado Vidriera diciendo que “juran de secreto”. Respecto del discurso del Licenciado Vidriera sobre los escribanos, puede verse ANDRINO, Manuel, *Gazeta de los Notarios*, número 92, agosto-septiembre de 1997, pp. 5 a 7.

(281) Esta medalla fue concedida por el RD de 10 de octubre de 1864 con la finalidad de que, “la clase de los registradores de la propiedad tenga como otras un peculiar distintivo que, dándoles a conocer, sirva a un tiempo para conciliar a dichos funcionarios consideración y prestigio público, y para promover y arraigar en los mismos el sentimiento corporativo y el pundonor profesional y de clase”. Al describir tal distintivo se estableció que “en el anverso llevará el escudo de las armas reales; en el reverso un libro abierto con un lazo de cinta sobrepuesto, y además estas inscripciones: en el libro, *Prior tempore, potior iure*; en el lazo, *Registro de la propiedad*; en la parte inferior, *ocho de febrero de mil ochocientos sesenta y uno*”. Puede verse el texto completo en *Diccionario de la Administración Española*, por D. Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, Madrid, 1878, tomo V, p. 405.

(282) A este respecto en la célebre obra de Cesare RIPA se lee que “il libro aperto acenna che ne'libri si trova la Verità delle cose, e per cio è lo studio delle scienze”. *Delle Novissima Iconologia di Cesare Ripa...*, Padova, 1624, p. 711.

(283) Así en el modelo n.º 2682 de la “Fundición Tipográfica Richard Gans” de Madrid, en el cual el esquema se separa del reglamentario ya que el libro abierto se sobrepone a los símbolos de la Justicia (balanza y espada), y aunque existe la orla de oliva, se ha prescindido tanto del libro como del lema *Nihil prius fide*.

Según el tenor literal del precepto reglamentario, el sello debe llevar “en el centro un libro en forma de protocolo, con el lema *Nihil prius fide...*”, con lo cual parece indicar que el texto latino debería inscribirse sobre el libro, que es lo que sin duda alguna señaló el Reglamento de 1874, que como se ha dicho ya repetidamente fue el primero en regular el sello de los notarios (284), y como también se había ordenado en 1864 para la medalla de los registradores, en la que el lema *prior tempore...*, debía estar “en el libro”. Sin embargo, desde el modelo comercial que se formó en 1863, se prefirió situarlo, tanto respecto de los colegios como de los notarios, no escrito en sino situado por encima del protocolo (285), aunque hay un ejemplo de lo contrario en el sello de legalizaciones del Colegio de Sevilla en la emisión que probablemente corresponde, según MOENS, a 1889 (286).

b') El lema *Nihil prius fide*.

El adecuado tratamiento de este punto merecería un espacio que en esta ocasión no puede concedérsele. Efectivamente, para un estudio en profundidad del lema oficial del sello notarial y además del Notariado español, habría que referirse, en primer lugar, a las divisas o empresas en heráldica, a los motes de los emblemas o empresas (287), y a los lemas notariales anexos tanto a los signos (288) como incorporados a los sellos (289).

(284) El artículo 121 dispuso que el sello de las Juntas tendría “los mismos atributos consignados para la medalla, con la diferencia de que la inscripción *Nihil prius fide* se leerá en el centro sobre el libro protocolo...”. Según el mismo precepto, el sello que podía usar los notarios debería ser “igual a los anteriores con la diferencia de que alrededor se pondrá la inscripción siguiente: *Notaría de Don N... (el nombre del pueblo de su residencia)*”.

(285) Así, en el modelo publicado por la *Gaceta del Notariado*, bajo el nombre de GONZALO DE LAS CASAS, el 14 de junio de 1863, p. 376.

(286) Se representa en él al libro protocolo de pie, algo inclinado a la izquierda, sobre dos ramas, y con la divisa sobre la cubierta distribuida en tres líneas, y todo rodeado de doble línea en forma ovalada y entre ellas la inscripción, “Ilustre Colegio Notarial de Sevilla. 3 Pesetas”. Vid. MOENS, ob. cit., p. 528.

(287) El mote o lema constituye un elemento esencial de todo emblema o empresa, junto con la cartela y el cuerpo del emblema. Por su importancia, fue considerado por Paolo GIOVIO como “ánima del corpo”, y por Juan DE HOROZCO como “alma del emblema”. Como hizo notar L. DOMINIQUE en el siglo XVI, “los motes de las Empresas se han de hacer en lengua diferente de la que nosotros hablamos”, siendo lo más indicado, según HOROZCO, utilizar “algún medio verso, y si es conocido mejor”, a condición de que “por sí diga algo y no sea lo mismo que la figura”. Vid. sobre todo lo reseñado, GONZÁLEZ DE ZÁRATE, Jesús María, *Emblemas regio-políticos de Juan de Solórzano*, Ediciones Tuero, Madrid, 1987, pp. 5 y 6.

(288) Como el *Fiat justicia*, de Gaspar DE GRIZIO o el *Veritas vincit*, de Pedro LÓPEZ, o el *Deus est veritas*, de Andrés GUADALAJARA.

(289) *Ab imperiale culmine suam traxit originem*, del escudo existente en el Archivo del Colegio de Barcelona. Vid. *La Notaría*, 1859. p. 306; *Lex est quod dico; Sine fide neque ius* (F. SALMERÓN).

SCHMIDT-THOMÉ, Wilhelm, en su estudio “Vom Notarsignet zum Notarsiegel. Ein Beitrag

Y, asimismo, al origen de la utilización de esta divisa que aparece mencionada por primera vez en la reseña de las actividades de la llamada Junta Consultiva para la Reglamentación del Notariado, en noviembre de 1862 (290), y que probablemente lo fue a propuesta de JOAQUÍN JOSÉ CERVINO (291). Más allá, por otro lado, de la traducción literal, absolutamente enajenada en su sentido originario al desmembrarse del texto del poeta PROPERCIO (292), del que fue tomada (293), aunque en algunos libros de divulgación se omite (294), también sería interesante, dentro del

zur Geschichte des Notariats und der Notarurkunde", publicado en *Deutsche Notar-Zeitschrift*, Heft 8, agosto de 1964, p. 478, ofrece las siguientes divisas utilizadas por notarios de los siglos XVII y XVIII: *Veritate non dolo* (Laurentius Mey); *Caeca pericla cavet* (Daniel Pemsel); *Recto nil totius* (Eibert Hein. Goeckel); *Intrepide et incorrupte* (Johannes Andreas Heder).

(290) Véase la reseña del desarrollo de su sesión de 10 de noviembre de 1862, en la *Gaceta de Registradores y Notarios*, n.º 6, de 13 de noviembre de 1862, p. 63.

(291) Formaba éste parte de ella, como Subdirector General que era, y por otro lado, hay en sus publicaciones literarias referencias tanto a Propercio, como a la divisa elegida. Efectivamente, al frente de su poema *La Victoria de Bailén. Canto épico* (Madrid, 1851) citó tres versos de Propercio, y precisamente pertenecientes a la composición I, del Libro IV (números 58 a 60). Y por otro lado, escribió un soneto titulado *Nihil prius fide*, que fue publicado en la *Gaceta del Notariado*, correspondiente al 5 de enero de 1873, en el que, refiriéndose a Alfonso X, dice que "De la fe divina sacó la humana: / Nada antes que la fe, dijo al Notario", añadiendo luego que "Y, ¡oh clase a quien tal lema honra y ufana".

(292) Aunque no se conocen con exactitud sus fechas de nacimiento y muerte, se estima que debió de nacer en los años 49-47 a.C. y hay noticias de que había ya fallecido en el año 2 d.C. El Libro IV de sus Elegías, al que pertenece la frase *nihil prius fide*, se considera que no pudo ser escrito antes del año 16 a.C. Véase sobre esto la introducción de Edmondo V. D'ARBELA a su edición crítica de las Elegías, Milano, 1964, volumen I, p. 23. Respecto del nombre del poeta, éste no utilizó sino el simple gentilicio *Propertius*; el *prenomen Sextus*, que suele atribuírsele, fue tomado de DONATELLO que se lo atribuyó, sin que se conozcan las razones, en su obra *Vida de Virgilio*; y el añadido de *Aurelius*, que era asimismo gentilicio y por tanto no podía concurrir con el de *Propertius*, parece que responde a una confusión de Propercio con Prudencio, que sí se llamó Aurelio Prudencio. Vid. D'ARBELA, ob. cit., p. 13.

(293) Elegías de Propercio, IV, I, 80. Estas palabras están puestas en boca del astrólogo-vate Horos, figura de difícil caracterización, al que algunos consideran sería (R. MONTANARI CALDINI, en su estudio *Horos e Properzio ovvero l'ispirazione necessaria*, Firenze, 1979, cit. por P. FEDELI, loc. cit., p. 11), y otros por el contrario humorística y ridícula, como E. LEFÈVRE. Después de haberse referido a famosos astrólogos, Propercio hace decir a Horos que él no ha dejado nunca en mal lugar a sus antecesores, y que en sus libros (se entiende los relativos a sus observaciones astrológicas, o como dice R. Scarcia, a las observaciones resultantes del examen de la esfera planetaria. Vid. su comentario en la edición de las *Elegías de la Biblioteca Universale Rizzoli*, Milano, 1987, p. 389) nada ha sido preferente a la verdad, poniendo a los dioses como testigos de esta declaración (*Di mihi sunt testes non degenerasse propinquis, / inque meis libris nil prius esse fide*). Nada tiene que ver esto, pues, con la interpretación dada al texto por Miguel FERNÁNDEZ CASADO, seguida luego por E. GIMÉNEZ-ARNAU, y, según la cual, el poeta (no el astrólogo), "describiendo los humildes orígenes de la ciudad que dominó el mundo, pone a los dioses por testigos de la veracidad de su relato" (*Tratado de Notaría*, Madrid, 1895, tomo I, p. 181).

(294) Nos referimos al *Diccionario de expresiones y frases latinas*, de HERRERO LLORENTE, Victor-José (Editorial Gredos, Madrid, 1985, p. 244), en el que se dice ser la "divisa del escudo del Colegio notarial de Madrid". Aún menos satisfactoria es la explicación que se da

terreno de la mera erudición, aproximarse a su significación primigenia, advirtiendo que, curiosamente y pese a ser sin duda la frase más repetida y popularizada de la obra, no ha merecido, en este punto, la atención de los especialistas y devotos de la obra del gran poeta elegíaco latino, pese a los múltiples y extensos estudios que, en general, le han sido y le siguen siendo dedicados (295), y que entre ellos se haya llamado la atención sobre el puesto central que en la obra tiene el término *fides* (296). Dada la condición sarcástica del poeta (297), no en vano calificado como *ludibundus* (298), no parece demasiado temerario entender que PROPERCIO, revestido de falsa seriedad, se burló tanto de los astrólogos como de la respetabilidad de la verdad, poniendo tan lapidaria frase en boca de un personaje vanidoso y grotesco, que la despreciaba desenfadadamen-

por SÁNCHEZ DONCEL, Gregorio (*Diccionario de latinismos y frases latinas*, Editorial Noesis, Madrid, 1997, p. 310), donde se lee que *nihil prius fide*, es el "signo notarial, adoptado por el Colegio Notarial de Madrid".

(295) Desde 1975 ha venido apareciendo en Asís la publicación periódica titulada *Atti Accademia Propertiana del Subasio*. Entre las publicaciones de esta Academia Propertiana debe mencionarse la *Bibliografia Propertiana* (1946-1983), de P. FEDELI y P. PINOTTI, así los *Colloquium Propertianum*, que difunde las actas de los congresos celebrados sobre Propertio, en la misma ciudad de Asís.

(296) Vid. BOUCHER, Jean-Paul, *Études sur Properce. Problèmes d'inspiration et d'art*, Paris, 1980, pp. 86 y siguientes. Vid. también FASCIANO, Domenico, "La notion de *fides* dans Catulle et les elegiaques latins", en *Rivista di Cultura Classica e Medievale*. Edizione del Ateneo, Anno XXIV, n.º 1-3, Roma 1982, pp. 21 y siguientes. Y BURCK, Erich, "Zur Composition des vierten Buches des Properz", en *Wiener Studien*, LXXIX, Wien, 1966, p. 497.

(297) Parece haber suficiente fundamento para entender que Propertio concibió la figura del vate Horos en forma humorística (véase además de la obra citada de LEFÈVRE, los juicios de Max Rothstein, en *Die Elegien des Sextus Propertius*, Berlin, 1924, reimp. de 1966, p. 188 del vol. II), por lo cual no resultaría admisible el tomar en serio sus declaraciones de haber respetado siempre la verdad, e incluso cabe, que, sobre todo en función de la significación erótica atribuida por algunos poetas, como Marcial, al término *prius* (= *pathicus*, o sea *qui pedicatur*), se deba dar lugar a interpretar sus declaraciones sobre la veracidad, en sentido totalmente contrario, es decir, como cínica confesión de su menosprecio y falta de respecto a ella. Vid., respecto a esto, la obra de VORBERG, Gaston, *Glossarium eroticum*, Ed. anastatica, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1965, p. 524. Se trataría, pues, de un caso más en el que Propertio jugó con la ambigüedad y el sarcasmo malévolos, hacia los que mostró especial predilección. Vid. Pedro-Luis CANO ALONSO, en su introducción a la edición de las Elegías, de la editorial Bosch, Barcelona, 1985, p. 32. Y confirmaría lo afirmado por Paolo FEDELI según la cual en Propertio la ironía se puede vislumbrar frecuentemente aún en el seno de los versos más solemnes. Véase su introducción a la edición de la Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1987, p. 32. Lo que, asimismo, concuerda con la irónica presentación del poeta como sacerdote en la Elegía I, del libro III. Vid. NETHERCUT, W.R., "The Ironic Priest: Propertius' Roman Elegies III-1-5: Imitations of Horace and Vergil", en *AJP*, 91 (1970), 385-407, cit. por MORGAN, Kathleen, *Ovid's Art of Imitation. Propertius in the Anores*, Lugduni Batavorum, MCMLXXVII, p. 112.

(298) Vid. LEFÈVRE, Eckard, *Propertius Ludibundus. Elemente des Humors in seinen Elegien*, Heidelberg, 1966. También el estudio del mismo autor titulado "Form und Funktion der Einleitungslegies 4. Buches des Properz", en *Wiener Studien. Zeitschrift für klassische Philologie*, Wien, 1966.

te y al que más bien se le podría aplicar la declaración de 3.13.49, *auro pulsa fides* (299).

Y finalmente habría que hacer referencia al aprecio que la doctrina española ha hecho de la elección del lema, en general bien aceptada, aunque no faltaron tampoco detractores de ella (300).

Conformándonos, por ahora, con las breves indicaciones anteriores, conviene decir además algo con referencia a la inserción del lema en el sello notarial, ya que si, según el artículo 96 del Reglamento Notarial, el mismo debe llevar “en el centro un libro en forma de protocolo, con el lema *Nihil prius fide*”, desde su primer diseño, el comercial de 1863 aparecido en la *Gaceta del Notariado*, y como ya se ha indicado al tratar del libro protocolo, generalmente el texto se ha situado, no sobre la cubierta del libro, sino siguiendo una línea curva, por encima del protocolo, que fue la solución quizás preferida en los sellos colegiales para legalizaciones (301) aunque en éstos existieron además otras opciones (302), incluida la de la inserción en la cubierta del libro (303).

(299) Vid. BECKER, Carl, “Horos redeselig? (Zu Properz IV,1)”, en *Wiener Studien*, LXXIX, Wien, 1966, p. 450.

(300) Desde muy pronto se convirtió el *Nihil prius fide* en el lema empleado en las carpetas notariales, y en general en toda clase de símbolos y referencias al Notariado, hasta el punto de que alguien llamó precisamente a los notarios los “hombres del *nihil prius fide*”. Hay además alguna carpeta en la que se amplía el texto de Propercio, cual es el caso del notario de Granada D. Antonio García Trevijano, utilizadas por este al menos de 1919 a 1923, y en las cuales, en la cinta de que está suspendida la medalla notarial, se lee lo siguiente: “DII MIHI SUNT TESTES IN MEIS LIBRIS NIL PRIUS ESSE FIDE”.

Entre los juicios laudatorios se pueden citar los de FERNÁNDEZ CASADO que dijo ser un “hermoso lema hijo nobilísimo de la Moral invicta del hombre” (ob. cit., II, 181), y de J. E. RUIZ GÓMEZ, que escribió que “con la frase *Nihil prius fide* se proclama la excelencia de la fe o especial confianza pública depositada en el Notario” (*La Notaría según la legislación y la ciencia*, Madrid, 1879, tomo I, p. 250). También Arturo CORBELLÁ escribió que “el mote *Nihil prius fide* es la empresa del Notario, con la cual, a semejanza de la que llevaban los antiguos caballeros, ha de luchar en el constante y porfiado combate de la verdad contra el error, la superchería, y el fraude, combate glorioso al que debe ir siempre armado de todas las armas, para obtener y asegurar la victoria de cada momento, el triunfo indefectible y perpetuo de la fe pública extrajudicial” (“Legalidad de la reforma notarial”, en *El Notariado*, n.º 238, de 31 de octubre de 1903, p. 46).

Por el contrario, Tirso DE LA TORRE, calificó al lema de “arcaico e impropio”. Vid. *Comentarios a la legislación notarial*, Valencia, 1904, tomo I, p. 99.

(301) Así aparece en los sellos de los Colegios de Baleares (1863 y 1871); Málaga (1885); Zaragoza (1863, 1869, 1871), Sevilla (1889); Valencia (1868, 1870); y Valladolid (1863, 1866, 1870, 1872).

(302) Insertaron el lema fuera del campo del emblema los Colegios de Pamplona (1863) y de Sevilla (1863 y 1886). Dentro del campo del emblema, escalonado en dos líneas horizontales, los Colegios de Albacete (1863, 1868, 1875); Burgos (1863 y 1872); Cáceres (1863 y 1867); Coruña (1863, 1867, 1871, 1874, 1885); Granada (1863 y 1873); Madrid (1863, 1867, 1871, 1884 y 1890); Valencia (1863) y Valladolid (1882). Y se colocó dentro de una cinta o filacteria sobre el protocolo, en los sellos de Barcelona (1863, 1864, 1872, 1880), y de Oviedo (1863).

(303) Así, en el sello del Colegio de Sevilla de 1863.

c') Identificación del notario.

El tercero de los requisitos exigidos reglamentariamente consiste en la indicación, alrededor del libro-protocolo ("orlado"), del "nombre y apellido del Notario y la designación de su residencia". Se corresponde esta exigencia con la establecida por la Ley francesa de 1803 o del 25 Ventoso del año X (304), y coincide en sus términos con el texto del Reglamento de 1874 (305), que fue seguido por los de 1917 y 1921, con sólo dos variaciones, en este particular: en primer lugar el Reglamento vigente no da el modelo del texto; y en segundo, se refiere al "Notario" y no a la "Notaría".

En cuanto al primer aspecto, hay que pensar que el cambio se debió al deseo de simplificación y condensación del texto, y al de evitar mandatos demasiado formalistas y rigurosos. En el segundo aspecto, pudiera pensarse que el cambio introducido por el Reglamento de 1935, al hablar del notario y no de la notaría, tenía una inspiración ideológica en la acentuación del carácter profesional del notario frente al sentido más institucional o funcionarial derivado de la expresión "Notaría de Don...", en forma análoga al cambio operado recientemente respecto a la composición de los sellos de los registradores (306). Esta orientación sí parece

(304) Según su artículo 27 "chaque notaire sera tenu d'avoir un cachet ou sceau particulier, portant ses nom, qualité et résidence, et, d'après un modele uniforme, le type de la république française".

(305) "Los Notarios podrán usar un sello que estamparán en los documentos al lado del signo, igual a los anteriores, con la diferencia de que alrededor se pondrá la inscripción siguiente: *Notaría de Don N... (el nombre del pueblo de su residencia)*" (art. 121, último párrafo).

(306) La primera regulación de este sello fue realizada mediante Circular de fecha 31 de marzo de 1862 (de la cual Carlos DE ODRIÓZOLA Y GRAMAUD da la fecha de 13 de marzo de 1863), y cuyo texto es el siguiente: "Ilmo. Sr.: Con fecha 12 del corriente, S.M. la Reina (Q.D.G.) ha tenido a bien disponer que en todas las comunicaciones y documentos donde necesiten estampar su firma los Registradores, hagan uso de un sello semejante al que tienen los Jueces de primera instancia, con el escudo de armas de España en el centro y una inscripción que permita leer después de estampado el sello, en la parte superior «Registro de la Propiedad», y en la inferior el nombre del partido judicial donde ejerzan su cargo. Al efecto, remito a V.I. adjunto suficiente número de grabados, para que V.I. los distribuya entre los Registradores del territorio de esta Audiencia, a fin de que cada cual tenga su sello el día en que se plantee la Ley Hipotecaria". Este texto, no incluido en las colecciones de disposiciones hipotecarias, está tomado de la obra de GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *La Ley Hipotecaria comentada y concordada...*, Parte Segunda, Diccionario y Formularios, Madrid, 1862, p. 926. Claro que ya se debió haber sentido la necesidad del sello, por lo que algunos de los registradores que habían de empezar a actuar el 1 de enero de 1863, se habían proveído, por su cuenta, de un sello, libremente conformado, por lo cual otra Circular de 17 de julio de 1862, a consulta del Regente de la Audiencia de Valladolid, dispuso que "no hay necesidad de que los Registradores que habían adquirido el sello antes de recibir la circular de 31 de marzo, hagan otro con arreglo al modelo que acompañaba a esta disposición, si bien deberán arreglarse a él cuando tuvieren necesidad de renovarle" (Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P., ob. cit., p. 928). El que hubiera registradores que, aún antes del funcionamiento del Registro de la Propiedad, se hubieran provisto de un sello, es explicable por cuanto, a fin de cuentas, el registro era conti-

evidente en los casos reales en los que, por determinación individual, se ha introducido esa modificación, casos que puede decirse son excepcionales y recientes, puesto que la inmensa mayoría de los notarios han seguido, pese al cambio de la norma, encargando sus sellos con el texto impuesto por el modelo cuasi-oficial aparecido en 1863, si bien hay que advertir que algún comentarista del Reglamento de 1874, como RUIZ GÓMEZ, dio una fórmula en la que el término *Notaría* empleado por su artículo 121, se sustituía por el de *Notario* (307). Al no haberse traducido el cambio reglamentario en un cambio fáctico, cabe pensar, pues, que la modificación normativa obedeció simplemente al intento, ya indicado, de *abreviar y simplificar la redacción anterior, pero sin buscar ninguna finalidad conceptual o práctica*. Hay también que mencionar el hecho de que en algunos sellos, de uso inmediato a la publicación del Reglamento de 1874, se acentuó incluso la dimensión institucional de la función, al usarse la expresión “NOTARÍA PÚBLICA”, y no simplemente la de “NOTARÍA” prevista en ese Reglamento (308).

nuador de las Contadurías u Oficios de Hipotecas y para estos existía un sello ligeramente ovalado que llevaban en el centro el escudo real, con el collar de la Orden del Toison, y, alrededor, la leyenda “CONTADURÍA Y REGISTRO DE HIPOTECAS DE...”, con el nombre del lugar.

Luego, en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915, se reprodujo con ligeras variantes lo previsto en la Circular de 1862 y se dispuso que “en cada Registro habrá un sello semejante al que tienen los juzgados de primera instancia, con el escudo de las armas de España en el centro y una inscripción que diga en la parte superior: «Registro de la Propiedad de...», y en la inferior el nombre del distrito hipotecario” (art. 297, que fue reproducido por el art. 358 del Reglamento de 14 de febrero de 1947). En la reforma realizada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, se suprimió la mención de la semejanza con el sello de los juzgados, que también se había establecido para las dimensiones de su medalla (RD de 10 de octubre de 1864), y se dispuso que “el Ministerio de Justicia podrá aprobar un modelo común y oficial del sello”. Y amparándose en esta autorización, con la argumentación de que el Reglamento contiene únicamente “su contenido mínimo”, la Resolución de la Dirección General de 24 de septiembre de 1987 dispuso que “se aprueba dicho modelo, estableciendo que el mismo debe adoptar forma circular del tamaño ordinario en los de su clase, y contener, además del escudo de armas de España, en el centro, una inscripción en su parte superior que diga «Registro de la Propiedad de...» y en la inferior, el nombre del distrito hipotecario y el nombre y apellidos del Registrador”. Mas, como quiera que en el caso de interinidades y sustituciones, esto podría dar lugar a confusiones, estableció que en el Registro exista además del personal otro sello que sea “del Registro sin nombres y apellidos”.

De conformidad con este nuevo criterio, se ha pasado a hablar de sello del registrador, en vez de sello del Registro, en numerosas disposiciones, entre las que cabe mencionar el RD de 13 de noviembre de 1992, que redactó el artículo 415 del Reglamento Hipotecario referente a los libros de Comunidades de Propietarios, y la Orden de 30 de diciembre de 1991 sobre funcionamiento del Registro Mercantil Central.

(307) “... y alrededor su nombre, apellidos y carácter y el pueblo de su vecindad, de esta manera: *Don P.N.G., Notario de B.*”. Vid. *La Notaría según la legislación y la ciencia*, Madrid, 1879, I, p. 249.

(308) Tal es del caso del notario de Andújar D. Bernardo García, visto en una copia de 13 de noviembre de 1875, que usaba el sello como complemento de la firma, y que, salvo unos

Un aspecto que conviene mencionar es que, así como el artículo 66 del Reglamento hace mención del “apellido” del notario, en el artículo 71, relativo a las placas anunciadoras, se mencionan los “apellidos”. No parece que esta diferencia tenga un especial trasfondo conceptual, ya que el término “apellido” puede entenderse en sentido genérico, como ocurriría si el Reglamento hubiera hablado solamente de “nombre”, e incluso pudiera pensarse que en singular es más amplio que en plural, al referirse no solamente a los apellidos paterno y materno, de que habla la legislación del Registro Civil, sino al “cognomen” en general e incluso a cualquier dato identificatorio de la persona añadido al nombre (309). De todas formas ha de tenerse en cuenta que el Reglamento deja con ello un margen de discrecionalidad, no sólo para abreviar los apellidos sino también el nombre. En sentido contrario, no parece que exista obstáculo alguno para complementar el nombre y apellidos con otras especificaciones, especialmente las relativas al título de licenciado o doctor, que frecuentemente se han incluido en la leyenda del sello (310). Sin embargo, a diferencia de lo que ha ocurrido con las carpetas (311), en el texto del

pequeños adornos gráficos, solamente contenía el siguiente texto: “NOTARÍA PÚBLICA = ANDÚJAR = (EN EL CENTRO) DE D. BERNARDO GARCÍA”.

(309) Téngase presente que la Real Academia define el término apellido como “nombre de familia con que se distinguen las personas”. En su *Diccionario histórico, y forense del Derecho Real de España*, Andrés CORNEJO señalaba precisamente, como una de las acepciones del término apellido, la correspondiente al “cognomen o sobrenombre de los romanos”. *Vid. ob. cit.*, Madrid, 1779, p. 64.

(310) Así en el modelo n.º 2 de sellos de caucho del *Catálogo de Notarios*, de la imprenta Heredera de Ramiro P. del Río, se lee: “NOTARÍA DEL LDO. DIEGO WOOD Y MELIAN LAS PALMAS”.

(311) Las carpetas constituyen una creación notarial —en tiempos recientes imitada por corredores de comercio y registradores— ignorada por la legislación y sólo raramente mencionada en la jurisprudencia, a propósito de cuestiones económicas. Aunque Joaquín DE PRADA señaló, como mera suposición desde luego, que la carpeta “debió aparecer... en los albores de la ley del Notariado como un medio publicitario de los notarios frente a los antiguos Notarios por compra de oficio público” (*Gazeta de los Notarios*, n.º 20, noviembre 1990, p. 4), lo cierto es que con bastante anterioridad a la ley de 1862 se utilizaron las carpetas, tanto preparadas a mano (como “cubierta de grueso papel común”, según aún decía RUIZ GÓMEZ, en 1880), como mediante procedimientos calcográficos, y en algún caso, tipográficos, dado que a partir de la creación por Fermín Didot de las regletas, los lingotes y las imposiciones de metal, y la aparición de la máquina *minerva*, se hizo posible el desarrollo de los trabajos que en tipografía se llaman de *remendería*, dentro de los cuales debe incluirse la impresión de las carpetas notariales. Además de esto, la divulgación de la técnica litográfica hizo posible, por un lado, la utilización de la litografía para las carpetas notariales, y por otro, estimuló la creatividad de los tipógrafos remendistas (*Vid. Díez, Víctor*, “La evolución de los estilos tipográficos”, en *GRÁFICAS, Revista de las técnicas del libro*, n.º 15, septiembre de 1945, p. 6), con lo que no sólo su uso se generalizó sino que se hizo con una mayor riqueza artística. Que con anterioridad a la ley del notariado se utilizó la carpeta impresa como reclamo hasta cierto punto publicitario, lo demuestra la existencia de carpetas, al menos desde el siglo XVII, donde se mencionaban títulos, calidades y conceptos del escribano autorizante, y así en la carpeta correspondiente a una escritura de 1785, se decía, después de la reseña del contrato y de las partes otorgantes, haberse otor-

sello no han aparecido otros títulos o indicaciones personales, como las distinciones honoríficas o nobiliarias, que además de no estar aludidas en el Reglamento, salvo que se interprete como genérica, según hemos dicho, la expresión “apellido”, serían difícil de insertar en la parquedad espacial propia del sello (312).

En cuanto a la “designación de su residencia”, se trata de una fórmula lo suficientemente flexible como para permitir diversas posibilidades. Desde la más estricta, que se limita a mencionar la población que constituye el punto de residencia del notario, y que es la que se encuentra en uso casi universal, hasta la que adicione otras especificaciones, bien referidas a la más precisa localización del estudio del notario, como puede ser la pedanía, barrio e incluso la vía correspondiente en que se encuentre (313), o bien referentes a la mención de entidades superiores, como el distrito, la provincia o el Colegio a que pertenece el punto de residencia. Hay que entender que en este punto caben las mismas posibilidades que en la mención exigida por el artículo 156 del Reglamento, si bien las limitaciones espaciales propias del sello restringirán las menciones que pueden y suelen suplirse mediante otro sello o estampilla, diferente del oficial, en el cual se indican los números de teléfono, fax, correo electrónico, distrito postal, e incluso el horario del despacho.

Por lo demás, si bien el Reglamento Notarial ordena que estos datos identificativos se organicen orlando al protocolo, caben multitud de posibilidades estructurales o artísticas, siendo una de las modernamente adoptadas la que consiste en diferenciar el nombre y apellidos, que orlan realmente al libro, y el título de notario y la residencia, que se sitúan en línea recta, horizontal y resaltada en la parte inferior del sello (por ejemplo: “NOTARIO. MADRID”). La leyenda, pues, se escinde en dos partes: una, que en la terminología de J. M. HEINECCIUS, cabe denominar “perígrafe” por estar colocada en línea curva alrededor de las figuras, como habitual-

gado “Ante Pedro Machín, escribano del Rey Nuestro Señor y del Colegio de esta Corte por ocupación y para los Rexistros de Dn. Manuel Gómez Guerrero que lo es del Número de esta Villa de Madrid”. En cuanto a las carpetas impresas anteriores a 1862, podemos mencionar la de “D. Mariano García Sancha Dr. en Jurisprudencia, Abogado del Ilre. Colegio, y Escribano del número de MADRID”, utilizadas en 1859; o la utilizada en 1852 por “El Señor Dn. Ysidro Ortega Salomón Escribano notario de Reynos de los del Ilre. Colegio de esta Corte, etc., etc.”.

Como ejemplo de la inserción en la carpeta notarial de condecoraciones y publicaciones, ya con posterioridad a la ley del notariado, puede verse la reproducción de la utilizada por José GONZALO DE LAS CASAS, en la *Gazeta de los Notarios*, n.º 45, abril 1993, p. 11.9.

(312) En la nota publicada por el *Boletín del Colegio de Granada* (n.º 72, de abril de 1957), parece que se excluye dicha posibilidad al decir que “el Notario debe proveerse de otros sellos particulares donde consten sus circunstancias, nombre y apellidos, lugar de residencia, calle, número, teléfono, etc.”.

(313) Según ya hemos indicado en el sello usado por el escribano de Madrid D. Ángel Abad, en 1859, se insertaban las señas de su estudio (“Calle Mayor 106, Madrid”).

mente se hace en la numismática y la medallística; y otra, denominada “epígrafe”, situada como inscripción horizontal.

Y naturalmente cabe, como ocurre de hecho, incrustar pequeños adornos entre los términos de la leyenda, y especialmente flanqueando el nombre geográfico, para lo que a veces se colocan sendas estrellas, asteriscos o simples puntos o guiones (314).

c. *Componentes no mencionados por el Reglamento.*

Si los anteriores son los elementos del sello notarial mencionados expresamente por el Reglamento, hay otros que sin esta mención expresa también han de considerarse como esenciales, y finalmente otros que sin ser esenciales pueden integrarse en el sello, y de hecho lo han sido en la práctica generalizada.

a') *Esenciales no mencionados.*

Entre estos hay que incluir la forma y el tamaño del sello, y el color de la tinta utilizada para la estampación o impresión del mismo.

a'') *Forma.*

En el Reglamento no hay mención alguna sobre la forma que debe adoptar el sello notarial, al contrario de lo relativo a la medalla, en que se dice que será ovalada. Dada la referencia que inicialmente se hizo al modelo de la medalla, pudiera pensarse que se quiso dar al sello también forma de óvalo, y así efectivamente se vino a hacer respecto a los sellos de la mayor parte de los Colegios Notariales (315), y por alguno de los notarios que lo utilizaron en las copias discrecionalmente (316). Sin embargo, en el modelo comercial publicado por la *Gaceta del Notariado*, en

(314) Como señala Marco MODICA, en el sello histórico, las leyendas están dispuestas en torno a su borde superior y precedidos por el signo de la cruz, y muchas veces también con otra cruz al final, si bien en el siglo XIV y más aún en el XV, en el lugar de esta última “en el lugar de esta última se encuentran figuras varias, como rosetas, estrellas o cosas similares”. *Vid. Diplomatica*, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1942, p. 398.

(315) Esta forma ovalada aparece en los sellos de legalizaciones de los Colegios de Albacete (1863 y 1868), Baleares (1871), Barcelona (1863), Burgos (1863), Cáceres (1863), Canarias (1863), y en general la gran mayoría, aunque con diferencias notables en cuanto al grado de curvatura, ya que hay algunos como los de Barcelona de 1880, y el de Cáceres de 1867, en que la forma es casi rectangular.

(316) Así, por ejemplo, el notario de Madrid Cipriano Pérez Alonso, en 1886. En este sello, el eje longitudinal sirve para alinear el libro, el lema *Nihil prius fide*, y en la leyenda el término MADRID, lo que era divergente del sello utilizado en las Oficinas Liquidadoras del Impuesto de Derechos Reales, y en los Registros de la Propiedad, en los que el término Madrid se alineaba con el eje transversal, estando así al pie del escudo de España.

1863, el sello es circular, y puede decirse que esta ha sido la forma más generalizada entre los notarios (317), sin que falten otros con diferente forma, entre ellos la ovalada, bien simple, o bien adornada exteriormente con otros aditamentos como la cartela y la corona según el modelo utilizado para la medalla (318).

En la actualidad, y como quiera que no hay ninguna limitación reglamentaria en cuanto a forma se refiere, puede utilizarse cualquiera de las históricas (319) o de las imaginables, siendo las más conocidas, aparte de la ovalada y de la circular, la ojival o elíptica (320), la escudiforme (321) y sus variantes la triangular y la cordiforme, la cuadrada y la rectangular (322), la romboidal o en losange, la lobulada, la pentagonal, la exagonal, la octogonal, etc., etc. (323).

Aparte de lo dicho, que se refiere a formas poligonales, si bien como se dirá posteriormente, ello implique desvirtuar el concepto de sello, se han utilizado y se utilizan sellos exentos de líneas poligonales, en los cuales los elementos figurativos y la leyenda carecen de cerco, si bien la trayectoria de la leyenda determina la elegida, que generalmente son la circular (324) o la ovalada (325).

b") Dimensiones.

Ninguna mención se contiene en el Reglamento a este dato de hecho, a diferencia de la regulación sobre la medalla en que sí se fijaron los diá-

(317) También se utilizó esta forma circular por muchos Colegios como el de Baleares (1863), Pamplona (1879), Zaragoza (1863 y 1879) y Valladolid (1863, 1866, 1870 y 1872).

(318) Así es, por ejemplo, el sello para los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad, del Colegio de Valladolid de 1885, y, en nuestros días, el utilizado por Manuel Domínguez Rodríguez, como notario de Segovia. En este caso, el lugar de residencia sigue el eje transversal, y está por tanto contrapuesto a la corona real.

(319) Respecto de la variedad de formas del sello, puede verse la obra de BASCAPÉ, Giacomo C., *Sigillografia. Il sigillo nella diplomatica, nel diritto, nella storia, nell'arte*, Milano, 1969, tomo I, pp. 72 a 82.

(320) Bajo esta especie puede incluirse el sello del Colegio de Madrid de 1890, emitido para el "Registro General de Testamentos".

(321) Optaron por esta variante los Colegios de Pamplona (1863), y Sevilla (1863 y 1886).

(322) Cuadrados y rectángulos en los que están inscritos círculos u óvalos, aparecen en los sellos de varios Colegios como Baleares (1863) para los primeros, y Madrid (1884) para los últimos. El rectángulo, sin óvalo inscrito, aparece en los sellos del Colegio de Granada (1889) y en el de los Notarios de Málaga (1885).

(323) En el *Boletín del Colegio Notarial de Granada* ("El sello del Notario", n.º 49, mayo 1955, p. 701), se decía que el sello notarial "será ovalado o cuadrado".

(324) Aunque no como sello, este modelo había sido ya diseñado por la Fundación Tipográfica Richard Gans, de Madrid, identificado con los números 287 y 291, y ha sido frecuentemente usado por los Colegios Notariales aunque exclusivamente como membrete de sus escritos.

(325) En algún caso el óvalo puede considerarse más bien una elipse, con lo que se adopta la forma ojival, también llamada *usiforme* y de *lanzadera*.

metros del óvalo (19 y 15 milímetros). Pudiera pensarse que la remisión del Reglamento de 1874 a la medalla, implicaba que también se aplicarían al sello las determinaciones anteriores, pero la propia pequeñez de tales longitudes exigen desechar la analogía, como así ha ocurrido siempre en la práctica. En ésta, puede hablarse de un modelo circular predominante en que el diámetro es de 38 milímetros, pero no faltan ejemplos que divergen considerablemente, en más o en menos. Se trata, en definitiva, de un dato que no está precisado y respecto del cual cabe toda la flexibilidad compatible con el concepto de sello, y la presencia del contenido esencialmente prescrito. Y quizás esto es lo que haya querido decir la Dirección General al hablar, respecto al sello de los registradores, “del tamaño *ordinario* en los de su clase” (326).

c”) *Color.*

Este dato se refiere al de la tinta con que se estampe el sello. En este punto parece que debe aplicarse la regla general contenida en el artículo 152 del Reglamento Notarial, que no excluye ningún color, con tal que “se empleen tintas indelebles que no puedan ser borradas fácilmente”. De todas formas, puede hacerse, al respecto del color de la tinta, algunas consideraciones de carácter sigilográfico, artístico y práctico.

Desde el punto de vista de la sigilografía, en la elección del color de la tinta puede tenerse en cuenta la importancia que en ella tiene el color del material receptor del sello, la cera en especial, lo que cabe trasladar al color de la tinta. Como ya hemos dicho, los colores simbólicos de lo notarial fueron tradicionalmente el blanco y el negro, en cuanto representativos del papel, y la tinta, que históricamente fue negra. Modernamente, sin embargo, se han atribuido a lo notarial otros colores. Así, en el proyecto de FERMÍN FORMOSO se complementaba la insignia oficial con cintas con los colores blanco, encarnado, azul, verde y morado, que conjeturablemente simbolizaban respectivamente a la fe (327), el derecho (328),

(326) Resolución de 24 de septiembre de 1987.

(327) El color académico de los teólogos era, efectivamente, el blanco, y de este mismo color era el vestido con que se ha cubierto la imagen o representación corpórea de la fe. El Padre ISLA señalaba que el blanco era “symbolo de la pureza, que professa la Theología”. *La Juventud triunfante...*, Valencia, 1750, p. 307. Y en este mismo sentido interpretó FRANCISCO MORCILLO el color blanco fijado para el filete de la medalla notarial en 1862. *Manual...*, ob. cit., I, p. 174, nota.

(328) Fue siempre el color de la facultad de leyes y de la jurisprudencia civil (el de la facultad de cánones era verde). A este respecto, TOMÁS DE GRANDE escribía que “porque púrpura se debe al triunfador, en cuyo rubro y sangriento colorido se avise el coste de la pompa, porque se estime. Mucho sudor, mucho ardiente afán y sangre tan mucha que llegue a teñir el pie del vencedor y lavarse en ella la ufana mano que debeló, a justa fuerza la injusticia”. *Tiara simbólica*, p. 313.

Según GARMA, con los gules, o color rojo o escarlata, “de las virtudes cardinales” se sim-

el arte (329), la paz (330) y la justicia (331). La Real Orden de 8 de mayo de 1863 dispuso que la cinta para la medalla notarial había de ser “blanca y verde”, pero, muy pronto, la Real Orden de 12 de diciembre de 1863 señaló para el cordón de la medalla de los profesores de las Escuelas de Notariado los colores “encarnado y negro” (332). En el Reglamento dictado el 29 de octubre de 1873 para Cuba y Puerto Rico, se mantuvieron los colores blanco y verde, pero en el Reglamento de 9 de noviembre de 1874 se estableció que fuera la “cinta blanca en el centro y encarnada en los costados” (art. 119), que es lo que sigue diciendo el vigente Reglamento (art. 65), con lo que, como ya señalara J. E. RUIZ GÓMEZ, se los hace “representativos de aquella pureza y de la ciencia del derecho, que para la Notaría es la más fundamental o necesaria” (333).

De acuerdo con esto, puede considerarse que los colores notariales son el blanco y el rojo, por lo cual, buscando la consonancia con ellos en la imposición del sello, y guiándose por criterios sigilográficos pudiera ser especialmente indicado el color rojo para la tinta, y en verdad que no faltan casos en que así se ha hecho.

Claro que aparte del criterio sigilográfico, cabe aplicar el simplemente artístico o estético, y en este caso la concordancia habría de buscarse con el color de la tinta con que se estampan el signo, la firma y la rúbrica, y como generalmente se emplea la tinta azul-negra, es en este color en el que se impone también generalmente el sello.

boliza “la Fortaleza; y de las calidades mundanas, el Honor, Fidelidad, Valor, Alegría, Generosidad, Liberalidad, y Solicitud”. *Adarga catalana, Arte heráldica...*, Barcelona, 1753, tomo I, p. 37.

(329) Correspondía a la Facultad de Artes, y según GARMA simboliza, en cuanto a las virtudes cardinales, la templanza, y en cuanto a las calidades humanas, inocencia, piedad, dulzura, felicidad, perseverancia, recompensa y lealtad. Ob. cit., I, p. 38.

(330) Con el sinople o verde, en heráldica, se simboliza en cuanto a las virtudes teológicas, la esperanza, y en cuanto a las calidades humanas, industria, constancia, intrepidez, silencio, abundancia, amistad y diligencia. GARMA, ob. cit., I, 39.

Probablemente, el sentido de su utilización respecto del notariado, estaba conectado con el símbolo del olivo, que a su vez denota la paz.

(331) Corresponde en heráldica al violado, púrpura o carmesí, representando “de las virtudes cardinales, la Justicia; y de las calidades mundanas, el Ingenio, Verdad, Grandeza, afabilidad, Sabiduría, Paciencia, y Amor”. GARMA, ob. cit., I, p. 40.

(332) Hay que tener en cuenta que el negro era también el color del traje solicitado por el notariado catalán. Vid. SALA, M. I., en la revista *La Fe Pública*, n.º 35, de 27 de septiembre de 1846, p. 4, donde se reivindicaba el derecho a vestir el color negro y usar coche.

(333) *La Notaría según la legislación y la ciencia*, Madrid, 1879, I, p. 250. Coincidente respecto del color blanco pero no con el rojo, el notario de Badajoz, José Damián Terrones, escribía lo siguiente en 1892: “... es en balde tratar de despojarnos de la medalla y cinta que llevamos sobre el corazón, porque esa medalla contiene una fecha memorable, y esa cinta ostenta los colores blanco y rojo, emblema de nuestra fe y del ardor y nobleza de nuestra sangre; somos españoles, no somos australianos” (referencia al sistema Torrens). “Reorganización del Notariado”, discurso leído el 29 de mayo de 1892, y publicado en la *Gaceta del Notariado*, n.º 34, de 21 de agosto de 1892, p. 540.

Finalmente, según se ha insinuado ya, en la elección del color de la tinta del sello debe tenerse en cuenta, además de los criterios anteriores, el meramente práctico, tendente a evitar, al menos, fáciles falsificaciones realizadas mediante fotocopias simples en blanco y negro, por lo cual, es aconsejable diversificar, en todo caso, el color de la tinta del sello respecto del utilizado en la impresión del texto del documento, y por lo mismo parece conveniente excluir el negro, que es el color generalmente utilizado en el texto.

b') Componentes no esenciales.

Si el sello notarial estuviera diseñado de una manera precisa y rigurosa, o sea, ajustado "en todo al modelo oficial", como dice el Reglamento a propósito de la medalla (art. 65), no habría lugar a un apartado como este, que se refiere a elementos que habitualmente integran el sello, pero que no están comprendidos en el precepto reglamentario que lo regula. La existencia de estos elementos no reglamentarios está legitimada por la práctica que a su vez ha sido determinada por disposiciones positivas que, sin ser contradichas, han sido sustituidas por otras.

Entre estos componentes, ni esenciales ni siquiera reglamentarios, hemos de incluir las ramas de olivo, con las cintas y la fecha de la Ley del Notariado, las estrellas, las gráficas o coronas, y los adornos exteriores del emblema notarial, y entre ellos, la corona.

a") Las ramas de olivo.

Están en todos los modelos, por muy simplificados que sean, y la razón indudable de ello es que la referencia al olivo existió en las disposiciones que crearon los sellos de legalizaciones y la medalla del notariado, y que, en la regulación anterior a 1935, en la normativa del sello se hizo una referencia a la medalla. Como no se pensó que la supresión en este Reglamento de 1935 tanto de la remisión a la medalla como la mención del olivo, hubiera sido intencionada, han continuado sus ramas siendo de hecho parte imprescindible en el diseño de todos los sellos, tanto los privativos de los notarios como los de los Colegios Notariales, el Consejo General del Notariado, el papel timbrado de uso notarial, y el papel de los Colegios Notariales de España utilizado en las copias simples y cédulas de notificación. E incluso a veces se duplican los ramos, poniendo dos que semirrodan el protocolo dentro del óvalo central, y, además, otras dos ramas en la parte exterior (334).

(334) Así ocurre en los modelos 288 y 290 de la Fundición Tipográfica Richard Gans. También se ha utilizado en alguno de los emblemas del Colegio de Madrid, y en el empleado por *Nuestra Revista, Publicación Notarial*.

La significación del olivo, como símbolo de la paz y de la concordia, fue puesta de relieve al tiempo del establecimiento del sello para las legalizaciones por la RO de 5 de enero de 1863, ya que en la *Gaceta del Notariado Español* se dijo que “en la orla de rama de oliva la paz que el ministerio notarial proporciona a las familias, evitando con la firmeza de sus actos las discusiones y los pleitos entre los ciudadanos, y creando la tranquila seguridad que por virtud de la autorización del notario, adquiere aquel para no ser inquietado, ni disputándosele nada que sea relativo a su persona civil, a sus cosas ni a sus acciones, creando la armonía social” (335). Ideas que divulgadas por comentaristas como J. E. RUIZ GÓMEZ (336) o VICENTE SANCHO-TELLO (337), concuerdan perfectamente con el simbolismo atribuido al olivo en la heráldica, donde con él se alude, preferentemente, a la paz (338) y en la mitología, conforme a la cual el olivo estaba dedicado a Minerva o Atenea, divinidad protectora de las artes y de las ciencias (339). Probablemente, esta significación, de

(335) Año 1863, p. 37.

(336) En su obra *La Notaría según la legislación y la ciencia* (Madrid, 1879), escribió que simbolizan “los ramos de oliva, la paz que a las familias o personas interesadas en los actos, ofrece con su ciencia y consejo, y con el valor o fuerza legal y estabilidad de su testimonio, que les aseguran los más importantes intereses y les evitan acerca de ellos cuestiones o discordias y litigios”, I, pp. 249-50.

(337) “Del árbol de la Paz, dos ramas entrelazadas orlan en el escudo del Notariado el albo y cerrado (¿encarnado?) símbolo del Oficio”. “Hojas de Olivo”, en *Gaceta del Notariado*, n.º 30, de 10 de diciembre de 1926, p. 241.

(338) Así, DALMIRO DE LA VÁLGOMA Y DÍAZ-VARELA en su escrito “El olivo en la heráldica”, Madrid, 1950, s.p.

El gran jurista salmantino FRANCISCO RAMOS DEL MANZANO incluyó en su escudo heráldico una rama de olivo (*ramus paciferus*) aludiendo tanto su apellido (Ramos) como a su mediación para el logro de la llamada Paz de los Pirineos, y que le valió como recompensa la concesión del título de Conde de Francos. Puede verse su escudo al frente de su obra *Ad leges Iuliam et Papiam*, Madrid, 1678, Apud Iosephum Fernandez de Buendía, tomo I. El lema de este escudo lo traduce D. de la Válgoma así: “Los Ramos de la Paz (se levantan) junto a los Pirineos, entre los Reyes, Católico y Cristianísimo”.

Según FRANCISCO XAVIER DE GARMA es el olivo “árbol de la paz desde la concordia que firmó Dios con la humana naturaleza, después de los naufragios del universal diluvio... Es nuncio de paz y su perpetuo verdor puede significar un ánimo inmutable”, y hace mención de la divisa de la Orden Militar de la Concordia, fundada por Christiano Ernesto, Madgrave de Brandembourg, en la que aparecen “dos ramos de Olivo cruzados, que pasan por dos coronas”. *Vid. Adarga Catalana, Arte Heráldica*, ed. cit., I, pp. 165-6.

El olivo como símbolo de la paz se utilizó también en el papel timbrado, como el correspondiente al sello 1.º de 1862 precisamente, en el cual un grabado del artista José Pérez Varela representa a la Paz mediante una matrona que sostiene en la mano derecha una rama de olivo. Puede verse en MOENS, J. B., ob. cit., p. 357.

(339) “El olivo es el símbolo ordinario de la paz. Los novios en Roma llevaban guirnaldas de olivo, cuyas ramas servían también para coronar los muertos que eran conducidos a la hoguera. Un olivo herido de un rayo anunciaba, según los augures, el rompimiento de la paz. Virgilio representa a Numa Pompilio con un ramo de olivo en la mano, para designar que su reinado era pacífico. En las medallas un ramo de olivo en la mano de un emperador demues-

la que J. J. CERVINO hizo mención en alguno de sus escritos literarios (340), determinó que, ya a principios del siglo XIX, alguno de los modelos de sellos de legalización de los colegios incluyeran ramas de olivo, o bien una rama de olivo y otras de palma (341), como en el sello del Colegio de Escribanos Reales de Madrid, de 1824, lo cual, por otra parte, era algo comúnmente utilizado en la heráldica y en las representaciones simbólicas (342).

Por otro lado, si en la normativa sobre los sellos de legalización se habló de “una orla de rama de oliva”, en la de la medalla se dijo “dos ramos de olivo” (343). Quizás basándose en la primera expresión, en alguno de los sellos de los colegios (344) se diseñó una nutrida corona de hojas que, por otra parte, poco tenía que ver con el olivo (345). Pronto, sin embargo, se impuso el modelo comercial de la medalla consistente en dos ramas cuyos extremos inferiores se cruzan bajo el óvalo central, bien simplemente, bien unidos mediante una cinta, en la que frecuentemente se inscribió la fecha de la Ley del Notariado, “28 MAYO” en la de su derecha, y “DE 1862” en la de su izquierda, fecha que debe figurar en el reverso de la medalla (art. 65 del vigente Reglamento). Y en lo que a la propiedad de la representación de olivo se refiere, cabe decir, que aun admitiendo que en esta materia ha de quedar un amplio margen para la

tra la paz dada o conservada en el Estado”. NOEL, F. J. M., *Diccionario de mitología universal*, Edicomunicación, S.A., Barcelona, 1987, tomo II, p. 399.

(340) En su “canto épico” titulado “La Victoria de Bailén”, habla, efectivamente, de “la oliva de la paz fecunda”. *La Victoria de Bailén, Canto épico*, Madrid, 1851, p. 14.

(341) La rama de palma simbolizaba la fortaleza de la verdad porque, como decía Cesare RIPA, así como es sabido que la palma no cede al peso, así la verdad no cede a sus contrarios, y aunque sean muchos los que la ataquen no por eso deja de sobreponerse y crecer en lo alto”. *Della novissima Iconologia*, parte terza, pp. 711-2, de la edición de Padova, 1624.

(342) Puede mencionarse la lámina dibujada por Thomas Stothard y grabada por William Sharp en 1782, por encargo de la “Sociedad para la Información Constitucional”, de Inglaterra, cuyo asunto es la declaración de los derechos de los ciudadanos libres, y que existe en el Museo Británico (Print Room). En este grabado, en la parte inferior central, una rama de palma y otra al parecer de olivo, enlazadas al pie, orlan un libro cerrado y acostado, muy semejante al modelo más común en el sello notarial, encima del cual hay un gorro frigio y una mano que blande una espada. Puede verse reproducido (lámina 16), en la obra de BINDMAN, David, *William Blake, artista*, Grupo Editorial Swan, S.L., Real Sitio de San Lorenzo de El Escorial, 1989.

(343) Así aparece en la *Gaceta de Madrid* de 9 de mayo de 1863, aunque al transcribir la disposición alguna publicación, como la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, empleara el término “ramas”.

(344) Así en uno del Colegio de Baleares de 1863, que puede verse en la página 503 de la obra de J. B. MOENS.

(345) De todas formas tampoco tiene esto mucho de extraño cuando en alguna obra notarial como los *Apuntes de notaría*, de FALGUERA (Barcelona, 1871, p. 17), se dice que “el emblema que puso después el Gobierno es un protocolo rodeado de ramas de roble y laurel, y en el centro la inscripción: *Nihil prius fide*”.

creatividad artística, y que por ello la representación de los ramos de olivo no es obligado hacerla con el criterio de fidelidad científica inherente al botánico, a pesar de ello, decimos, debiera seguirse en esta representación un criterio que al menos no contradiga manifiestamente a la realidad, y que por no haberlo seguido ha hecho que en muchos casos, sobre todo respecto de los sellos de legalización que fueron diseñados por los colegios, los ramos no concuerden en absoluto con los del olivo, sino que parece que se ha tomado como modelo otro tipo de plantas, especialmente el laurel (346) y el roble (347), o se han representado simplemente dos ramos de imposible identificación, por lo que al describir alguno de ellos J. B. MOENS, habla de “ramo de flores” (348). En la representación de las ramas de olivo hay que tener en cuenta, además de su reducido tamaño, que, como dice el tratadista J. RUIZ DE LA TORRE, las del olivo son “hojas simples, opuestas... oblongo-lanceoladas, mucronadas” (o sea, con punta corta y aguzada) (349), por lo cual, son inapropiadas las representaciones de las hojas separadas en forma escalonada, sin formar pareja, y sobre todo la representación de las ramas terminadas en una sola hoja (350), como se diseñó ya en 1863 en el modelo publicado en la *Gaceta del Notariado*, y se ha venido reiteradamente haciendo.

En la representación de estas ramas, sin duda además de como recurso estético, para facilitar la identificación de la especie arbórea, a veces se añaden a las hojas los frutos del olivo, es decir, aceitunas, pero también se hace desconociendo la configuración real, ya que se dibujan como puntitos aislados que salen de la parte libre de hojas de las ramas (351) cuando en la naturaleza se encuentran en las axilas (352) de las hojas, y forman ramilletes, que, por ello, en la fase floral se dice que forman “ra-

(346) Como de laurel se refiere J. B. MOENS a las ramas representadas en las pólizas emitidas por los Colegios de Baleares (1871), Sevilla (1889) y Valladolid (1866).

(347) J. B. MOENS dice ser de roble las ramas que están en las pólizas de los Colegios de Granada (1884), Madrid (1867) y Sevilla (1889).

(348) J. B. MOENS habla de ramo de flores respecto de las pólizas emitidas por los Colegios de Albacete (1863 y 1875) y Barcelona (1863).

(349) *Arboles y arbustos de la España peninsular*. Instituto Forestal de Investigaciones y Experiencias - Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Montes, Madrid, 1971, p. 429.

(350) Así aparecen representadas las ramas en los sellos de legalización de los Colegios de Albacete (1863, 1868, 1875), Coruña (1863), Sevilla (1863 y 1886), Valencia (1863 y 1870), Valladolid (1863) y Zaragoza (1879).

(351) Así aparecen en el modelo de los sellos de legalización emitido por los Colegios de Madrid (1871, 1884 y 1890), Oviedo (1863) y Valencia (1868), si bien en este último caso los frutos no están representados aislados, sino dualmente, aunque no estén bien situados en las axilas de las hojas.

(352) O sea, en el “fondo del ángulo superior que forma una hoja, bráctea, etc., con el eje en que se inserta”.

cidos de cimas” (353). Al respecto de las flores es curioso observar que los diseñadores del emblema notarial nunca han pensado sustituir el fruto por la flor, contrariamente a lo que ocurre en la heráldica, donde existen casos en los que las ramas de olivo se representan floridas, logrando así, como ha escrito DALMIRO DE LA VÁLGOMA, la “más bella síntesis plástica: la flor” (354), lo cual, ciertamente, se avendría bien con la temática notarial ya que la flor del olivo es blanca, y como se ha repetido ya, el blanco es color esencialmente notarial, por su simbolismo de la fe y de la pureza, por un lado, y del papel, por otro, que constituye un material básico en la actividad práctica del notario. Cuando el emblema se colorea, la introducción del blanco —que es plata en heráldica— para las flores, contrastando con el verde (sinople) de las ramas y el fondo rojo o dorado haría un efecto atractivo, quizás superior al negro (o sable) con que en heráldica se representan los frutos del olivo. Lo que naturalmente no podría hacerse es representar simultáneamente flores y frutos, dado que en este tipo de árboles (a diferencia de otros, como el madroño), nunca concurren los frutos desarrollados y las flores (355).

b”) Las estrellas.

No se mencionan en las disposiciones reguladoras, pero habitualmente se ha colocado sobre el libro-protocolo, y por tanto en el punto superior central del emblema, una estrella de cinco puntas en posición recta, o sea, con la punta central hacia arriba; y además, en la parte inferior, por debajo del encuentro de las ramas de olivo, otras tres pequeñas estrellas.

En cuanto a la estrella superior, ya apareció en el modelo comercial inmediato a la creación de la medalla o distintivo notarial en junio de 1863. No se conocen las razones o intencionalidad de su inclusión pero, por tratarse de una estrella de cinco puntas, cabría conectar este símbolo con la tradición del *pentagrammon* o de la *pentalpha* pitagóricos, considerándola como representativa del microcosmos, de la salud y de la seguridad. Entre la pluralidad de connotaciones de este símbolo (356), uti-

(353) Puede verse una representación gráfica del olivo florido en la obra citada de J. RUIZ DE LA TORRE, p. 426.

(354) *El olivo en la heráldica*, donde se refiere al escudo del linaje mallorquín de los Oleza, que se representa “de gules, flor de olivo, de plata de seis hojas”.

(355) Florece el olivo en mayo y junio, y sólo al cabo de unos meses tienen los frutos entidad suficiente para destacar entre las ramas, madurando, y por tanto adquiriendo color negro, sólo al final del otoño.

(356) “Símbolo de la forma armónica y seña del microcosmos. Cinco son los sentidos, cinco los dedos de cada mano y de cada pie, cinco las vocales de la lengua, cinco las partes del cuerpo (cabeza, dos brazos, dos piernas), cada una de estas series de cinco son números de la forma del hombre”. Por otro lado, el pentagrama recto es el signo de protección contra los

lizado desde tiempos remotísimos [piénsese que es por excelencia el sello de Salomón, que por cierto fue usado en Italia como sello por algún notario (357)], por innumerables y muy heterogéneas instituciones (358), cabe relacionarlo, como el más próximo y afín a la cultura española de la mitad del siglo XIX, con la tradición cristiana de la estrella de Belén (359) y a partir de ella, con la referencia a la inspiración en altos ideales en cuanto determinantes de la más segura guía de conducta profesional y humana. A este respecto, parece oportuno recordar que una de las personas más relevantes de la época, que llegó a ser el primer presidente de la “Comisión Central del Notariado Español”, antecesor del “Consejo General del Notariado”, el notario de Madrid, Francisco Morcillo y León (360), comenzó en junio de 1863 un brindis poético, con motivo de una comida de homenaje a J. J. CERVINO, hablando precisamente de “el astro luminoso que nos guía” (361). Este parece ser el sentido atribuido a la estrella de cinco puntas al diseñarse inicialmente el sello, en el que se ha conservado en, prácticamente, todos los modelos, y asimismo se ha incluido en muchas de las carpetas notariales (362), como también en algu-

influjos maléficos; es la “mano blanca”, la señal de la magia blanca según se creía en la Edad Media. En esta época fue muy usado el pentagrama (el pie de druida) como conjuro contra los malos influjos, y como tal era colocado en los dinteles de las puertas y llevado al cuello como amuleto, y se aplicaba también como nudo mágico. GOETE aprovechó esta tradición en una de las escenas del *Fausto*. BLACHETTA, Walter, *Das Sinnzeichen-Buch*, Hugo Hartmann Verlag, Franckfurt am Main, s.f., pp. 86-7.

(357) G. C. BASCAPÉ menciona el del notario de Figline, Benvenuti. *Vid. ob. cit.*, I, p. 374.

(358) Entre ellas, también, desde la segunda mitad del siglo XVIII, con el carácter de llamante y con una G en el centro (Geometría, Genio, Gloria, Grandeza, Dios, o sea *God o Got*), por la franc-masonería moderna, pues en ésta el pentagrama constituye una de las claves del número de oro. *Vid. MASSON, Hervé, Dictionnaire initiatique*, Éditions Pierre Belfond, Paris, 1970, p. 194.

Según Mariano VÁZQUEZ ALONSO, este signo “pertenece a los albores de la Humanidad y ciertamente es muy anterior a los caracteres escritos. Recordemos que los signos de esta clase constituyen los más antiguos documentos humanos que poseemos. A lo largo de la historia del hombre, el Pentagrama ha tenido distintos significados. Así, por ejemplo, los pitagóricos lo denominaron Pentalfa y los sacerdotes celtas, pie de bruja. Es, por excelencia, el sello de Salomón, conocido durante la Edad Media como la cruz de trasto”. *Vid. El libro de los Signos*, Ediciones 29, Barcelona, 1982, p. 32.

(359) *Vid. LEHNER, Ernst, Symbols, signs and signets*, Dover Publications, Inc. New York, 1950, p. 106.

(360) Sobre él puede verse la semblanza publicada por ANDRINO, Manuel, en *Gazeta de los Notarios*, bajo el título *Francisco Morcillo, el innovador*, N.º 76, febrero 1996, p. 6.

(361) *Vid. Gaceta del Notariado Español*, 28 de junio de 1863, p. 396. En el mismo acto, J. J. CERVINO dijo que el Ministro había dotado a los notarios “de una insignia noble, alta, respetable”.

(362) Por su especial tratamiento artístico debe mencionarse la carpeta del notario de Granada Don Elías Pelayo Gomis, correspondiente a la copia del acta autorizada al colocarse una lápida en honor de Don Manuel Fernández y González, “en el carmen de las Tres Estre-

nos sellos de legalización de los Colegios (363). Generalmente, se ha colocado por encima del protocolo (364), y, de acuerdo con la significación atribuida parece adecuado representarla radiante, por cuanto sus destellos pueden considerarse representativos de los nobles motivos inspiradores de la actividad notarial.

Pero, como ya hemos dicho, en el modelo de la medalla se colocaron tres estrellas de oro en la parte inferior. Estas estrellas en el modelo comercial que lleva la fecha del Reglamento de 1874, son también de cinco puntas, pero en otros diseños se utilizan seis (365) u ocho puntas (366). Esto último parece estar más en consonancia con la significación tradicional de este tipo de estrellas, ya que, como dice WALTHER BLACHETTA, lo mismo que la cruz de ocho brazos ha sido considerada como el signo de la vinculación con la Ley y el Derecho, la estrella de ocho puntas lo es el propio de los profesionales del Derecho, y fue por ello en la Edad Media el especial de los jueces y notarios. Incluso se utilizó como sello oficial por algunos notarios lo que debe interpretarse como proclamación plástica de la voluntad de guardar la ley y evitar lo injusto (367).

Respecto a la significación que se haya querido dar a estas tres estrellas, parece estar en relación con las cualidades tradicionalmente exigidas

llas", el día 6 de enero de 1900. En este caso, la estrella se encuentra inmediatamente superpuesta al protocolo, y sus destellos terminan en el lema *NIHIL PRIUS FIDE*. Puede verse una reproducción de ella en la *Gazeta de los Notarios*, n.º 49, de septiembre de 1993, p. 12.

(363) Así en el de los notarios de Málaga, de 1885, y en el de Valladolid, de 1882.

(364) No faltan casos en los que esta estrella solitaria se ha colocado en la parte inferior. Así en los sellos del Decanato del Colegio de Granada en los años 1940 y 1950 (en este caso, la estrella es de seis puntas), o en la carpeta del notario de La Torre de Esteban Hambrán, Don Ricardo Fernández Saeta, en 1908, que puede verse en la *Gazeta de los Notarios*, n.º 65, de febrero de 1995.

(365) Son de seis puntas las estrellas que aparecen en el emblema utilizado por *Nuestra Revista*, y actualmente por *La Notaría*, del Colegio de Cataluña, y aparece igualmente en uno de los emblemas propios del Colegio de Madrid. Hay que decir que la estrella de seis puntas se ha utilizado para simbolizar el regreso, el eterno retorno de la vida y la bienvenida a quien regresa, por lo cual se ha incluido en las muestras o rótulos de los establecimientos de hospedaje. La utilización de dos de estas estrellas contiguas, significa el reencuentro, la confluencia y la unión, por lo que se emplea también como símbolo de la unión sexual. Esta significación está de acuerdo con la asignada al exágono como símbolo de la permanente y eternamente activa fuerza de la vida en sus múltiples metamorfosis. Vid. BLACHETTA, W., ob. cit., p. 89.

Es por ello evidente que su significado está mucho más lejos del notariado que el de las estrellas de ocho puntas.

(366) Así en el modelo de los joyeros "Villanueva y Laiseca", de Madrid, y anteriormente en los modelos números 288 y 290 de "Fundición Tipográfica Richard Gans".

(367) *Das Sinnzeichen-Buch*, ob. cit., p. 95, donde dice que en Florencia, en el siglo xv, jueces y notarios utilizaron esta estrella como sello profesional. Asimismo, reproduce un sello que dice corresponder a los notarios de Sienna en España ("aus Sienna in Spanien", pero debe tratarse de un error, y rectificarse España por Italia), y al que califica de particularmente hermoso, en que están fusionadas la estrella de ocho puntas, la araña de ocho trazos, y la corona de espinas.

a los notarios y que ya FRANCISCO ORTIZ DE SALCEDO sintetizaba en la ciencia, la conciencia y la experiencia (368). Esta trinidad de condecoraciones morales aparece igualmente mencionada por J. J. CERVINO, que, como es bien sabido, tuvo una intervención destacadísima en la organización del Notariado a través de la Ley de 1862 y sus disposiciones complementarias. CERVINO exigía que el notario estuviera adornado por el “buen entendimiento” (luces naturales), la “suficiencia” (o sea, la ilustración o ciencia) y la fidelidad y honradez (o sea, las prendas morales, o conciencia), resumiéndolas lapidariamente en “moralidad, instrucción y arraigo” (369). La simbolización de estas prendas exigidas al notario mediante la representación de las mismas en tres estrellas parece pues plausible. Que sean estrellas doradas o de oro se conecta asimismo con algún otro simbolismo tradicional en el Notariado germano-latino, ya que, como indica A. VOLKSMANN, en el acto de su toma de posesión era habitual entregar al nuevo notario un anillo de oro significando que así como el oro es el más puro de los metales así la conciencia del notario debe permanecer siempre limpia e inmaculada, y de ninguna manera, ni por favor, dádivas, amistad o enemistad pueda cometer cualquier acto inicuo (370).

c”) *La gráfila.*

Como ya hemos anticipado, se llama gráfila o corona sigilográfica a la serie de puntos o líneas continuas que bordean el campo del sello (371). Por cuanto constituye una parte natural del sello, quizás hubiera sido más correcto haberla incluido nosotros entre los elementos que aunque esenciales no vienen exigidos expresamente por las disposiciones reglamentarias. Sin embargo, el hecho de que en la práctica se utilicen sellos notariales que carecen de líneas poligonales, ha hecho que las consideremos dentro del apartado de los elementos accidentales, pero, desde luego, no sin llamar la atención sobre el carácter connatural con el sello de este su componente así como no sin subrayar el hecho de que al pres-

(368) Vid. ANDRINO, Manuel, “Ortiz de Salcedo, o el autor notarial de mayor éxito editorial en España”, en *Gazeta de los Notarios*, n.º 99, octubre-noviembre de 1998, pp. 25 y 26.

El texto en que se contienen estas tres alhajas del buen notario está en la dedicatoria “Al lector”, de su obra *Curia eclesiástica*, y es el siguiente: “En estos Oficios de Notarios, de que trato, como he dicho, es necesaria la experiencia, y ciencia; y el principio de esta es el temor de Dios: *Initium sapientiae timor Domini*, y de que proviene la buena conciencia (que sin ella qualquier oficio es peligroso, y mas el de la pluma)...”.

(369) Vid. “De los oficios de la fe pública en España”, Artículo X, en *El Faro Nacional*, 8 de septiembre de 1853, n.º 225, p. 266; y 6 de julio de 1854, número 5, p. 48.

(370) *Notariatskunst*, Francoforti, 1610, Pl. c. 5, citado por J. H. ZEDLER en su *Universal Lexikon*, artículo “Notarien”.

(371) Vid. RIESCO TERRERO, Ángel, “Introducción a la sigilogratia”, *Hidalguía*, Madrid, 1978, p. 136.

cindir de él se degrada al sello a algo próximo pero diferente como es el simple emblema, o lo que, con más o menos propiedad, se denomina actualmente logotipo (372). Emblemas o membretes desprovistos de gráfila han existido siempre en la correspondencia y escritos oficiales (así el escudo real, o el privativo del organismo público correspondiente), pero al pie del escrito, donde se stampa el sello como complemento de la firma, puede afirmarse que siempre, sin excepción alguna en los sellos oficiales, el escudo va encerrado dentro de la correspondiente gráfila. El prescindir de ella, presumiblemente en aras de un supuesto vanguardismo estético, hace que en realidad no se sellen los instrumentos, puesto que en ellos se impone solamente una marca, emblema o logotipo, que es algo diferente (373), y que sólo impropiamente se puede considerar como sello (374).

Por lo demás, como este elemento no está regulado, cabe cierta libertad en su configuración. En el modelo comercial publicado en la *Gazeta del Notariado* en 1863, las gráficas están constituidas por dos circunferencias exteriores, una en trazo más grueso que la otra, y además una tercera concéntrica con las exteriores y que forma con ellas una corona, dentro de la cual se insertan los datos personales del notario. Es posible que con esta composición se quisiera hacer una adaptación fiel al modelo de medalla que incluye “un filete blanco en el contorno”, pero en la práctica junto a este modelo, existen otros más simples, por contar solamente con una o dos circunferencias exteriores, variando bastante, por

(372) El logotipo, en sentido originario y propio, consiste en una composición “de letras, abreviatura, cifras, etc., fundidas en un solo bloque para facilitar la composición tipográfica”, según la definición de la Real Academia, en la edición del *Diccionario*, de 1984, en la que como acepción subordinada, se inserta otra consistente en “distintivo formado por letras, abreviaturas, etc., precuilar de una empresa, conmemoración, marca o producto”. Hay que entender que en el “etc.” cabe lo meramente gráfico y la composición de gráficos y lemas, por lo cual parece debería haberse suprimido la mención de las “letras” y las “abreviaturas”.

El término logotipo surgió en la actividad impresora, y fue sinónimo de *politipo* en cuanto “conjunto de dos o más letras fundidas en una pieza, para facilitar la composición manual”. Según José MARTÍNEZ DE SOUSA, se debe su idea a BARLETTI, que los creó en 1775, fracasando pronto su tentativa al surgir las máquinas de componer, por lo que “en la actualidad se fabrican muy pocos, entre ellos *fi*, *fl*, *ff*, *ll*, y algún otro”. Vid. *Diccionario de tipografía y del libro*, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1974, p. 169.

(373) Según escribe Faustino MENÉNDEZ-PIDAL DE NAVASCUÉS, “la costumbre de imponer el sello en tinta en el ángulo superior izquierdo en ciertas clases de escritos, como los oficios, junto con la costumbre del presellado, dará paso al membrete impreso, acompañado o no de figuras y emblemas, pero de tipología bien diferenciada (leyenda horizontal, carencia de gráfila) en virtud de la cual se sitúa ya fuera del concepto restringido de *sello*”. Vid. *Apuntes de Sigilografía Española*, Guadalajara, 1993, p. 144.

(374) En la definición técnica del sello se distinguen en él, como escribe A. RIESCO TERRERO, tres partes: “el tipo o representación situados en el campo, la inscripción o leyenda y la orla o gráficas”. *Introducción a la sigilografía*, ob. cit., p. 143.

otro lado, la distancia entre todas ellas, lo cual normalmente repercute en el tamaño del sello.

d") *Complementos externos.*

La falta de diferenciación precisa entre sello y escudo o emblema, ha hecho que en ocasiones (375) se añadan al sello elementos que son propios de estos últimos, como son los ornatos exteriores del emblema notarial según el diseño de la medalla, pues en ésta el óvalo se diseñó dentro de una especie de cartela, rematada por la corona real. Aunque generalmente los emblemas notariales utilizados por las instituciones notariales y los propios notarios (principalmente en las carpetas), se formaron a expensas exclusivamente de los componentes del óvalo central de la medalla, en muchas ocasiones se adoptó el conjunto íntegramente. Con la desaparición de la monarquía alfonsina pareció necesario suprimir de este conjunto la corona, que bajo el régimen político que siguió a nuestra Guerra Civil unas veces se sustituyó por la cabeza del águila del nuevo escudo nacional (376), y las más de ellas se prescindió de todo timbre (377). Y, aunque con la llegada de la democracia y la creación de un nuevo escudo nacional, parecía lo lógico la reanudación de la larga tradición apoyada en el diseño original de la medalla notarial, es lo cierto que el emblema sin la corona coexiste actualmente con el timbrado, hasta el punto de que la filigrana o marca de agua que lleva el Papel Timbrado de uso exclusivo notarial, lleva el emblema desprovisto de la corona real (378).

En la práctica se adornaron asimismo los sellos con elementos florales, mediante los que el óvalo de la gráfila quedaba inscrito en un rectángulo, cuyos ángulos eran precisamente esas ornamentaciones (379).

Por las razones que hemos expuesto al tratar de la gráfila del sello, no parece ortodoxa la adición de tales elementos externos a aquélla, ya que en aras, al menos, del mantenimiento de un concepto estricto del sello, no deben hacerse aditamentos externos a la línea envolvente de los datos personales del notario.

(375) Así ocurre en el sello del notario de Segovia Manuel F. Domínguez Rodríguez.

(376) A veces acompañada de la leyenda "UNA, GRANDE, LIBRE", como en el emblema de la publicación "NUESTRA REVISTA".

(377) "Todo adorno o pieza exterior del escudo que se coloca en la parte superior, v. gr. casco, mortero, corona, etcétera". RIESCO TERRERO, A., ob. cit., p. 145.

(378) Según la Resolución de fecha 13 de junio de 1994 (BOE 20.6.1994) de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el papel timbrado para documentos notariales ha de estar provisto "con marcas de agua, Escudo Notarial, y M. coronada, distribuidos aleatoriamente por el pliego y con fibrillas luminiscentes".

(379) Así lo hemos visto en el sello del notario de Coseio (Pontevedra), el "Lc. D. Alejandro Jack Ocampo", a principios del siglo XX.

d) *La existencia del sello notarial.*

Dentro de este apartado debe someterse a consideración el régimen aplicable a la creación del concreto sello de cada notario, así como a su sustitución y cambio, y a su destino final.

En todas estas cuestiones, y en general en las relativas al régimen sobre su existencia y uso, surgen multitud de problemas que vienen motivados en primer lugar por la parquedad de la regulación positiva, y la prácticamente inexistente jurisprudencia y doctrina (380), y además por la anómala forma en que fue admitido el sello notarial entre nosotros. Efectivamente, el hecho de que desde 1874 a 1935 el sello notarial haya sido utilizable pero con carácter meramente discrecional, y que, en conexión con ese carácter de elemento contingente, no estuviera reservado a la materialización de la autorización notarial, hizo que su existencia y utilización fuera difusa y heterogénea, y que en muchos aspectos el sello se considerara más que como un elemento público de validación complementaria, simple emblema o marca reveladora de la procedencia no ya de los escritos del notario sino también de objetos pertenecientes al mismo como libros. Esta ambigüedad y heterogeneidad era inevitable que se produjeran bajo el régimen de discrecionalidad anterior a 1935, pero el cambio impuesto por el Reglamento de ese año no se tradujo en una rectificación coherente de la anterior práctica, sino que todo continuó igual, con la diferencia de que a los elementos materiales expresivos de la autorización notarial en general, y sin distinguir las correspondientes a las matrices de las demás, hubo de añadirse un nuevo componente de solemnidad, el sello. Veamos con algún detalle cada una de las cuestiones que en la existencia del sello pueden plantearse.

1. *Creación y homologación del sello. Unidad o pluralidad.*

No existen reglas ni siquiera recomendaciones sobre la formación o adquisición del sello por cada notario (381), y lo que es más, tampoco

(380) Cabe decir que la doctrina española se ha desentendido de todo lo concerniente a la autorización notarial, considerando demasiado simples e intrascendentes los problemas que respecto de los elementos de la misma puedan plantearse. Lo entendía así Vicente SANCHO-TELLO al decir que prescindía de referirse a la autorización notarial puesto que “no ofrece ningún estudio ni advertencia especial”. *Redacción de instrumentos públicos*, Valencia, 1914, p. 36.

(381) En Francia, un Decreto de 2 de diciembre de 1852, reservó al Ministerio de Justicia la fabricación de las placas y chapas (“plaques”) de los sellos notariales, proporcionándoselas él a los notarios por mediación de sus colegios (“chambres”), que los retirarían de la fábrica nacional de moneda al precio de 80 francos, permitiendo que, pese a la imposición de uniformidad contenida en el artículo 5.º del mismo Decreto, cada notario pudiera hacer grabar

existe un registro u homologación de él por parte de las instituciones colegiales, a diferencia de lo que sucede con los elementos clásicos utilizados en la autorización notarial, es decir, el signo, firma y rúbrica, ya por un lado existe un libro en cada Colegio Notarial en el cual “los Notarios estamparán el signo, firma y rúbrica que adopten” (art. 36 RN) y por otro, al tomar posesión han de dar “conocimiento a los demás Notarios del mismo distrito del signo, firma y rúbrica que haya adoptado” (art. 39 RN). De no seguirse el sistema establecido en algunos países, como México (382), en los que el sello se recibe siempre oficialmente, parece que entre nosotros, dada, además, la diversidad en el diseño de los sellos notariales resultante de la discrecionalidad imperante en la normativa vigente, sería lógico, al menos, incluir el sello al lado de los demás componentes de la autorización notarial, tanto en el libro registro colegial como en las comunicaciones a los demás notarios (383).

Queda, además, por considerar la posibilidad de que un notario disponga de múltiples sellos idénticos y la admisibilidad reglamentaria de esta posibilidad. A diferencia de la Ley del 25 Ventoso del año XI, que obligó a todos los notarios a tener un sello (384), el Reglamento Notarial español obliga simplemente al notario a estampar “el sello oficial de su Notaría”, lo que presupone su existencia. Y aunque el Reglamento usa el término en singular, como el vocablo sello puede entenderse en un doble sentido, es decir, como el instrumento o cuño con el que se sella, y la impronta que resulta de su empleo, cabe pensar que el Reglamento se refiere a esta última, que como idéntica en los múltiples instrumentos, sería siempre única, y que no presupone la exclusión de una pluralidad de

la correspondiente y personal leyenda a los artistas de su libre elección (Circular de 5 de enero de 1853). Vid. *Dictionnaire du Notariat par les notaires et jurisconsultes rédacteurs du Journal des Notaires et des Avocats*, 4.^a édition, Paris, 1859, tomo 11, p. 694, n.º 8.

(382) Según la Ley del Notariado de 19 de diciembre de 1901, el notario deberá, antes de entrar en el ejercicio de su funciones, “proveerse a su costa, en el Archivo General de Notarías, del sello y protocolo que le corresponden, y hacer registrar el sello y su firma en dicho Archivo, en la Secretaría de Justicia, en el Registro Público de la Propiedad a que corresponda la Notaría y en la Secretaría de la Junta de Notarios” (art. 14.2). “En el caso de que se pierda o altere el sello, el Archivo General entregará otro a costa del Notario, en el cual se pondrá un signo especial que lo diferencie del anterior.— Aunque aparezca el antiguo sello, no por esto usará de él el Notario, sino que lo entregará personalmente al Archivo General de Notarías, para que allí se destruya; levantándose de esta operación una (*sic*) acta por duplicado. Un ejemplar de ella quedará depositado en dicho Archivo y el otro en poder del Notario. Lo mismo se practicará en el caso de alteración de un sello” (art. 29).

(383) En el *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, n.º 49, de mayo de 1955, p. 701, se dijo que “los órganos jerárquicos del Notariado podrán imponer el uso de determinado sello con las características que estimen necesarias estableciendo además los registros y garantías precisos para comprobar en todo caso su autenticidad y evitando cualquier simulación o falsedad”.

(384) “Chaque notaire sera tenu d’avoir un cachet ou sceau particulier...” (art. 27).

cuños en la oficina del notario, para atender así mejor a las exigencias prácticas que requieren rapidez. Sin duda la pluralidad de sellos choca con el concepto tradicional de ese instrumento, en el cual entraba como componente la unicidad como reflejo material de la misma unicidad de la autoridad de la que procedía (385); y es, por otro lado, una cuestión conectada con el carácter personal o no de la aposición del sello que luego veremos. No obstante, no parece antirreglamentario el hecho de que el notario ordene la formación de varios sellos, como de hecho así sucede en la práctica, si bien debe extremarse la cautela para tenerlos a buen recaudo, y en todo caso debe haber una coincidencia total en las improntas resultantes de todos ellos (386).

2. *Sustitución del sello.*

Dada esta exigencia de unicidad de la impronta, se impondrá la eliminación de todo sello, que a causa del deterioro producido por el uso, o por otra razón, presentara una impronta de alguna manera diferenciada. Y conectada con esta cuestión está la relativa al cambio o sustitución del sello, tanto en el orden material como en el formal.

Respecto al mero cambio material, en cuanto a su posibilidad, no parece que se plantee problema alguno, siempre que sea mantenida íntegramente la hechura de los anteriores. Lógicamente, la duración del cuño ha de ser siempre limitada, y esta misma temporalidad supone la admisibilidad de la sustitución material del sello en cuanto instrumento. Otra cosa puede ocurrir cuando se trate de introducir cambios en el diseño del sello, ora sea con motivo de la sustitución del sello roto o desgastado, ora sea sin otra causa determinante que no sea el simple gusto o conveniencias de otro orden que pueden afectar a cualquiera de los aspectos gráficos o materiales que hemos dejado mencionados. Ciertamente el sello no está homologado, y que no existe ninguna norma que limite o impida realizar modificaciones, pero ocurre que el Reglamento parece presuponer la continuidad e identidad del sello del notario, al menos respecto de cada una de las notarías que éste sirva, puesto que su precepto básico en esta materia, es decir, el artículo 196, habla del “sello oficial de su Notaría”, y este carácter de ser oficial parece demandar una identidad inmu-

(385) Sin embargo, Otto POSSE señala, citando a PHILIPPI, que debió ser frecuente la duplicidad de sellos de los altos dignatarios eclesiásticos, para poder llevar uno consigo cuando viajaban o seguían a la corte, y dejar otro en poder de su vicario o sustituto. *Vid. Die Lhere...*, p. 151.

(386) Contrariamente, el *Boletín del Colegio Notarial de Granada* (“El sello del Notario”, n.º 49, mayo 1955, p. 701), afirmó que “el sello debe ser *único*. Es decir: el Notario no puede ni debe tener dos o más sellos con carácter oficial”.

table, o cuando menos, unos ciertos requisitos o presupuestos para realizar los cambios. Por las mismas razones que una entidad pública, desde el Estado hacia abajo sin ningún listón inferior, no puede variar ni la composición ni siquiera el diseño de sus escudos, emblemas o logotipos sin un acuerdo, decisión y publicidad adecuados, tampoco parece admisible la modificación del diseño del sello oficial de una notaría sin formalidad alguna. Esto lo podrán hacer los particulares y entre ellos los simples profesionales, pero no los funcionarios públicos de ninguna especie, y por tanto, tampoco los funcionarios entreverados de profesionales como lo son los notarios. El carácter híbrido o complejo de la figura del notario, proclamado por el artículo 1.º del Reglamento Notarial, tiene muchas más manifestaciones que las concernientes a su retribución y a la organización material y personal de su actividad, de forma que prácticamente en todas las vertientes de su actuación debe contemplarse la concurrencia de ambos aspectos. Por ello, el simple cambio de su modelo de sello no puede considerarse concorde con la naturaleza del Notariado español. Cuáles hayan de ser las formalidades o requisitos para que el cambio de sello pueda considerarse acorde con la naturaleza del notario, puede ser problemático y discutible, pero en todo caso, parece que respecto del nuevo sello deben cumplirse al menos los requisitos señalados por el Reglamento con motivo de su creación, es decir, de la toma de posesión del notario, que, como hemos visto, se limita a ordenar la comunicación a los demás notarios del distrito (art. 39) y por supuesto al Colegio Notarial correspondiente. Esto sería el requisito mínimo, que parece debe complementarse de otra manera; y dado que exigir una publicidad en los medios informativos generales puede parecer excesivo, sí puede considerarse al menos como aconsejable que el notario protocolice un acta en la que se declare formal y solemnemente el cambio producido, y quede así constancia fehaciente de ello y sobre todo de la fecha a partir de la cual un sello haya sido sustituido por otro (387). Todo lo cual enlaza con la práctica histórica, seguida por razones de seguridad, en los países y épocas del apogeo del valor autenticador del sello, cuando se sustituía un sello por otro, o bien en caso de extravío (388).

(387) En el *Boletín del Colegio Notarial de Granada* ("El sello del Notario", n.º 49, mayo 1955, p. 701), se sostuvo que el notario "puede cambiarlo cuando guste, pero debe ser destruido el sello sustituido a fin de que no pueda utilizarse".

(388) En estos casos, según detalladamente expone Otto POSSE, se otorgaba un documento anunciador, en presencia de testigos, en el cual se incluía la reproducción del sello viejo y del nuevo. En el caso de pérdida, verdadera o fingida, se declaraban totalmente ineficaces los documentos que a partir de la fecha indicada no estuvieran provistos del nuevo sello. Entre los ejemplos que cita, como de pérdida fingida, incluye un caso relativo al rey Ricardo de Inglaterra, que según el relato de Matth. Paris *facit rex fraude, de consilio iniquorum; finxit se amisit sigillum et fecit aliud fabricari et ubique acclamari, quod perditio sigillo suo novum fece-*

3. Casación o inutilización del sello.

Las cuestiones concernientes a la extinción de la virtualidad autenticadora del sello presentan muchos aspectos relevantes. Respecto de ellas pueden servir de orientación las normas y prácticas que estuvieron en vigor respecto de los sellos oficiales en los momentos en que a éstos les fue atribuido su más alto valor autenticante y solemnizador. La idea básica de la que hay que partir es la relativa a la vinculación del sello a la persona de su poseedor, pues no en vano ya BALDO señaló que era el sello *imago substantiae hominis* (389), y de ahí la práctica imperante, en caso de fallecimiento, de enterrar el sello con los restos mortales de su poseedor (390), y en los casos de cese en el cargo, su depósito, destrucción o al menos su inutilización (391), lo que en ocasiones se hacía en acto solemne del que se dejaba constancia documental (392).

En la legislación española no existe precepto alguno y tampoco se conocen opiniones doctrinales sobre la cuestión de la casación, destrucción, inutilización o depósito del sello al cesar el notario en una notaría por cualquier causa, quedando la cuestión en consecuencia sometida a la prudencia de los notarios o de sus allegados, que si bien encuentra soluciones adecuadas en la mayoría de los casos, tiene sus excepciones, hasta el punto de que, lamentablemente, a veces se puedan ver cuños de notarios ya fallecidos ofrecidos a la venta en mercadillos de ocasión (393). Por ello,

rat, et quicumque vellet prius consessa perpetuare, ad novum sigillum veniret et data pecunia ea faceret roborari, sin autem, pro nulla carta haberetur. Vid. Die Lehre von den Privaturkunden, Leipzig, 1887, pp. 155 y siguientes.

(389) *Vid. CARNELUTTI, F., "Studi sulla sottoscrizione", en Studi di Diritto Processuale, vol. 3.º, Padova, 1939, p. 258.*

(390) Se refiere a esta costumbre, común a toda Europa, de hacer acompañar en los enterramientos el sello del difunto, "al menos los de valor material más reducido", GONZAGA DE LANCASTRE E TÁVORA, Luis, en su obra *O Estudo da Sigilografia Medieval Portuguesa*, Lisboa, 1983, p. 30.

(391) Sobre todo esto, puede verse la amplia exposición de O. POSSE, en la obra citada *Die Lehre von den Privaturkunden*. Gracias a esta costumbre del enterramiento, se han podido recuperar muchos sellos perfectamente conservados, como el del Margrave Otto de Meissen hallado en Halle a finales del siglo XVIII. En el caso de destrucción, se otorgaba y publicaba un documento donde se hacía constar la destrucción o su inutilización mediante taladros y rayaduras. También se han encontrado en los enterramientos algunos sellos inutilizados por este procedimiento. *Vid. ob. cit., pp. 152 y siguientes.*

(392) En un documento alemán de diciembre de 1437 se relata cómo se hizo inutilizar y destruir un sello por el orfebre llamado al efecto, públicamente según se tenía por costumbre hacer tras la muerte de los príncipes ("und liess die alle in unsern und mannigliche gegenwertigkeit offentlich durch einen goldschmid zürschlahen, zubrechen und vernichten, alss dann nach solcher fürsten todte gewohnheit ist..."). *Vid. POSSE, O., ob. cit., pp. 147-8).*

(393) Históricamente, y con referencia a escribanías señoriales en las que el escribano era simplemente regente de las mismas, se conocen casos en los que el escribano retuvo algún sello, y le fue reclamado, con la conminación de ser castigado por la retención y ocultación del

quizás debería imponerse reglamentariamente la solución propuesta por RUTTGEERT en el siglo XIX, consistente en la entrega obligatoria del sello a los respectivos colegios notariales (“a la chambre de discipline”), como medio más idóneo para poder esclarecer los casos de eventuales fraudes o imitaciones, considerando a esta opción como preferible a la de la destrucción “que ciertos reglamentos han prescrito” (394).

e) *La utilización del sello notarial.*

En este apartado se pueden incluir todas las cuestiones relativas a la aplicación o imposición del sello, y entre ellas, como más importantes, las concernientes al carácter institucional o personal del sello notarial (sello de la notaría o sello del notario), al agente material del sellado de los documentos notariales, a la necesidad de mencionar su existencia, y al tiempo y lugar de la imposición del sello.

1. *Carácter institucional o personal del sello.*

Mientras unos artículos reglamentarios hablan del sello de la notaría (arts. 196 y 264), en otra ocasión el Reglamento Notarial se refiere al “sello del Notario” (art. 241), o, con relación al notario, habla de “su sello” (art. 175). Teniendo en cuenta el carácter preferentemente personal y profesional de la actividad notarial, no parece, sin embargo, que pueda existir algo en la actividad notarial que no sea de carácter esencialmente

sello, y de los posibles fraudes que hubiera cometido. “El comte-rei Don Martí, en 14 de juny de 1400, se diregeix a Ramón Çagarriga, Governador de Roselló i Cerdanya i li prevé, que per tal com en P. Roure, notario, el qual regentava l'escrivanía de dita Governació, ha tingut amagat, vers sí, un segell d'argent ab sa cadena', de dita escrivanía, i havent-se-li demanat diverses vegades, si'n tenia cap més part dels dos que havia restituit àb lo qual segell que ha tengut amagat pot haver comeses moltes frauds', li encomana que'l forsi a retornar-lo an Antoni Deus-lofeu, ara regent la dita escrivanía, i el castigui per la retenció i amagament del dit segell, i de la frau, si alguna aurà comesa amb ell”. FERRÁN DE SAGARRA, *Sigillografia catalana*, Barcelona, 1916, vol. I, p. 39.

(394) *Vid. Pandectes Belges*, par PICARD, Edmond, artículo “Notaire, Notariat”, Bruxelles, 1901, n.º 497, tomo 68, c. 629. En el mismo texto se dice que, según MATON (Dict. t. V, p. 92, n.º 8), las cámaras de disciplina deben velar para que, conforme a las tradiciones, les sean remitidos los sellos al cesar todo notario en su cargo, pues el sello podría ayudar, en otro caso, a la preparación de un documento falso.

Los reglamentos aludidos eran los correspondientes a los notarios de París, de 15 de octubre y de 27 de abril de 1847, que disponían, por un lado, que todo notario dimisionario debería entregar, dentro de los ocho días siguientes al juramento de su sucesor, el sello que hubiera utilizado en su tiempo de ejercicio, poniéndolo en poder del secretario, bajo recibo (art. 65, 1). Y en caso de fallecimiento, que su sello notarial debería ser retirado por los síndicos “au moment de l'apposition des scellés sur les minutes”. *Vid. Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, p. 696, números 21 y 22.

personal. La notaría, como objetividad, no pasa de ser una referencia a la demarcación (arts. 4.º y 72 del RN) y al archivo (arts. 38 LN y 292 del RN), incluido en él el protocolo, vinculada a tal determinación demarcativa. Todo lo demás es simple metáfora del notario, y por ello, la notaría es la versión objetiva de un notario determinado (395), a diferencia de lo que ocurre con el ejercicio de la fe pública por los agentes diplomáticos, donde el cónsul o el diplomático es mero servidor de una Agencia determinada, y, en consecuencia, el sello debe ser el de ésta, como así lo dispone el artículo 13 del Anexo III al Reglamento Notarial (396). Por ello, el sello ha de ser siempre personal, a pesar de la tradición que hace preceder el nombre y apellidos del notario de la expresión objetiva “Notaría de...”, según hemos visto en el lugar correspondiente, en relación con el artículo 66 del Reglamento, que, como también ya se ha advertido, en la reforma de 1935 sustituyó precisamente la expresión “Notaría de D...”, por la mención “nombre y apellido del Notario”. Por eso mismo, puede considerarse viciosa la práctica bastante generalizada de indicar en las copias que la matriz está “sellada con el de la Notaría”, siendo más correcto que se indique simplemente que está sellada, o que lo está con el sello del autorizante.

Lo que ocurre es que la aplicación estricta del carácter personal del sello plantea problemas en el caso de las sustituciones, ya que el notario que autoriza un instrumento por sustitución signa, firma y rubrica, pero no impone su sello pues el que se utiliza es el del notario sustituido. Esta es la práctica dada por buena siempre y en todas partes, pese a que no exista norma alguna reglamentaria al respecto, al contrario de lo que ocurre en el caso de los registradores de la propiedad, respecto de los cuales, sin duda por su carácter mucho más institucional, y como también hemos ya visto, hasta fechas muy recientes, se reconoció exclusivamente la existencia del sello de cada Registro de la Propiedad (Circular de 1862 y art. 358 del Reglamento Hipotecario en la redacción anterior a la reforma de 1982), y que la Resolución de 24 de septiembre de 1987 prevea que en el caso de actuación de un registrador “en calidad de accidental

(395) Recientemente, la Dirección General del Catastro, por Orden de 23 de junio de 1999, basada en la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, ha asignado a cada notaría un código independiente del personal del notario, y que se mantendrá para siempre, o sea independientemente de quién sea su titular. Se trata de un código local conforme a la circunscripción territorial que el propio Catastro determina.

(396) “Los Agentes diplomáticos y consulares autorizarán los instrumentos públicos con el sello de la respectiva Agencia, y firmándolos y rubricándolos”. Obsérvese, por otro lado, cómo en este caso, no sólo no existe el signo, sino que el sello se menciona como el primer elemento de la autorización. El artículo 19 del mismo Anexo III, habla, sin embargo, de “su firma y sello” respecto a las copias que los agentes han de remitir al Ministerio en cuanto a testamentos autorizados por ellos.

o interino se utilizará el sello del Registro sin nombres y apellidos". Esta solución, sin embargo, no resulta aplicable a los notarios, por la razón indicada de su esencial carácter personal, no pudiendo por tanto darse otra que la impuesta por la costumbre, o la utilización del sello del autorizante, que, aunque excluida por la práctica, sería perfectamente admisible, y desde luego está en perfecta consonancia con el artículo 196, que ordena que al lado del signo estampará el notario "el sello oficial de su Notaría", no el de la notaría del sustituido (397). De todas formas, la exigencia de la imposición del sello del autorizante en los casos de sustituciones plantearía numerosos problemas prácticos, dado que en muchas ocasiones la sustitución se hace fuera del estudio del notario autorizante.

2. Agente.

La cuestión relativa al sujeto activo de la acción de estampar el sello en el instrumento notarial (*obsignatio*), debe encuadrarse en otra más amplia cual es la del carácter personal de las actividades conducentes a la elaboración y autorización del instrumento público. Es ésta una cuestión que en épocas remotas se planteó exclusivamente respecto a la necesidad o no de total autografía del documento notarial (398), y que en la actualidad no sólo no está regulada explícitamente por la normativa vigente, sino que tampoco ha merecido la atención de la doctrina, pese a

(397) Parece que Alfredo GARCÍA-BERNARDO LANDETA considera obligada la utilización del sello del autorizante cuando escribe que está la "autorización, en sentido estricto, integrada por el signo, la firma y rúbrica del Notario, y el sello de su Notaría, no de la Notaría". *Técnica jurídica y práctica notarial*, s.l., 1964, p. 353.

Ya antes, en el *Boletín del Colegio Notarial de Granada* ("El sello del Notario", n.º 49, mayo 1955, p. 701), se sostuvo que "el sello será utilizado por el Notario autorizante. Si éste actuara en sustitución la práctica toma varios caminos, aunque suele usarse el del Notario sustituido y no el del sustituto. Creemos, sin embargo, que siendo uno de los datos visibles de la autorización y autenticidad debería emplearse siempre el del Notario autorizante y no el del Notario sustituido".

(398) Desde una posición remota, que hacía del notario el amanuense material de sus escrituras, y que está presente en las Partidas (3.19.5), se pasó a otra en la que exclusivamente se exigió la autografía para los términos de la autorización estricta, y aún hubo sistemas en que se admitió la firma mediante estampilla, situación a la que puso término la legislación española de 1862, exigiendo la autorización "de propia letra" (art. 69 del Reglamento de 1862), y prohibiendo la concesión de autorizaciones "para signar ni firmar con estampilla", si bien admitió que "los que en la actualidad lo verifiquen por ley o por costumbre autorizada podrán continuar haciéndolo mientras desempeñen su actual cargo" (art. 70 del mismo Reglamento). De estos preceptos se deduce, pues, claramente que la estampilla no sólo servía para signar, como suponía GONZALO DE LAS CASAS, sino también para firmar. Respecto de la opinión de GONZALO DE LAS CASAS, véase su *Tratado completo filosófico-legal, filosófico-práctico de instrumentos públicos*, tomo I, Madrid, 1870, p. 72, donde dice que con tal costumbre del Notariado antiguo, y especialmente del de Aragón, se "venía a refundir en uno el sistema español y el extranjero, es decir, que era un sello en que estaba grabado el signo elegido por el Notario".

su grandísima importancia, ya que cualquier desvío del carácter necesariamente personal del acto, implicaría cuando menos una responsabilidad disciplinaria, de la que hay eco en el artículo 349 del Reglamento Notarial, que considera como falta grave “el ejercicio no personal de la profesión” (399). El problema está precisamente en saber qué parte de la actividad que concurre en la creación del documento notarial ha de ser necesariamente personal, y cuál no, ya que el mismo es un resultado muy complejo, en el que pueden distinguirse dos grandes grupos de actos: uno, el de los referentes a la actuación cuasi sacramental del notario en cuanto fedatario, y que comprenderá no sólo todo lo concerniente a la autorización en sentido estricto (lectura, recepción de la conformidad, signo, firma y rúbrica), sino todos los actos de percepción sensorial (identificaciones, narraciones, descripciones, etc.) o de enjuiciamiento (capacidad, legalidad, apreciación de interés legítimo, o de circunstancias de excepcionalidad o urgencia) que sean presupuesto de la redacción del instrumento público. Y otro, que hace referencia a actos materiales e intelectuales precisos para la creación del instrumento, en cuanto cosa corporal. Si no hay duda en cuanto al carácter exclusivamente personal del primer grupo de actos, en el que no cabe delegación o sustitución alguna por parte de los colaboradores del notario, sí puede haberlas respecto del segundo grupo, dada la falta de criterios positivos, e incluso la contraposición de una práctica pacífica e indeclinable y la dicción de la mayor parte de los preceptos legales y reglamentarios, que raramente usan formas impersonales u objetivas (400), sino que generalmente evocan siempre al notario como sujeto, aun en operaciones que no parecen deban ser estrictamente personales, como las de reseña (art. 154), inserción (art. 166),

(399) No es fácil la comprensión de esta norma, ya que si se entiende referida a la actividad nuclear propia de la función de autorización, es decir, a los supuestos en que el notario no leyera ni presenciara los otorgamientos, o no signara, firmara o rubricara personalmente los instrumentos, la falta no podría ser calificada simplemente como grave, ya que incluso se produciría una responsabilidad de naturaleza penal. Y si se refiere a actividades materiales (extensión, y hasta redacción de los instrumentos) no parece estar justificada la consideración como falta ni grave ni leve. En realidad, la frontera entre lo personalísimo y lo que no tiene este carácter es difícil de determinar, y mucho más difícil aplicar sanciones por transgresión del límite.

(400) Así el artículo 174 del RN dice que “se pondrá nota expresiva, y el artículo 178 que “se hará constar por medio de nota”, o el artículo 241 que dice que las “copias y testimonios deberán extenderse...”. También el artículo 273 habla de que “se abrirá el protocolo, extendiendo una nota...”, aunque luego dice que “una nota análoga pondrá el nuevo Notario...”, y el artículo 275 dice que “las notas de apertura y cierre del protocolo se pondrán...”, y que el pliego “no se foliará”. Y asimismo en el artículo 274 se emplea la expresión “se encuadernarán”.

También parece dar el Reglamento un margen a actuaciones no personales, cuando en el artículo 282 dispone que “el Notario buscará *personalmente* la escritura señalada”.

descripción (art. 170), solicitud (art. 175.1), extensión de notas accesorias (art. 244), foliación (art. 154), e incluso redacción, y que, si no se quiere provocar un distanciamiento respecto de la práctica, mejor estarían redactadas con un sentido impersonal u objetivo (es decir, se extenderá nota, se describirá, se insertará, se reseñará, se solicitará; o habrá de describirse, etc., etc.), con lo cual se justificaría que tales operaciones pudieran materialmente realizarse por los colaboradores del notario, naturalmente que bajo su dirección y conforme a sus instrucciones, según se disponía en la normativa reguladora de los empleados de notaría (401).

Pues bien, ¿en cuál de los grupos indicados debe entenderse comprendida la operación consistente en la estampación del sello del notario? ¿Ha de hacerse personalmente por el notario, o basta que él haga sellar los documentos por medio de sus colaboradores? El artículo 196 del Reglamento Notarial dice literalmente que el notario “deberá estampar al lado del signo el sello oficial de su Notaría”; y también el artículo 241 RN dispone que el notario “impondrá” la rúbrica y el sello en las hojas anteriores de las copias. Y la mención del sello, como elemento de la autorización, junto al signo, firma y rúbrica, pudiera llevar a la misma conclusión.

Sin embargo, respecto del sello debe tenerse en cuenta la tradición histórica relativa al acto de su estampación aun en los sistemas en que se concentraba en el mismo la máxima eficacia autenticadora, en los cuales, aun siendo a veces la ceremonia del sellado un acto sumamente solemne, para la que se convocaban testigos especialmente cualificados (402), sin embargo, esta acción no se realizaba personalmente por el titular o poseedor del sello, sino por otra persona, precisamente encargada de la custodia y la utilización del sello, llamada sellador. Ya desde los más antiguos diplomas se establece la contraposición entre la firma, realizada personalmente por el rey, y la aposición del sello (simplemente ordenada

(401) El Decreto de 14 de julio de 1950, aprobatorio del Reglamento de Organización y Régimen de Trabajo de los Empleados de Notaría, entendía que “se considerará oficial primero el empleado con conocimientos técnicos y prácticos suficientes para extender documentos bajo la dirección del Notario y atender, con arreglo a las órdenes del mismo, el despacho normal de la Notaría” (art. 6.º).

(402) Vid. REDLICH, Oswald, *Die Privaturkunden des Mittelalters*, München und Berlin, 1911, p. 120, donde señala cómo determinados ordenamientos como el llamado Oberbayerische Landrecht de 1346, exigían para la eficacia del sello que al acto de su aposición concurrieran al menos dos testigos especialmente rogados, cuyos nombres era preciso mencionar en el mismo documento, así como la indicación de que habían presenciado el acto. Por ello, numerosos documentos del territorio bávaro-austriaco mencionan a estos testigos “*der bete um das insigel*”. Hay que aclarar, por lo demás, que REDLICH valora esta presencia de los testigos en el acto de la sellatura, como un momento transitorio dentro de la trayectoria evolutiva que desplazó la fuerza probatoria del documento desde los testigos al sello.

por él) (403). Y esto es considerado en la actualidad con naturalidad entre nosotros, puesto que, según ha señalado SASTRE Y ARRIBAS, los solemnes tratados internacionales son sellados en lugar y momento diferentes a los de la firma (404). Si tenemos en cuenta estas razones, y miramos además a la tradición general, ha de concluirse que la estampación del sello es un acto que el notario ha de cuidar se haga, pero que no entra, con la misma categoría que el signo, firma y rúbrica, dentro del grupo de las operaciones estrictamente personales. Por ello, sería deseable la corrección de los términos en que están redactados los artículos 196 y 241, sustituyendo la construcción personal y activa por la impersonal de “se deberá estampar” o “se impondrá”.

3. *Tiempo.*

Si se considera que el sello forma parte de los elementos gráficos integrantes del acto de autorización de un instrumento público, habría que concluir que la imposición del mismo debería tener lugar simultáneamente a la extensión del signo, firma y rúbrica del notario. Ya hemos aludido, sin embargo, a la práctica habitual respecto a la imposición del sello oficial en otros ámbitos como el de los tratados internacionales, y a las dificultades que la imposición simultánea tendría en las actuaciones realizadas por el notario fuera de su estudio. De ahí que, de acuerdo con una práctica universal, deba concluirse que, si bien el sello constituye un componente necesario para la formación del instrumento público, no es obligada su imposición a presencia de los otorgantes, y que es suficiente con que el documento sea sellado con anterioridad a la expedición de la copia, constituyendo así junto con la numeración y la foliación, una actividad reservada al notario, y generalmente realizada como complemento obligado de todo otorgamiento.

4. *Lugar de aposición.*

Respecto a la cuestión del lugar preciso en el cual, dentro del instrumento público, deba estamparse el sello notarial, está resuelto por el

(403) He aquí alguna de las fórmulas utilizadas: *manu propria subtus eam firmavimus et anulo nostro insigniri iussimus; sigillari fecimus manuque propria firmavimus; carta inde conscriptam nostroque sigillo signatam manu propria corroboravimus*. Vid. FICKER, Julius, *Beiträge zur Urkundenlehre*, Neudruck der Ausgabe Innsbruck 1878, Scientia Verlag Aalen, 1966, p. 61.

(404) “En cuanto a la ceremonia de sellar, momento tradicionalmente importante, no parece que en España se le dé una excesiva relevancia. Sirva de ejemplo lo dicho antes respecto a los Tratados Internacionales (que a veces se sellan en ocasión distinta a la firma), lo que también contrasta con otros países”. SASTRE Y ARRIBAS, María José, “Actualidad del sello en España”, en *Actas del primer coloquio de sigilografía*, Madrid, 1990, p. 43.

Reglamento Notarial cuando el sello sea complementario del signo, firma y rúbrica, puesto que el artículo 196 dispone sea estampado “al lado del signo” (405). Bastará, pues, la proximidad con el signo para cumplir la disposición reglamentaria, pudiendo, en consecuencia, estamparse a la derecha, a la izquierda, debajo o por encima del mismo signo, si bien cabe decir que ha existido una cierta tradición de situar al sello a la izquierda de la firma, según fue ya previsto en el dictamen del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley del Notariado de 1847 (406), y se correspondía con la práctica europea respecto al signo (407). Falta, por el contrario, toda indicación del lugar en que, en los folios anteriores al de la firma, debe estamparse el sello en las copias autorizadas (art. 241), como en las simples y en las solicitudes de información al Registro de la Propiedad en virtud del artículo 175 del Reglamento. En cuanto a los folios precedentes al de la autorización de las copias, en los primeros tiempos de la utilización del sello hubo una clara tendencia a estamparlo como elemento complementario de los sellos (el grabado y el estampado en seco) propios del papel timbrado (408). Actualmente, la práctica general consiste en estamparlo junto a la rúbrica, precisamente en el margen izquierdo de la planta primera de cada folio (409). Y en cuanto a las copias simples y las solicitudes de información registrales lo habitual es imponer el sello al pie de la copia o del escrito de solicitud.

(405) La particular historia que el sello notarial tuvo en Francia, al haber sido introducido merced a una autorización para que el sellado real que había de realizarse en todos los documentos públicos conforme a un edicto de 1627, pudiera realizarse por los mismos notarios (Edicto de noviembre de 1696), esta particular historia decimos dio lugar a considerar que el sello impuesto por el notario representaba una segunda autorización general, que equivalía a una especie de legalización. Por ello, se consideraba que “l'apposition du sceau a toujours été faite à la partie de la marge correspondante à la signature du notaire. Cela devait être, dit M. Loret... car nous avons vu que l'sceau d'État sur un acte était l'attestation et, en quelque façon, la signature du souverain...; il faut donc que cette attestation, cette spèce de signature gouverne tout l'acte, de même que le fait la signature réelle et effective de l'officier public qui délivre la copie. Ces deux attestations doivent donc se correspondre, et être en face l'une de l'autre”. Vid. *Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, p. 695, n.º 15; y CLERC, Edouard, *Mmanuel théorique et pratique... du Notariat*, Paris, 1858, tomo II, p. 127, n.º 945.

(406) Artículo 28. “Los Notarios usarán de un sello particular uniforme en todo el reino, con las armas reales y su nombre y apellido, oficio y pueblo de su vecindad y lo estamparán a la izquierda de su firma”. Vid. *El Restaurador del Notariado*, p. 12.

(407) Así August MEYER, que respecto de los países de habla alemana indica que el signo fue puesto junto y a la izquierda de la firma del notario”. Vid. *Die Notariatsordnungen von 1512 und 1871 als Beiträge zur Rechtsicherheit*, Salzburg, 1971, p. 19, nota 7.

(408) Asimismo, antes de la generalización de las carpetas impresas o grabadas, solía imponerse el sello notarial en la parte superior del pliego que servía de carpeta y en el que se hacía una especie de traslación ampliada del membrete de la escritura.

(409) Según el *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, el sello deberá ser estampado “en sitio adecuado y visible”. Vid. n.º 49, de mayo de 1955, p. 701.

5. *Mención documental.*

No hay ningún precepto que imponga la necesidad de mencionar en los instrumentos notariales el hecho de haber sido los mismos sellados, como tampoco lo hay respecto al signo, firma y rúbrica, ya que la Ley se refiere al hecho y no a su mención documental (art. 27,3.º) y ni siquiera respecto a la legalización alude el Reglamento Notarial al reconocimiento y declaración de que el documento legalizado lleve el sello del autorizante (410). La mención de haberse sellado, signado, firmado y rubricado un documento, tiene fundamentalmente un valor de solemnidad por cuanto esa manifestación puede subrayar, destacándolo, el especial rango formal de un escrito. De ahí que también se incluyan menciones a la firma y rúbrica en los documentos privados cuando se desea reunir toda clase de componentes retóricos (411), y lo mismo ocurre en las resoluciones judiciales, ya que para las más solemnes, es decir, las sentencias, se ha impuesto en la práctica la fórmula de concluir el fallo con la frase “así por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos” (412), a diferencia de lo que se estilaba para las providencias y los autos, en que no se hace tal mención (413).

En lo referente al signo, firma y rúbrica notariales, aunque no sea con carácter general, sí ha sido y es frecuente la mención de los mismos, lo que sin duda ha sido determinado por una tradición secular imperante en diplomática respecto del sello. Efectivamente, el sello alcanzó su máximo esplendor como componente de la solemnidad del documento en que se insertaba, en cuanto expresión mística o signo expresivo de la autenticidad del documento y de la autoridad de su creador. Pero esta expresividad derivada del simple hecho de la existencia del sello, aunque no lo precisaba tampoco excluía un complemento, a mayores, de carácter literario, consistente en la mención en el propio documento de la existencia

(410) Artículo 266, párrafo segundo: “Para la legalización se empleará la siguiente fórmula: «Los infrascritos, Notarios del Colegio de... distrito notarial de... legalizamos el signo, firma y rúbrica que anteceden del Notario don...»”.

(411) Sirva como ejemplo la transcripción de las instrucciones dadas por un personaje de Cela respecto de sus últimas voluntades: “... y desde ahora mando por este papel que fecho, firmo y rubrico...”. *Vid. Madera de Boj*, Madrid, 1999, p. 52.

(412) Como indica Jaime GUASP, “no existe una fórmula legal para esta materia (requisitos formales del fallo), aunque la práctica sí la ha introducido”, transcribiendo precisamente la reseñada en el texto. *Vid. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, tomo I, p. 1032.

(413) En éstos, el secretario, cuando no se trata de providencias propuestas por él mismo en que, naturalmente, falta tal mención, y como relato en tercera persona, dice: “Lo mandó y firmó el Sr. Juez”, o “Lo mandaron y firman los señores que al margen se expresan”, o “Lo mandaron los señores que al margen se expresan y rubrica el Sr. Presidente”.

del sello, y de ahí que prácticamente en todos los casos se hiciera la manifestación o anuncio del sello (“Siegelankündigung”), es decir, se dijera en los documentos estar o darse sellados “con mi sello real”, “con mi sello de plomo”, “con nuestros sellos colgados de cera”, “con nuestro Sello Real común” (414), etc. Esta práctica influyó sin duda en el caso del signo notarial, y de ahí que las Partidas incluyeran entre las menciones que el escribano autorizante debía hacer en la carta por él autorizada la de venir signadas con signo propio (415), lo cual se llevó a la práctica medieval (416) y con muchas variantes se mantuvo tanto con anterioridad a la Ley del Notariado (417), como después de ella (418).

(414) Esta era la fórmula utilizada, respecto de “nuestros Reynos de la Corona de Aragon”, para solemnizar la concesión de “licencia, permiso y facultad” para imprimir libros: “En testimonio de lo qual mandamos despachar las presentes con nuestro sello Real común en el dorso selladas”. Así, en la concedida el 9 de agosto de 1613, para la primera edición de las *Novelas ejemplares*, de CERVANTES. En la misma obra puede verse la fórmula utilizada para los Reinos de Castilla, en la que falta la mención del sello real.

(415) En este cuerpo legal, y naturalmente respecto del sistema de carta propio de él, se incluía en sus fórmulas de autorización notarial la mención de haber puesto el escribano en la carta pública su signo y haber escrito su nombre (“Yo Fulano, Escriuano publico de tal lugar, estaua delante, quando los que son escritos en esta carta, fizieron el pleyto... e por ruego, e por mandado dellos escriui esta carta publica, e puse en ella mio signo e escriui mi nome...” (P. 3.18.54, y en términos semejantes en P. 3.18.56).

(416) En un testimonio autorizado por el notario de Jerez de la Frontera, Alonso Jiménez, el 20 de febrero de 1382 se dice: “E yo, Alonso Ximenez, escriuano publico de Xerez de la Frontera, fyz escriuir este treslado de la dicha carta onde fue sacado e conçertelo con ella e mio signo e (¿í?) fyz e so testigo”. Vid. ROJAS VACA, María Dolores, *Un registro notarial de Jerez de la Frontera (Lope Martínez, 1392)*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1999, p. 30.

(417) Puede decirse que, de acuerdo con el criterio señalado en las Partidas se generalizó la fórmula mediante la cual el escribano daba fe o autorizaba la escritura diciendo poner su signo habitual (*signum consuetum*), o “signo atal”, según la expresión castiza (“fice escribir esta carta e puse en ella mi signo atal—aquí se estampaba el signo— en testimonio de verdad”). Esta fórmula fue en Cataluña progresivamente simplificándose, hasta quedar reducida a la palabra “*SIGNO*”, entre cuyas dos sílabas se estampaba el mismo signo, y este estilo o fórmula aún fue utilizada en el siglo XIX por notarios tratadistas como Félix María FALGUERA (vid. por ejemplo su fórmula para autorizar el “traslado de una copia auténtica”: “Sig + no de mi F.N. Escribano Notario público Real Colegiado de número de Barcelona que requerido hice escribir el antecedente traslado...”. “Formulario de Notaría”, Barcelona, 1836, p. 229). En los formularios latinos se utilizaba la expresión *obsignavi*, o bien se decía ... *calamo proprio, sun sigillo t. hic me subscrivo die t. et quo utor depingo sig+num* (Así MORELLÓ, J., ob. luego cit. II, 371).

Aparte de ello, fueron numerosos los formularios en los que, con muchas variantes desde luego (“los signo y firmo de lo que acostumbro”; “doy, signo y firmo el presente”; “y lo signo y firmo”) se hacía mención del signo y de la firma tanto en las obras impresas como en la práctica cotidiana, especialmente en la autorización de copias y testimonios, ya que en las matrices, al extenderse en un libro previamente cosido, la mención de llevar el signo y firma quedaba reservada para la nota de cierre y a veces para la de apertura (vid. la *Cartilla Real*, de Don Diego BUSTOSO Y LISARES, “Protocolo de las escrituras públicas, que doy fe han passado ante mí Fulano, &c en este año de tal; y por ser assí lo *signo*, y firmo en, &c.”. Vid. impresión

Mucho menos habitual ha sido en la práctica notarial la mención del sello impuesto en el documento autorizado, si bien hay que decir que al introducirse el sello para legalizaciones de los colegios y cabildos nota-

de Madrid, 1757, tomo I, p. 45).— Respecto de los formularios impresos es de destacar especialmente la obra de Francisco ORTIZ DE SALCEDO, cuya primera edición es de 1610, y que ofrece como fórmula de “suscripción general en Romance para cualquier cosa, la siguiente: “E yo N. Notario Público Apostolico, por autoridad Apostolica, y Ordinaria, vecino de tal parte, presente fui a lo que dicho es, que de mí se hace mención, y lo escribí, è hice escribir, y en fé de ello lo signé, è firmé.&c.”. (*Curia ecclesiastica*, ed. de Madrid, 1766, p. 393). También utiliza la expresión “lo signé” o “lo signé y firmé”, Pedro MELGAREJO (*Compendio de contratos públicos*, ed. de Madrid, 1742, pp. 188 y 236). Juan Manuel LÓPEZ FANDO (*Protuario de testamentos y contratos*, Madrid, 1799, II, 314) respecto del testimonio o traslado incluía en su fórmula la indicación de “Yo N. Escribano &c. lo signo y firmo”; también Santiago DE ALVARADO Y DE LA PEÑA (*Cartilla Real Novísima*, Madrid, 1830, pp. 78 y 79) respecto de los testimonios para el pago de la alcabala, y Juan Ignacio MORENO (*Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, Madrid, 1847, pp. 174 y 175), respecto a las copias y testimonios, emplearon esta fórmula de “signo y firmo”. Y, con carácter general, el catalán Jayme Morelló, ofreció la siguiente cláusula para la “clausura de un instrumento segun uso de los Reynos de Castilla, Leon, Aragon, Valencia, Andalucia, Galicia, Estremadura y demás de España”: “Yo el antedicho Escribano del número y colegio de esta ciudad, presente fui, y lo signo, y firmo en el día de la fecha, quedando su registro en papel del Real sello cuarto mayor” (*Colección de contratos, pactos publicos, testamentos y ultimas voluntades, con sus adherencias y dependencias: para gobierno de los notarios de Cataluña*, Barcelona, 1827, tomo II, p. 376).

(418) Entre los autores que incluyen la mención del signo y la firma, después de la Ley Orgánica del Notariado, podemos citar a Pedro GÓMEZ DE LA SERNA (“Y en fe de ello, libro, signo y firmo esta primera copia”. *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, Madrid, 1862, II, p. 963; prácticamente ésta coincide con la fórmula ofrecida para los mismos “testimonios de hijuela” por HERNÁNDEZ ARIZA, José, en su obra *Apéndices a la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1861, p. 442). Pablo GARGANTIEL (*Recopilación del Notariado*, Madrid, 1865) propuso como fórmula general para cerrar los instrumentos la frase “en cuya confirmación la signo, firmo y rubrico”, aclarando que esa “es la fórmula cuya redacción se presta mas a los fines y término de la escritura, puesto que es el último acto de ella y el más importante en que habla y funciona el Notario” (p. 268). También J. GONZALO DE LAS CASAS presentó como fórmula para “suscripción de las copias de escrituras” la siguiente: “En fe de lo cual la signo y firmo...”, *Tratado de Instrumentos Públicos*, Madrid, 1870, II, 1075). Otros autores que incluyen mención del signo son Fermín ABELLA (testimonio del título de notario: “... y signo y firmo...”. *Diccionario general de formularios*, Madrid, 1886, p. 892), Félix FALGUERA (Fe de vida: “Y para que conste donde convenga doy la presente fe de vida del dicho T quien se subscribe, e yo la signo y firmo en Barcelona...”, *Formulario completo de notaría*, Barcelona, 1888, p. 435), Ezequiel ZARZOSO (“que signo y firmo”. *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos*, Valencia, 1893, p. 86), Miguel FERNÁNDEZ CASADO (“doy fe yo el Notario que signo, firmo y rubrico”. *Tratado de Notaría*, Madrid, 1895, II, p. 746 y saltim; a veces usaba también la fórmula de “la firman conmigo”, II, 931) y Tirso DE LA TORRE (“... y firman conmigo todos”. *Exemplarium...*, Valencia, 1907, saltim). Esta fórmula probablemente fuera de inspiración francesa, ya que en los formularios galos se presentaba como fórmula de cierre de los instrumentos notariales la siguiente: “Après lecture, les parties ont signé avec les notaires”. *Vid.* CLERC, E., *Manuel... du Notariat*, ob. cit., tomo I, p. 11. También Arturo ROMERO Y DELGADO (*Manual teórico-práctico para la redacción de los instrumentos públicos*, Madrid, 1909, p. 110) ofrece para la autorización de los testimonios la siguiente fórmula: “... libro este testimonio, que signo, firmo y rubrico en... etc.”.

riales, se acostumbró indicar que el testimonio de legalización iba provisto de dicho sello, y dada la forma de expresarlo (419) es evidente que se quiso, no dejar constancia del cumplimiento de una obligación de naturaleza pecuniaria, sino de ir provisto el documento de una solemnidad requerida en ese caso (420). Igualmente no es inhabitual la mención del sello en copias y testimonios, especialmente con referencia a la identificación de los folios integrantes de un testimonio por exhibición (“rubricados y sellados por mí”). Y no faltan, finalmente, modelos en los que se incluye para algún tipo de documento, la mención del sello como ya lo aconsejaba JUAN E. RUIZ GÓMEZ, en 1865, para el caso de los testimonios, siempre que el Notariado usara el sello (421). También PABLO GARGANTIEL hizo mención del “sello del notario” y del “sello de la Notaría” en los formularios de diversos escritos (422). Y ya a finales del siglo XIX, y por tanto, cuando la utilización del sello seguía siendo discrecional, el notario de Leganés MIGUEL SASOT E IGUÁCEL, en sus fórmulas de testimonios (423). De todas formas, toda vez que el sello no tiene en nuestro Derecho la función de legalización atribuida al mismo en el Derecho revo-

(419) En el formulario de Pablo GARGANTIEL la fórmula de legalización reza que “... a solicitud de parte interesada, sellamos, signamos, firmamos y rubricamos la presente” (ob. cit., p. 632), indicando más abajo la mención del lugar para el “Sello del Colegio”, lo que indica que la utilización de éste se entendía como instrumento esfragístico, y no como simple resguardo del pago de un cargo pecuniario.

(420) Véase por ejemplo la fórmula de comprobación o legalización utilizada en 1837 por escribanos del número de Madrid: “Los escribanos de número de esta M.A. villa de Madrid, que aquí signamos y firmamos, damos fe que el Doctor D. Claudio Sanz y Barea, por quien va dado y signado el testimonio que antecede es tal escribano de número, nuestro compañero, como se titula y nombra, y en actual ejercicio de su destino, y para que conste donde convenga, damos la presente, sellada con el de nuestro cabildo, en Madrid, fecha ut supra”. (1.º de abril de 1837). Vid. en la obra de RAMOS ARGÜELLES, Antonio, *Agustín Argüelles, Madrid, 1990*, I, p. 61.

Esta fórmula fue aceptaba por Juan Ignacio MORENO, en la ob. cit., p. 176. Y todavía, después de la ley del Notariado, Juan E. RUIZ GÓMEZ insertaba en su fórmula de legalización la siguiente frase: “Dado el presente con el sello de nuestro Colegio en...”. Vid. *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento*, Málaga, 1865, p. 351.

(421) Además de la mención de dejar rubricados los pliegos del testimonio “en el margen de cada una de sus hojas”, decía en nota: “Anádase: y sellados con el sello de mi notaría si el notario lo usa”. Vid. *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento*, Málaga, 1865, p. 346.

(422) En la que él llama “certificación de existencia”, incluye la siguiente fórmula: “Y su instancia doy la presente certificación de existencia que sello y firmo con el interesado...”, indicado abajo el lugar para el “Sello del Notario” (ob. cit., p. 636; también en la p. 637, para el caso de que concurren testigos de conocimiento).

En el formulario “del parte que debe dar el Notario al Juez... cuando se niega a legalizar un documento”, hace la indicación, en la parte superior izquierda, al “Sello de la Notaría”, caso en que es evidente la utilización del sello como simple emblema. Vid. ob. cit., p. 634.

(423) “Y para que conste... expido el presente testimonio que sello, signo y firmo en...”. *Apuntes para el ejercicio de la Notaría*, Madrid, Imprenta de la Bolsa, 1896, p. 76.

lucionario francés (424), que provocó la práctica de hacer mención siempre del hecho de haberse sellado y de su fecha (425), para nosotros la referencia documental al sello no tiene otro alcance sino el retórico, en paridad, por lo demás, con la del signo, la firma y la rúbrica. Sin embargo, en las copias sí se deberá, y naturalmente así se hace, reseñar que el instrumento matriz se encuentra sellado (426), lo que conviene hacer entre paréntesis, para que, como decía RUIZ GÓMEZ respecto del signo, “con facilidad se comprenda luego que no ha sido copiada (la frase), y en ella habla el que expidió la copia” (427).

6. *Ámbito de aplicación.*

El Reglamento Notarial exige la utilización del sello notarial para la autorización de “en general los instrumentos públicos” (art. 66), las copias (art. 241), la legitimación de firmas de telegramas (art. 264), las lega-

(424) El sello fue concebido como sustitutivo y equivalente a la legalización de primer grado, dentro del distrito o el departamento, de acuerdo con lo expuesto por el Tribunal M. Favard, en nombre de la Sección de Legislación, en la sesión del 21 del Ventoso del año 11: “... le cachet exigé... est une sorte de légalisation donné d'abord aux actes notariés pour tout le département, ou le ressort du notaire qui les délivre. Aussi ces mêmes actes ne sont-ils astreints à la législation judiciaire que lorsqu'on veut s'en servir au-delà du département ou du ressort du notaire. Cette mesure produit l'heureux effet de faciliter et d'accélérer l'exécution des actes. Elle sera sur-tout utile pour l'obtention et la conservation des hypothèques, pour les quelles le moindre retard peut devenir très nuisible”. *Vid. Code civil des français, suivi... des Rapports faits au Tribunat...* A Paris, An XII- 1804, tomo VII, p. 305. Esta idea del sello como equivalente de una legalización de primer grado está conforme con la sistemática de dicha ley, ya que en el artículo siguiente al del sello (28) regulaba la legalización propiamente dicha o tradicional, que en dicha ley se había de realizar exclusivamente por la autoridad judicial. Y aún más clara resultaba esta relación entre sello y legalización en la ordenanza sobre el ejercicio de la profesión de notario en Argelia, de 30 de diciembre de 1842, ya que en el mismo precepto (art. 239) se disponía la necesidad de la aposición del sello, “según el modelo adoptado para los notarios de Francia”, y se limitaba la necesidad de legalización judicial al caso de que el documento hubiera de surtir efecto fuera de Argelia. Puede verse en la obra citada de CLERC, E., *Manuel... du Notariat*, tomo II, p. 328.

(425) “Il était d'usage autrefois de mettre au-dessous de l'empreinte les mots: *Scellé les dits jour et an*, avec la signature ou le paraphe du notaire”. *Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, p. 695, n.º 16.

(426) Como ya se ha indicado se utiliza en la práctica la fórmula viciosa de referirse al sello de la Notaría, en lugar de al sello del notario autorizante, como es más correcto.

(427) *Vid.* RUIZ GÓMEZ, Juan Eugenio, *La Notaría según la legislación y la ciencia...*, Madrid, 1880, tomo II, pp. 208-9. RUIZ GÓMEZ criticaba que la indicación de estar signada la matriz, se hiciera “con la sola palabra *-signo-*, puesta antes de copiar la firma respectiva”, por considerar insuficiente esta expresión “porque no dice que *-está signada-*, ni da a entender bien, como el documento notarial requiere, que ha sido ingerida al extender la copia. Para manifestar claramente el concepto es necesario usar la frase *Está signada* o *Está mi signo-* o *-Hay un signo-*, según el caso... La de *-Está mi signo-*, que el Notario autorizante de la matriz puede usar, enuncia mejor la idea; porque dice de quién es el signo, y parece reconocerle en ella el mismo fedatario”. Cabe aplicar al caso del sello estas mismas consideraciones.

lizaciones (art. 266) y las solicitudes de información registral (art. 275). Falta una formulación más general respecto de toda autorización notarial aunque puede considerarse implícita en la regulación reglamentaria si tenemos en cuenta los anteriores preceptos, y la declaración hecha en el artículo 96 respecto del carácter obligatorio del sello. Será, así pues, también necesario el sello en las actas, que indudablemente son instrumentos públicos, y en los testimonios de todas clases, pese a que su regulación reglamentaria se contenga en el capítulo III (“De otros documentos notariales”), y no en el II (“Del instrumento público”), ya que ambos pertenecen al Título IV del Reglamento (“Del instrumento público”). Puede decirse que siempre el signo notarial ha de estar acompañado por el sello, e incluso que debe usarse en aquellos documentos que, como las cédulas, aunque se autoricen con media firma, por estar destinados a terceras personas, conviene vayan revestidos de la solemnidad y autenticidad inherentes al sello. Lo mismo cabe decir de las notas extendidas en las copias “expresivas de la transmisión o acto realizado”, a que se refiere el artículo 174. Por el contrario, las actuaciones notariales con media firma (notas de expedición de copias y en general, notas extendidas en el protocolo), no precisan la utilización del sello, por no demandar precisamente el plus de solemnidad y autenticidad aconsejable en los otros casos (428).

Las mayores dudas se presentan respecto a las exclusiones del sello, dada la falta de una norma al respecto y la práctica imperante, consecuencia, probablemente, de la especial forma de introducción histórica del sello, ya que inicialmente se utilizó fundamentalmente con emblema sin amparo normativo alguno (429), luego con carácter voluntario coexistiendo la doble utilización como factor de autorización y emblema. Todo ello ha dado lugar a un uso general y promiscuo del sello, que no se aviene bien con el carácter del mismo como signo de la autoridad de que el notario está revestido (430), y pese a que no han faltado voces en favor de su utilización exclusiva para “la autorización de instrumentos

(428) En la Ley francesa del 25 Ventoso, el sello era exigido solamente para “grosses” y “expéditions de actes”, es decir, para las copias y testimonios, quedando excluidas por tanto las matrices, o “minutes”. En el proyecto de esa ley no se empleaba la conjunción “et” (y) sino la disyuntiva (ou). En cuanto a la interpretación de estos términos, *vid.* el *Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, p. 694, núms. 11, 12, 13 y 14.

(429) Recuértese que en una de las primeras propuestas de la introducción del sello, la de Fermín FORMOSO, el sello se destinaba a “membretar la correspondencia y sobres, y sellar los documentos que expidan” (art. 92 de su *Proyecto de Ley del Arreglo de escribanos y organización del Notariado*, Coruña, 1855, p. 39).

(430) Según DENISART el sello es a la vez la *prueba* de la autenticidad de los instrumentos notariales y el signo de la autoridad de que los notarios están investidos. *Vid.* *Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, p. 693, n.º 1.

públicos” (431). Este uso para actos que no son de autorización notarial ha sido fomentado, sin duda, por los colegios y órganos corporativos del Notariado, que en multitud de comunicaciones (índices, partes, comunicaciones, solicitud de efectos, etc.) prevén la imposición del sello notarial. Verdad es que sería deseable una clarificación en este punto y que el sello autenticador previsto en el artículo 96 quedara reservado para los supuestos de autorización notarial principal (con utilización del signo) o secundaria (media firma) con trascendencia exterior, y que en los restantes casos se acompañe su firma si así se desea o exige, con otro tipo de sello (432). En la situación normativa presente, al faltar toda regulación al respecto, el asunto debe considerarse como de mera conveniencia, por lo cual no cabe apreciar infracción de los deberes propios del notario la utilización del sello en otros casos aparte los indicados.

f) *Eficacia.*

Efectos de la omisión. La estampación del sello constituye un acto que potencia la solemnidad y autenticidad del instrumento público, revis-tiéndolo así de una mayor autoridad y fiabilidad (433). Su omisión, sin

(431) Así, en el *Boletín de Granada*, n.º 72, correspondiente a abril de 1957, se dice que “el notario debe abstenerse de usarlo en cartas particulares, notas simples, o meros avisos referentes al despacho de documentos, etc. Es de especial interés el no usarlo en las copias o notas simples que no tienen autenticidad alguna”. Esta opinión era ya la de J. E. RUIZ GÓMEZ, al escribir que “... las mencionadas copias simples, extractos y notas o apuntes no pueden llevar ninguna autorización; es decir, firma, media firma, rúbrica ni sello”. *Vid. La Notaría según la legislación y la ciencia...*, Madrid, 1880, tomo II, p. 218); e igualmente fue adoptada por V. SANCHO-TELLO (Las copias simples, decía, “se expiden en papel común, sin formalidad alguna, sin firma, rúbrica ni signo, y sin cláusula de suscripción”. *Derecho notarial de España*, Madrid, 1885, p. 183) y modernamente por ÁVILA NAVARRO (“La reproducción del instrumento público”, en la *Revista de Derecho Notarial*, LXXXVII, enero-marzo 1975, p. 431).

(432) Ya en el siglo XIX, y con referencia al Derecho belga, MATON (*Dictionnaire*, tomo V, p. 92, n.º 7), escribía que los notarios no deben servirse de su sello sino para las copias y testimonios (“grosses, expéditions et brevets”) y no para su correspondencia o sus asuntos particulares”. *Vid. Pandectes belges*, par Edmond PICARD, Bruxelles, 1901, tomo 68, p. 711. En el mismo sentido, el *Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, pp. 695-6, donde se dice que los notarios han de considerarse como guardadores del sello que se les ha confiado, y no debe servirse de él sino para los actos propios de su ministerio, no debiendo emplearlo para asuntos privados.

(433) En su discurso ante el Tribunado, M. FAVARD justificó la exigencia del sello en la Ley del 25 de Ventoso del Año XI, como garantía a mayores en su favor y en provecho de la sociedad, contra el fraude y los falsarios. *Vid. Code civil des français, suivi... des Rapports faits au Tribunat...* A Paris, An XII- 1804, tomo VII, p. 305.

Esta función de seguridad del sello ha sido tomada especialmente en consideración para la confección de otro tipo de sello notarial, aplicable por adhesión y al que se denomina “sello de seguridad”, el cual únicamente se incorporará “a las copias autorizadas de las escrituras y a las legitimaciones. El valor añadido de seguridad que estos sellos otorgarán a las escrituras mejorarán la percepción que los consumidores tienen de la labor notarial. Estos sellos, elabo-

embargo, no puede repercutir en la validez del instrumento público, ya que el artículo 27 de la Ley Orgánica del Notariado no incluye la omisión del sello entre los supuestos que determinan la nulidad del instrumento público, a diferencia de la falta de la firma, rúbrica y signo del notario (art. 27,3.º de LN). Por ello, la omisión indebida del sello motivará una infracción de la normativa prevista para la prestación de la función notarial, y, como consecuencia, una posible responsabilidad disciplinaria (434). Asimismo, y de hecho, puede dar motivos para sospechar de la falta de autenticidad de las copias, testimonios o escritos, y el consecuente rechazo en los tribunales, oficinas y registros públicos (435). Finalmente, la ausencia de sello priva a la reproducción no autorizada con signo, firma y rúbrica de un instrumento público, de su carácter de copia simple, y, por tanto, el escrito carente del sello no podrá ser considerado como tal copia simple a los efectos administrativos, fiscales, e incluso procesales (436), que tales copias simples tienen atribuidos, ni aun cuando estuviere extendido en el papel especial editado por los Colegios Notariales de España.

rados por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT) con los criterios de seguridad de la fabricación de billetes, comenzarán a ser distribuidos próximamente". *Boletín Notarial*, n.º 5, 16-30 de septiembre de 1999, p. 4.

(434) Esta era la posición de la doctrina respecto de la Ley francesa del 25 de Ventoso que pese a prever la existencia del sello y la obligatoriedad de su uso no estableció sanción alguna para su omisión. Por ello AMIAUD-RUITGEERT y MATON consideraban que la omisión sólo daría lugar a una acción disciplinaria. *Vid. Pandectes belges*, c. 629. También *Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, p. 695, n.º 19.

Actualmente, la reiterada omisión del sello pudiera encuadrarse en la conducta consistente en "el incumplimiento continuado o reiterado de deberes reglamentarios", calificada en el artículo 348 del Reglamento Notarial como falta muy grave; o bien en el artículo 350 que considera falta leve "el incumplimiento o la morosidad respecto de deberes reglamentarios".

(435) Ya se refería a este posible efecto DEFRENOIS, en su *Traité pratique et formulaire général du notariat*, Paris, 1921, premier volume, p. 176 ("à défaut de cette apposition, les pièces porraient être rebutées"). Otras opiniones en el mismo sentido en *Dictionnaire du Notariat*, ob. cit., tomo 11, p. 695, n.º 19.

De todas formas, en el Derecho francés, instaurado por la Ley del 25 de Ventoso del año XI (1803), la falta del sello debía ser equiparada a la falta de legalización judicial, dada la equivalencia del sello con ella, según antes se ha indicado.

(436) En este aspecto procesal, sin embargo, como la fuerza probatoria de las copias simples, o mejor debiera decirse, de las meras copias sin efectos probatorios *per se*, se basa en la aceptación como medio de prueba por la otra parte al no impugnar su autenticidad, parece que cualquier tipo de escrito o transcripción pudiera tener el carácter de copia simple y servir como "forma de presentación de los documentos públicos" (art. 267 LEC).

EL DERECHO A PERCIBIR UNA PENSIÓN COMPENSATORIA EN LAS RUPTURAS DE LAS PAREJAS DE HECHO

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SU SENTIDO EN EL DERECHO ACTUAL. **II.** LAS LEYES DE PAREJAS DE HECHO Y LAS COMPENSACIONES ECONÓMICAS EN CASO DE RUPTURA. **1.** La compensación económica. **2.** La pensión periódica. **III.** LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIOR AL 5 DE JULIO DE 2001. **1.** La sentencia de 11 de diciembre de 1992: la prohibición de enriquecimiento injusto. **2.** La sentencia de 30 de diciembre de 1994: la improcedencia de la aplicación analógica de las normas del matrimonio. **3.** La sentencia de 16 de diciembre de 1996: la aplicación del artículo 1.902 del C.c. **4.** La sentencia de 27 de marzo de 2001: la protección del conviviente perjudicado. **IV.** LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2001: LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 C.C. **V.** REFLEXIÓN FINAL. **1.** Prestaciones económicas previstas para el caso de ruptura en las normativas forales y la libertad para contraer o no contraer matrimonio. **2.** La aplicación analógica de las normas del matrimonio como técnica para diseñar el marco jurídico de las uniones de hecho en el territorio del Derecho común.

I. Introducción: la pensión compensatoria y su sentido en el Derecho actual

La figura de la pensión compensatoria, novedosa (1) para nuestro Derecho, aunque conocida en los ordenamientos de los países europeos de la época (2), es importada del modelo francés por el legislador de la reforma (3) y ha sido, y es, objeto de un discutido tratamiento por la doc-

(1) Como antecedentes en el Derecho español, podemos hacer referencia a los artículos 30 a 33 de la Ley de 2 de marzo de 1932 (donde se regula el derecho de alimentos del cónyuge inocente o de ambos, respectivamente, si son inocentes) y al artículo 73 del C.c., en su redacción original ("*La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos: 1.º La separación de los cónyuges; 3.º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiese prometido; 5.º La conservación, por parte del marido inocente, de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho de alimentos*"), así como en las redacciones que del mismo precepto se contienen en la Ley de 24 de abril de 1954 ("*La ejecución de separación producirá los siguientes efectos: 1.º La separación de los cónyuges; 3.º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiese prometido; 5.º La conservación, por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho de alimentos*") y en la Ley de 2 de mayo de 1975 ("*La ejecutoria de separación producirá los siguientes efectos: 1.º La separación de los cónyuges; 3.º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiese prometido; 5.º La conservación, por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho de alimentos*").

(2) Alemania, Italia, Bélgica, Grecia, Portugal, Holanda, Inglaterra y País de Gales, Suecia, Noruega. Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria y otras prestaciones económicas derivadas de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial*, Madrid, 2000, pp. 20 a 27.

(3) Artículos 265 a 304 del Código civil francés. Particularmente significativo es el contenido de los preceptos que a continuación se transcriben. Artículo 270: "*Salvo cuando se pronuncia en razón de la ruptura de la vida en común, el divorcio pone fin al deber de socorro previsto por el artículo 212 del C.c.; pero uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas*". Artículo 271: "*La prestación compensatoria se fija según las necesidades del cónyuge a quien se abona y los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y de la evolución de ésta en un futuro previsible*". Artículo 272: "*En la determinación de las necesidades y de los recursos, el juez tomará principalmente en consideración: la edad y el estado de salud de los cónyuges; el tiempo ya consagrado, o que les será preciso consagrar a la educación de los hijos; sus calificaciones profesionales; sus posibilidades de nuevo empleo; sus derechos existentes y previsibles; la pérdida eventual de sus derechos en materia de pensiones de reversión y su patrimonio respectivo, tanto en capital como en rendimiento, después de la liquidación del régimen matrimonial*". Artículo 273: "*La prestación compensatoria se fija a tanto alzado. No puede revisarse ni aun en caso de cambio imprevisto en los ingresos o en las necesidades de las partes, salvo si la ausencia de revisión produciría a uno de los cónyuges consecuencias de excepcional gravedad*". Artículo 276,2: "*A la muerte del cónyuge deudor, la carga de la renta pasa a sus herederos*".

trina y la jurisprudencia. Así, como consecuencia de la deficiente técnica legislativa que se percibe en la redacción de los preceptos dedicados por nuestro legislador a la regulación de la pensión compensatoria, la doctrina y la jurisprudencia debaten sobre la identificación de la pensión compensatoria con otras figuras típicas del Derecho privado. La trascendencia del debate no es baladí; ya que del hecho de que se opte por calificar esta pensión de una u otra manera, se podrán predicar diferentes consecuencias jurídicas, siendo éste, a mi juicio, uno de los graves escollos que ha sabido, en cierta medida, salvar la doctrina (a pesar de sus iniciales contradicciones), pero que sigue estando presente en la jurisprudencia. En este sentido, los pronunciamientos de nuestros tribunales, todavía hoy, no se ponen de acuerdo sobre su naturaleza jurídica. Algún sector jurisprudencial, que no doctrinal (4), calificando su naturaleza como alimenticia (5), afirma su incompatibilidad con la prestación alimenticia (6), cuan-

(4) Inicialmente, la doctrina se inclinó por entender que la pensión compensatoria no era más que una pensión alimenticia para atender a las necesidades asistenciales del cónyuge divorciado que perdía, por ello, la pensión compensatoria que, hasta entonces, estaba recibiendo. Así, es significativa la afirmación de LASARTE y VALPUESTA, *Matrimonio y divorcio*, obra colectiva coordinada por LACRUZ BERDEJO, 2.ª edición, Madrid, 1994, pp. 1162 y 1163: "... la mencionada pensión viene a sustituir a la antigua deuda de alimentos, que contemplaba el derogado art. 73 como eventual efecto de la separación judicial, y sigue aún regulada para los restantes supuestos en los arts. 142 y ss. Efectivamente, se piensa que en la actualidad no es posible la coexistencia, en una situación de separación o entre cónyuges divorciados, de la deuda de alimentos y la pensión del art. 97 C.c.". En la actualidad, la doctrina científica es unánime en rechazar la naturaleza alimenticia de la pensión compensatoria. Entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, v. IV, Madrid, 1997, p. 139; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, v. IV, Madrid, 1997, p. 175; DE LA HAZA DÍAZ, *La pensión de separación y divorcio*, Madrid, 1989, pp. 16 y ss.; ROCA I TRIAS, *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, p. 618, y en *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid, 1999, p. 188; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia, 1997, pp. 34 y ss.; LALANA DEL CASTILLO, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, 1993, pp. 28 y ss.; ANGOSTO SÁEZ, "La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del artículo 97 C.c.", en *Homenaje al profesor Moreno Quesada*, vol. 2, Granada, 2002, pp. 132 y ss.; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Madrid, 1992, p. 153; AA.VV., *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 364 y ss.

(5) Así, entre otras, AP Santa Cruz de Tenerife, 17 octubre 1998, AC 1998/1902; AP Madrid, 21 marzo 2000; AP Cádiz, 7 febrero 2000, AC 2000/3900.

(6) Muy significativos son los términos en que se expresa la sentencia de la AP Ciudad Real, 26 de marzo 1998, AC 1998/635: "... no es factible la coexistencia... de la deuda de alimentos y la pensión a la que alude el artículo 97, en razón de carácter exclusivo predicable de la segunda... afirmación que como la doctrina científica apunta viene sostenida por dos tipos de razones, de una parte porque el capítulo IX del Libro I del C.c., referido a los efectos de nulidad, separación y divorcio, se contempla únicamente la pensión como eventual efecto de aquella situación omitiendo toda alusión a una posible deuda de alimentos, y de otra, desde un punto de vista conceptual porque parece inviable mantener la consistencia de estas dos figuras, ya que aun cuando la pensión represente una novedad en la medida que integra criterios y circunstan-

do ambas peticiones coinciden en un procedimiento de separación, o simplemente, la conversión de la pensión alimenticia fijada en una sentencia de separación matrimonial en una pensión compensatoria cuando las partes solicitan el divorcio y la pérdida, por tanto, de la pensión alimenticia por el cónyuge que la estaba, actualmente, recibiendo. Y ello a pesar de las grandes diferencias que existen entre ambos conceptos (7). Otro sec-

cias que no venían recogidos en la deuda de alimentos, cumple una función de este orden, presentándose como integradora y aseguradora a la vez de la antigua deuda de alimentos". De ella se hace eco la sentencia de la AP Zaragoza, 17 enero 2001, AC 2001/118, que falla en igual sentido. Igualmente, la sentencia de la AP Santa Cruz de Tenerife, 17 octubre 1998, AC 1998/1902, dice en el FJ 2.º: "Sin embargo, la cuestión a resolver no radica tanto en establecer si la demandada tiene derecho a una y otra pensión sino en determinar si es posible la concurrencia conjunta de una y otra medida; sobre esta cuestión se ha mantenido jurisprudencialmente que las necesidades alimenticias entre los cónyuges quedan absorbidas dentro del concepto de pensión compensatoria pues uno de los criterios a tener en cuenta para su fijación es, precisamente, el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge (art. 97.8 C.c.), quedando concentradas en la pensión las necesidades alimenticias cuyo presupuesto —las necesidades del alimentista— desaparece justamente como consecuencia de la percepción de la pensión compensatoria que se ha fijado y señalado atendiendo, entre otras, a la circunstancia señalada. De acuerdo con este criterio, compartido por el Tribunal, es procedente la pensión compensatoria fijada en la sentencia recurrida, pero no así la de alimentos pues ésta, en todo caso, ha de considerarse englobada y concentrada en aquélla".

(7) Esta forma de entender la naturaleza jurídica de la pensión no me parece acertada, básicamente porque pensión compensatoria y pensión alimenticia, aparte de atender a distintas finalidades, son categorías jurídicas diferentes. Y ello lo acreditan las siguientes notas o rasgos característicos de una y otra: 1) En primer lugar, la pensión compensatoria tiene naturaleza dispositiva por lo que es renunciable por el cónyuge que tenga derecho a ello. No puede ser apreciada de oficio por el juez, sino que para su establecimiento, debe ser solicitada por la parte que estima tiene derecho a ello. La pensión alimenticia, por el contrario, no es renunciable (aunque la deuda de alimentos puede ser condonada o no ejercitarse el derecho a pedirlo), y, en caso de ser apreciada por el juez la necesidad que la justifica, entiendo que puede fijarla aunque no haya sido solicitada en el proceso. Sobre este particular se ha pronunciado el TS en sentencia de 2 de diciembre de 1987, RJ 1987/9174: "*B) Ni en las medidas provisionales anteriores a la demanda de separación o divorcio (art. 104 C.c.), ni en las coetáneas al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (arts. 102 y 103), ni en las medidas definitivas a adoptar por el juez, a que se refiere el art. 91, figura la pensión compensatoria; si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del C.c. (...), es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia... C) Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de parte, que puede hacerla valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio". 2) En segundo lugar, la pensión compensatoria atiende a compensar un desequilibrio patrimonial que, en modo alguno, supone la existencia de un estado de necesidad por el solicitante. A diferencia de la*

tor jurisprudencial (8), influenciado por el Derecho italiano (9), ha optado por atribuirle naturaleza indemnizatoria como si se tratase de un supuesto de responsabilidad civil objetiva (10) en el que se presume *iure et de iure* la existencia de culpa, acreditado el daño, que no es otro que el perjuicio económico que ha generado la ruptura matrimonial a uno de los

pensión alimenticia que precisa como presupuesto ineludible la existencia de necesidades en el que la reclama. Y ello a pesar de la referencia, dentro de los criterios del artículo 97,8, a las necesidades del que recibe la pensión y la fortuna del que la presta. 3) En tercer lugar, la pensión alimenticia, como deuda de alimentos, sólo puede estar presente entre los parientes a los que se refiere el artículo 143,1 C.c., es decir, los cónyuges. Por tanto, es imposible su existencia, aunque se constate la necesidad, entre los divorciados, ex cónyuges. En cambio, la pensión compensatoria puede estar presente entre cónyuges separados o ex cónyuges divorciados, pues el parentesco actual no es requisito para su establecimiento. Y además, y tal y como mantendremos, a continuación, son percepciones compatibles en el supuesto de separación matrimonial. 4) En cuarto lugar, la pensión alimenticia, como derecho personalísimo, se extingue con el fallecimiento del alimentista u obligado al pago (arts. 150 y 152,1.º C.c.); no así el derecho a cobrar la pensión compensatoria que puede extenderse después del fallecimiento del obligado (art. 101,2 C.c.). 5) En quinto lugar, los alimentos son proporcionales a la fortuna del que los presta y a las necesidades del alimentista; en cambio la pensión compensatoria es una cantidad fija, sólo modificable en los supuestos del artículo 100 C.c.

(8) Pues la doctrina sólo ha oscilado, de forma significativa, entre su conceptualización como pensión alimenticia o como prestación de naturaleza diferente a la alimenticia. Cuestiones estas que, al menos doctrinalmente, y no jurisprudencialmente, se encuentran cerradas con la práctica unanimidad que considera que pensión compensatoria y pensión alimenticia son prestaciones diferentes. Entre otros, es partidaria de su naturaleza indemnizatoria GARCÍA DE LEONARDO, "Transmisión *mortis causa* del pago de la pensión por separación y divorcio", *RGD*, 1993, pp. 9619 y ss., concretamente la cita se refiere a las pp. 9624 a 9625.

(9) Concretamente los párrafos 4 y 5 del artículo 5 de la Ley de 1 de diciembre de 1979 que dicen, textualmente: "*Con la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el tribunal dispondrá, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los cónyuges y los motivos de la decisión, la obligación para uno de los cónyuges de proporcionar al otro una asignación en proporción a sus bienes y rentas propias. Para determinar tal asignación el juez tendrá en cuenta la contribución personal y económica dada por cada uno de los cónyuges a la dirección de la familia y a la formación del patrimonio de ambos. Previo acuerdo de las partes, la contraprestación podrá hacerse en un solo pago. La obligación de pagar la asignación cesa si el cónyuge al que debe serle abonado pasa a nuevas nupcias*". Esta forma de entender la pensión compensatoria ha sido objeto de críticas dentro de la propia doctrina italiana, así entre otros TRABUCCHI, "Matrimonio e divorzio", *Riv. Dir. Civ.*, 1971, I, pp. 18 y ss.

(10) Dice la AP Baleares, 7 octubre 1999, citada por la sentencia AP Zaragoza, 17 enero 2001, AC 2001/118, FJ 7.º: "... a diferencia de lo que acontece con la deuda alimenticia, la pensión de constante referencia ofrece cierta proyección indemnizatoria; es decir, que según esta corriente la naturaleza y razón de ser de la institución alimenticia se encontraría en un supuesto de necesidad mientras que la esencia de la pensión compensatoria radicaría, más bien, en un concepto compensatorio o reparador. Por ello, la pensión se concedería, exclusivamente en beneficio del cónyuge perjudicado por la separación o divorcio, y los alimentos se otorgarían en base al presupuesto de la existencia de un vínculo familiar creador de derechos y obligaciones...". Sobre el daño objetivo como presupuesto de la obligación indemnizatoria que fundamenta la pensión compensatoria, *vid.* LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, concretamente p. 353.

miembros de la pareja (11). Finalmente, desde la negativa a la identificación con una percepción alimenticia, otro sector jurisprudencial (12) y doctrinal entiende que por medio del establecimiento de la pensión compensatoria el legislador no pretende indemnizar un daño existente en uno de los sujetos de la relación matrimonial extinguida o en crisis, tampoco atender necesidades asistenciales; simplemente, pretende compensar, de la única forma que el Derecho puede hacerlo, económicamente de un perjuicio económico derivado del extinguido o suspendido matrimonio, tal cual es el desequilibrio patrimonial de un cónyuge con relación al otro. En definitiva, finalizada la convivencia, es posible que, como consecuencia de ésta, uno de los miembros de la pareja presente una situación de desequilibrio económico con relación a la situación del otro miembro; y que, a causa de ella y por ella, se establezca, legalmente, el derecho a ser económicamente compensado por medio del establecimiento de una pensión. Desde esta perspectiva, para la existencia del derecho a reclamar una

(11) Sin embargo, y aun en el supuesto de responsabilidad objetiva sin presupuesto de culpa para la existencia del derecho a ser indemnizado, la culpa del agente reparador sigue estando presente. Y lo está, no como requisito del nacimiento del derecho, sino como fundamento del mismo. Así pues, y desde nuestra huida de un sistema en el que articular las crisis matrimoniales y sus efectos basado, aunque sea indirectamente, en la existencia o no de culpa de alguno de los sujetos, no nos parece adecuado optar por ninguna vía argumentativa en que dicha culpa pueda estar presente, ni siquiera como fundamento último de ninguna cuestión. Muy significativo el pronunciamiento de la AP Barcelona, 15 marzo 1993, AC Aud. N.º 18 de 30-9-93, que dice, textualmente: *"Lo anterior tendría que hacernos pensar en el error que incurriríamos al asignar a la pensión un pretendido carácter indemnizatorio. Desde luego si la indemnización se identifica con reparación de daños que proceden de actividades culposas o negligentes. Ahora bien podría admitirse... que la responsabilidad se objetiva, es decir, la existencia de desequilibrio económico otorgará, inmediatamente, la obligación de reparárselo mediante pago de una pensión. Pues bien, esta tesis tampoco podría admitirse ya que incluso la responsabilidad objetiva presupone admitir que el deudor es responsable de la reaparición como agente del mismo, es decir, indiferente el grado de culpa de los cónyuges"*.

(12) Al igual que sucedía a la hora de documentar las referencias jurisprudenciales a la consideración de naturaleza jurídica alimenticia para la pensión compensatoria, también aquí encontramos múltiples pronunciamientos que abogan por la diferencia entre ambas percepciones y, por ende, su compatibilidad. Sin pretender ser exhaustiva, entre otras, AP Tarragona, 15-12-93, AC Aud. N.º 13 del 15 julio 1994, p. 1387; AP Valencia, 26-1-94, RGD 597, p. 7304; AP Burgos, 6-4-98, AC 1998/4920; AP Málaga, 24-11-98, AC 1998/8928; AP Sevilla, 19-1-99, AC 1999/3891; AP Sevilla, 7-4-99, AC 1999/6944; AP Almería, 5-7-99, AC 1999/7300; AP Guipúzcoa, 18-11-99, AC 1999/2106. Particularmente significativo es el pronunciamiento del TS en sentencia de 29 de junio de 1988, RJ 1988/5138, quien en el FJ 1.º se manifiesta en el siguiente sentido: *"el divorcio al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto según claramente manifiesta el art. 85 del C.c., no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de obligación alimenticia determinada por aplicación de los invocados artículos 143, 150 y 152 del mismo Código, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el art. 97 del C.c., que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de establecerla no puede, de hecho y jurídicamente, confundirse con la prestación de alimentos..."*.

pensión compensatoria es necesaria una situación previa de desequilibrio entre los esposos generada como consecuencia de la convivencia matrimonial que se rompe, porque la finalidad de la pensión compensatoria es “reequilibradora” (13) y no reparadora de un daño.

Huyendo de planteamientos objetivos (14), ubicamos el fundamento en el coste de oportunidades (15) que asume uno de los miembros de la pareja y que es el causante de esa situación desequilibrada. El establecimiento de una pensión a cargo de uno de los miembros del matrimonio en crisis se justifica porque el beneficiario de dicho emolumento se ha visto perjudicado por la ruptura del vínculo; y ello, habida cuenta que, analizando comparativamente la situación económica y potencial de los miembros de la pareja, figura que uno de ellos se encuentra en una situación más ventajosa; de tal suerte que el otro, y debido a la convivencia familiar, asumió un mayor coste de oportunidades, que le impide afrontar en plano de igualdad la vida futura tras la separación o divorcio y que el establecimiento de la pensión compensatoria trata de nivelar (16). Partimos, pues, como premisa en este estudio, de un concepto dinámico de esta figura, acorde a la nueva realidad social de la España del siglo XXI.

(13) El calificativo en cursiva en el texto principal se debe a BAYO DELGADO, “Los límites de la pensión compensatoria”, en la obra de AA.VV. *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, Madrid, 1997, p. 175.

(14) Rechazamos, pues, las interpretaciones objetivas que, en un primer lugar, tomaron la doctrina y la jurisprudencia, del artículo 97 C.c. En este sentido, y aún quedan vestigios en la jurisprudencia, se entendía que existía ese “*desequilibrio patrimonial*”, al que alude el citado artículo 97 C.c., como una mera disminución patrimonial que experimentaba uno de los cónyuges como consecuencia de la crisis matrimonial. El juez sólo debía constatar si esa disminución se había producido en uno con relación al otro, para establecer la pensión compensatoria. Y ello porque, además, subyacía la idea de que la pensión tenía como finalidad la de igualar las posiciones económicas de los esposos, de tal suerte que la separación o el divorcio, no supusiera para ninguno de ellos, en la medida de lo posible, la variación del status adquirido por y durante el matrimonio. En este sentido, el mero descenso del nivel de vida de uno de los cónyuges colocaba al otro, inmediatamente y de forma automática, en la posición de deudor del otro de una cantidad en concepto de pensión compensatoria; dicha suma tenía la finalidad de ayudar económicamente a aquel que había sido perjudicado por el descenso de nivel de vida que la ruptura conyugal le ha ocasionado. Desde este planteamiento, el mero hecho de contraer matrimonio y dedicarse a la vida familiar, suponía el derecho a percibir una pensión vitalicia: el matrimonio se convertía, así, en un “*seguro de vida*”, incentivando la creación de parásitos sociales. De forma semejante lo expresa DE LA HAZA, *La transmisión mortis causa de la pensión de separación y de divorcio*, AC 1988-2, pp. 1949 y ss., concretamente la cita es de la p. 1950. A mayor abundamiento, CAMPUZANO TOMÉ, *Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión de carácter temporal*, AC 1994-4, pp. 897 y ss., concretamente la cita se refiere a las pp. 898 a 900.

(15) La llamada teoría de los costes de oportunidades es obra de ROCA I TRÍAS, y seguida por un sector importante de la doctrina científica.

(16) ANGOSTO SÁEZ, “La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del art. 97 C.c.”, en el *Libro homenaje al profesor Moreno Quesada*, vol. 2, Granada, 2002, pp. 131 y ss., concretamente la cita se refiere a la p. 134.

Desde esta perspectiva, podemos afirmar que la pensión compensatoria no es ya, y tal y como lo entendió el legislador de la reforma, el instrumento para asegurar, de forma vitalicia, el nivel de vida obtenido durante el matrimonio, por el miembro de la pareja desfavorecido por la ruptura (17), sino que, actualmente, la pensión compensatoria se ha flexibilizado, convirtiéndose en una prestación, a veces temporal (18), reequilibradora y niveladora de la situación de desfavor en la que se encuentra el cónyuge o ex cónyuge, perjudicado por la crisis, siempre que dicho perjuicio tenga como causa la asunción de un mayor coste de oportunidades que el cónyuge en mejor situación.

II. Las leyes de parejas de hecho y las compensaciones económicas en caso de ruptura

Las leyes forales de Cataluña, Aragón, Islas Baleares y Navarra contemplan un derecho a recibir una compensación económica para el miembro de la pareja perjudicado como consecuencia de la ruptura así como

(17) Muy significativas las palabras de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, ob. cit., p. 426, que llega a identificar la pensión compensatoria como un derecho que sólo puede existir en los matrimonios acomodados, y no en los que él califica de “gente corriente”. Transcribo, a continuación, sus palabras que “no tienen desperdicio”, como acreditativas de una corriente doctrinal presente en la época que se pronunciaron, y que todavía es seguida, a veces de forma inconsciente, por muchos de nuestros magistrados: *“De momento, cabe determinar la naturaleza jurídica de la pensión. Se distingue de la cuota alimentaria en que ésta tiende a responder y cubrir las necesidades subsistenciales. Los llamados alimentos se materializan en una suma de dinero periódica (generalmente mensual y anticipada), que cubrirá los gastos de alimentación, vestimenta, alquiler y demás gastos domésticos. En cambio, la pensión tiende a jerarquizar el nivel de vida de uno de los cónyuges, cuando queda en desequilibrio en relación con la posición del otro, a consecuencia del divorcio o la separación. La cuota alimentaria será la solución corriente para la gente corriente, donde el salario apenas alcanza para cubrir las necesidades mínimas de subsistencia, y mucho más patente esta realidad si se trata de un solo salario para atender las necesidades de dos hogares. En los casos en que la posición económica de los cónyuges viene dada por el trabajo de uno solo de ellos, se dará el caso en que dividido el patrimonio societario, uno de ellos quede en óptima y virtual posición de poder seguir manteniendo el mismo nivel de vida como consecuencia del producto de su trabajo (industria, comercio, profesión liberal), en tanto que el otro, que solamente era tributario de estos beneficios, pasa a ocupar una situación totalmente desmejorada con relación al otro cónyuge, dado que le será imposible mantener ese régimen de vida por no ser el cónyuge que lo produce. En estos casos es cuando la pensión viene a suplir de alguna manera el desequilibrio que se puede producir como consecuencia del vínculo y de la sociedad conyugal”*.

(18) Sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, *vid.* GARCÍA DE LEONARDO, *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia, 1996; ANGOSTO SÁEZ, ob. cit., entre otros. De la abundante jurisprudencia extraemos, a modo de ejemplo, las siguientes resoluciones de las Audiencias Provinciales, Guipúzcoa, 18-11-99, AC 1999/2106; Salamanca, 11-2-99, AC 1999/3213; Almería, 5-7-99, AC 1999/7300; Zaragoza, 17-1-01, AC 2001/118 y Murcia, 23-1-01, AC 2001/729.

un derecho a recibir una pensión periódica (19). Ambas percepciones, que, si bien no son identificables con el derecho a percibir una pensión compensatoria regulado en los artículos 97 y siguientes de nuestro Código civil, sí pueden ser calificadas de semejantes, o, al menos, paralelas. Aunque estamos haciendo referencia a emolumentos distintos, tienen en común obedecer al principio de prohibición de enriquecimiento injusto que inspira nuestro ordenamiento jurídico (20). Pasemos, pues, a la exposición del contenido de ambas prestaciones, así como su particular regulación en las respectivas normativas forales.

1. La compensación económica.

Se establece en los cuatro textos normativos citados (Ley 10/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, de uniones estables de pareja, Ley 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra y Ley 6/1999, de 26 de marzo, de las Cortes de Aragón, de parejas estables no casadas, Ley 18/2001, de 19 de diciembre, del Parlamento de las Illes Balears, sobre parejas estables), el derecho a percibir, por parte de uno de los miembros de la pareja rota, una cantidad a tanto alzado, en la que se valore la aportación que, por medio del trabajo doméstico o no retribuido, ha tenido como consecuencia el enriquecimiento de uno de los miembros en perjuicio del que ha realizado las labores descritas.

De forma muy semejante se encuentra este derecho contemplado en las leyes catalana y navarra. Dice el artículo 13 de la Ley catalana, de aplicación a parejas heterosexuales, y que titula el legislador “*Compensación económica*”:

“Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una com-

(19) Recientemente la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables, del Principado de Asturias, aunque no contempla una prestación específica para el supuesto de ruptura, como los otros textos legislativos cuyo estudio vamos a realizar, sí se refiere a la existencia de posibles compensaciones económicas, procedentes cuando se rompe una unión o pareja estable. En este sentido, y dentro del marco normativo común (nuestro Código civil), deja a la autonomía de la voluntad la regulación de una posible compensación económica para el caso de ruptura de la convivencia. Textualmente dice el artículo 5,1: “*Los miembros de la pareja estable podrán regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, mediante documento público y privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, en el que también podrán incluir las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, y siempre con observancia de la legalidad aplicable*”.

(20) TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, 2001, pp. 168 a 179, y desde la perspectiva de la filosofía del derecho, nos expone en las páginas citadas su discurso de fundamentación de las indemnizaciones por razón de la ruptura de la pareja de hecho, así como un derecho a alimentos, en el principio de solidaridad.

pensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto” (21).

Este texto ha sido reproducido por el legislador navarro, en el artículo 5,5 de la Ley (22), y en ambos supuestos el régimen previsto se aplica en defecto de pacto, por lo que es posible que el acuerdo de voluntades marque otras pautas indemnizatorias o compensatorias diferentes de las previstas (23).

La regulación contenida en las normas aragonesa y balear, en cambio, difiere en algunos aspectos de la ofrecida por las normativas catalana y navarra. En este sentido dice el artículo 7,1 de la Ley aragonesa cuyo contenido reproduce de forma muy semejante el artículo 9,2 de la Ley balear (24):

“En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta de la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos:

a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada.

b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste”.

Tal y como apuntábamos, los cuatro preceptos tienen en común la nota del enriquecimiento injusto como principio inspirador de su contenido. Con ello el legislador se hace eco de la línea jurisprudencial que, partiendo de la prohibición de enriquecimiento injusto, accede a peticio-

(21) De igual forma se prevé en el artículo 31,1 del citado texto para las rupturas de las parejas homosexuales.

(22) *“En defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto”.*

(23) Vid. sobre el particular LÓPEZ AZCONA, *La ruptura de las parejas de hecho*, Pamplona, 2002, p. 116.

(24) 2. *El conviviente perjudicado puede reclamar una pensión compensatoria cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos: a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja. b) Que el otro conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia”.*

nes indemnizatorias o compensatorias producidas como consecuencia de las rupturas de uniones de hecho (25). No obstante, la aplicación de este principio general presenta determinadas peculiaridades manifestadas, expresamente, en la redacción de los preceptos forales.

En primer lugar, y para que proceda el pago de la compensación económica prevista es necesario que el enriquecimiento, y consiguiente empobrecimiento, se presente o se manifieste en un desequilibrio patrimonial entre los miembros de la pareja que se deshace. No basta, pues, la constatación de un enriquecimiento-empobrecimiento, entre los que exista una relación causa-efecto, sino que, además, la normativa añade un plus: entre los patrimonios de cada uno de los convivientes debe presentarse un desequilibrio patrimonial; es decir, uno debe ser sensiblemente superior al otro, de forma que ello tenga como consecuencia que el titular del patrimonio favorecido se encuentre en una mejor posición para enfrentar su vida futura en solitario, y fuera del marco protector que supone vivir en pareja. El descrito desequilibrio debe corresponderse, con toda lógica, con el enriquecimiento-empobrecimiento, de tal suerte que, el patrimonio superior debe pertenecer al sujeto enriquecido, injustamente, y el patrimonio de menor entidad al desfavorecido por la ruptura.

En segundo lugar, la situación descrita se ha de producir como consecuencia (en las leyes catalana y navarra) del trabajo del conviviente perjudicado sin retribución alguna, o percibiendo una retribución de poca entidad, bien para el hogar familiar (trabajo doméstico), bien para el otro conviviente. La ley aragonesa, aparte de un pequeño matiz a los supuestos descritos como causantes de la situación de enriquecimiento (26), se aparta, junto con la balear, añadiendo un supuesto nuevo, no exento de críticas sobre su inoportunidad (27): el hecho de que el conviviente

(25) Por ejemplo, sentencias TS 11 diciembre 1992, RJ 1992/9733 y 27 marzo 2001, RJ 2001/4770; TSJ Cataluña, 15 enero 2001, RJ 2001/8169. Sin ánimo de exhaustividad, y haciendo referencia a los pronunciamientos más recientes, son múltiples las referencias encontradas en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, donde, haciendo valer los fundamentos del enriquecimiento injusto acceden o niegan la procedencia de una compensación económica. Así, entre ellas, Pontevedra, 1-7-98, AC 1998/35, Girona, 15-12-99, AC 1999/2269; Cádiz, 2-7-99, AC 1999/8253; Toledo, 18-5-00, AC 2000/56; Zaragoza, 23-1-01, AC 2001/749 y Alicante, 1-2-01, AC 2001/1099.

(26) Añade, pues, o, más bien, matiza, tal y como apuntamos en el texto principal, que el trabajo no retribuido o deficientemente retribuido, lo sea para el hogar, los hijos comunes, o los hijos del otro conviviente.

(27) Particularmente significativas y, en mi opinión adecuadas y, por tanto, compartidas, las vertidas por LÓPEZ AZCONA, *La ruptura de las parejas de hecho*, Pamplona, 2002, pp. 120-121, y que, a continuación, transcribo: *"Esta regla merece varios comentarios. En primer lugar, la referencia a la contribución de uno de los convivientes a la adquisición de bienes del otro, está en línea directa con algunos pronunciamientos jurisprudenciales que consideran tal hecho generador de una indemnización por enriquecimiento injusto. Más discutible resulta la alusión a la*

perjudicado haya contribuido, bien por medio de aportación económica, bien por medio de su trabajo desinteresado y altruista, a la adquisición, conservación o mejora de bienes comunes o privativos del otro conviviente.

Con todo ello, y habida cuenta de la existencia de esta compensación económica, queda ahora preguntarnos si estamos ante una percepción idéntica a la que el legislador ha previsto en el Derecho común para los supuestos de separación y divorcio, conocida como pensión compensatoria, o estamos ante una percepción diferente.

La primera conclusión obvia y que se deriva de la comparación entre ambas figuras, no es otra que la afirmación de que el concepto regulado en la normativa foral catalana, navarra, balear y aragonesa no es una pensión en su sentido literal, ya que no se abona periódicamente, sino a tanto alzado, en metálico (28), o por medio de la entrega de bienes si así se acuerda entre las partes o es autorizado por el juez, por causa justificada (29), en el plazo legalmente determinado (30). Sin embargo, este es un argumento de poco peso, pues aunque la pensión compensatoria es concebida por el legislador como una cantidad periódica, se admite la sustitución de la misma, entre otros, por la entrega de “*un capital en bienes o en dinero*” (31).

Para poder concluir con contundencia si existe o no una común naturaleza jurídica de ambos emolumentos, debe hacerse desde el fundamento de las figuras. En este sentido la pensión compensatoria tiene como fundamento y finalidad la compensación del desequilibrio patrimonial producido, como consecuencia de la ruptura matrimonial, y que tiene su origen en la asunción por uno de los miembros del matrimonio, de un mayor coste de oportunidades durante la vida conyugal. De ahí las referencias en el artículo 97 C.c. a cuestiones tales como la edad, la du-

contribución a la adquisición de bienes comunes, ya que en este caso no procederá, como regla, una indemnización sino el derecho a participar en tales bienes. Con todo, cabe una interpretación de esta norma en el sentido de que sea aplicable a aquellas situaciones producidas cuando ambos convivientes hubieran adquirido por cuotas iguales un bien y, sin embargo, la aportación de uno de ellos fuera superior a la del otro, en cuyo caso sí que procederá el derecho a ser compensado. En tercer y último lugar, debe notarse que la compensación por enriquecimiento injusto no se predica exclusivamente de la simple adquisición de bienes, sino que alcanza también a los gastos de conservación y mejora tanto de los bienes comunes como privativos”. Tampoco goza de simpatías el precepto aragonés para AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables, Valencia, 2002, p. 257.

(28) La Ley aragonesa en su artículo 7.1 sólo se refiere a la compensación económica.

(29) En cambio las leyes catalana (art. 16.3) y navarra (art. 6.3) admiten la posibilidad de sustitución.

(30) Tres años, leyes catalana y navarra (arts. 16.3 y 6.3, respectivamente) y una ley aragonesa y balear (art. 7.3 y art. 10.1 respectivamente).

(31) Artículo 99 C.c.

ración del matrimonio, ... para, desde ellas, determinar la existencia del derecho así como para cuantificar su importe. Si el coste de oportunidades no es tan elevado como se previó, es posible la modificación o extinción de la pensión en los términos previstos en los artículos 100 y 101 del C.c.

Sin embargo, no encontramos alusión alguna en los preceptos citados a datos o cuestiones que nos hagan presumir que el legislador pretende con este concepto, compensar coste de oportunidad alguno. La existencia o no del derecho a percibir la compensación económica sólo depende de la existencia del desequilibrio patrimonial (basta para ello comprobar contablemente ambos patrimonios), siempre que este desequilibrio tenga como origen un enriquecimiento injusto provocado por la dedicación de uno de los convivientes a las tareas domésticas o haya trabajado para el otro sin recibir retribución alguna (o recibir una retribución insignificante), y también, el supuesto contemplado en la Ley aragonesa y balear, ya comentado. Es decir, no existe compensación, aunque exista desequilibrio y enriquecimiento, si ninguno de los cónyuges se ha dedicado a las tareas domésticas más que el otro o ha trabajado de forma gratuita o casi gratuita para el enriquecido (o haya invertido su trabajo o capital en la adquisición, mejora y conservación de bienes comunes o privativos del enriquecido, para el territorio aragonés). En cambio, es posible, en el supuesto descrito, y si se acredita la asunción de un coste de oportunidades mayor para uno de los cónyuges, la existencia de una pensión compensatoria cuando se manifieste la crisis matrimonial.

Todo ello nos lleva a afirmar que la pensión compensatoria no tiene igual naturaleza jurídica que la compensación económica prevista en el Derecho foral. Es decir, estamos ante figuras distintas y, por tanto, incompatibles, al menos desde un punto de vista teórico.

Sí existe un concepto en nuestro C.c. con el que la compensación económica que estamos tratando guarda gran similitud. Me estoy refiriendo a la compensación económica prevista en el artículo 1.438 del C.c., para la liquidación del régimen de separación de bienes, y cuyo beneficiario es el cónyuge que se haya dedicado al trabajo doméstico. Y más similitud, todavía, guarda con el artículo 41 del Código de Familia catalán (32). No podemos olvidar que la primera de estas leyes forales fue la catalana, y que, lógicamente, una de sus fuentes de inspiración fue el Código de Fa-

(32) Entre otros muchos, se hace eco de esta similitud LÓPEZ BURNIOL, "La ley catalana de uniones estables de pareja", *RJC*, 1999-3, pp. 9 y ss. Muy significativas son las siguientes palabras aparecidas en la p. 35 de la obra citada: "*Por lo que debo concluir que -a mi juicio- el fundamento de la compensación establecida para evitar un enriquecimiento injusto es idéntica, tanto en el caso de matrimonio sujeto a separación de bienes, como en el caso de unión estable de pareja heterosexual*".

milia. Que las leyes posteriores se inspiraron en su antecesora catalana, es una cuestión evidente en cuyo comentario no nos detendremos.

El artículo 41 del CF establece, de forma semejante aunque no idéntica al artículo 1.438 C.c., el derecho a percibir una compensación económica cuando se liquida el régimen de separación de bienes como consecuencia de la separación, nulidad o divorcio de los cónyuges, y uno de los cónyuges o ex cónyuges presenta un *desequilibrio patrimonial con relación al otro*, situación que tiene su origen en el enriquecimiento injusto producido como consecuencia del trabajo no remunerado del cónyuge perjudicado para el hogar o para el cónyuge enriquecido (33). El régimen jurídico previsto en el citado precepto es idéntico al contenido en las leyes catalana (34) y navarra, y difieren la aragonesa y balear en los términos ya comentados, aunque la esencia de su normativa es la misma. Leyendo el texto literal del precepto, no queda lugar a la duda sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica (35).

2. La pensión periódica.

Las cuatro normativas forales sobre parejas de hecho se refieren a una llamada “pensión periódica”, que ha lugar cuando concurren los requisitos legales al efecto y siempre que exista una ruptura de la unión convivencial de la pareja. Aunque el régimen jurídico es semejante y obedece a una finalidad parecida, al igual que ocurría con la “compensación económica”, existen algunas peculiaridades y matices en las distintas normativas.

Es común a todas ellas la compatibilidad entre la percepción de esta pensión con el derecho a recibir una compensación económica; aunque su coexistencia dará lugar a una moderación o ponderación de las canti-

(33) Muy interesante el trabajo de ROCA I TRÍAS, “¿Será catalana Ivana Trump? Comentario a la STSJC de 27 de abril 2000 sobre liquidación de régimen de separación de bienes”, *RJC*, 2000-4, pp. 177 y ss., donde reflexiona sobre el sentido del enriquecimiento injusto presente en el artículo 41 CF así como el régimen previsto en dicho precepto.

(34) Sobre la Ley catalana, *vid.* MARTÍN CASALS, “Aproximación a la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 12, enero-diciembre 1998, pp. 142 y ss.

(35) Artículo 41 CF: “*Compensación económica por razón de trabajo. 1.– En los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en caso de que se haya generado, por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. 2.– La compensación debe satisfacerse en metálico, salvo acuerdo entre las partes o si la autoridad judicial, por causa justificada, autoriza el pago de bienes del cónyuge obligado. El pago debe tener efecto en un plazo máximo de tres años, con devengo de interés legal desde el reconocimiento, caso en el que puede acordarse judicialmente la constitución de garantías a favor del cónyuge acreedor.*”

dades a percibir (36). También es común su concepción como una prestación periódica y en dinero, a diferencia de la "compensación económica", definida como una cantidad a tanto alzado.

No obstante, el estudio de esta figura debe hacerse, y de acuerdo con el planteamiento de este trabajo, buscando su paralelismo o analogía con la pensión compensatoria. Para ello es necesario cuestionarse la naturaleza jurídica de la pensión periódica. En este sentido podemos afirmar que la pensión periódica es una pensión alimenticia (37), ya que su finalidad es asistencial para atender el sustento del conviviente que la recibe, tal y como, expresamente, se reconoce en los textos legales (38).

Su carácter alimenticio no es pleno o total, ya que las necesidades de sustento a las que se aluden por el legislador, están condicionadas a su causa de producción. No basta, pues, la mera necesidad del alimentista, sino que esa necesidad debe tener su origen, bien en que el cuidado de

(36) Se refieren expresamente a la compatibilidad la Ley catalana (arts. 16,1 para parejas heterosexuales y 2.1 para parejas homosexuales), y la Ley balear (art. 10.5). Esta última añade la necesidad de reclamación conjunta a fin de ponderar su cuantificación. No hacen, en cambio, alusión directa o expresa las leyes navarra y aragonesa, aunque el dato de la compatibilidad se infiere de sus disposiciones.

(37) Habida cuenta que el C.c. establece, de forma expresa, que el derecho de alimentos sólo existe entre los cónyuges (art. 143,1.º C.c.), y que es, en definitiva, el parentesco la justificación de esta prestación, la negativa a admitir una obligación alimenticia entre los convivientes es la conclusión lógica de dichas afirmaciones; y así lo ha entendido de forma unánime la jurisprudencia. Por ello, ha estado presente (y lo está) en nuestro legislador la necesidad de establecer una obligación de alimentos entre los convivientes, durante y después de su unión, siempre que, claro está, se den los requisitos de necesidad del beneficiario y medios del deudor. La proposición de Ley 122/000071 de reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables, presentada por el grupo parlamentario de Coalición Canaria en abril de 1997, y, actualmente caducada, recogía la modificación de los artículos 143.1 y 144.1 del C.c., en el sentido de reconocer el derecho de alimentos entre los convivientes en pareja estable. Igualmente en las leyes forales está presente el derecho de alimentos entre los convivientes (art. 6 Ley balear, arts. 8 y 26 Ley catalana de forma general y, posteriormente, en todas por medio de la pensión periódica). Sobre la pensión alimenticia entre convivientes de hecho en Derecho comparado, CORRAL GILÓN, "Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte segunda: Efectos patrimoniales", *RCDI*, n.º 664, pp. 559 y ss., concretamente pp. 598 a 600.

(38) Artículo 14 Ley catalana: "*Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros puede reclamar del otro una pensión alimenticia periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes*". Para las parejas homosexuales dice el artículo 31.2: "*Cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar al otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento*". Artículo 2 Ley aragonesa: "*Al producirse la extinción de la convivencia por las causas previstas en el párrafo anterior, cualquiera de los convivientes podrá solicitar al otro una pensión, si la necesita para su sustento*". Artículo 5.4 Ley navarra: "*Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros podrá reclamar del otro una pensión, si la necesita para atender adecuadamente su sustento en los siguientes casos*". Artículo 9.1 de la Ley balear: "*Cuando la convivencia cese, cualquiera de los miembros puede reclamar al otro el pago de una pensión periódica, siempre que la necesite para atender adecuadamente su sustento y se encuentre en uno de los siguientes casos*".

los hijos comunes le impida o dificulte realizar tareas laborales (39), o que la convivencia le haya disminuido su capacidad para obtener ingresos (40). Detengámonos, aunque sea de forma breve, a analizar estas causas, pues, a partir de ellas, empieza a difuminarse el carácter alimenticio de esta prestación periódica, y aparecen rasgos comunes con la pensión compensatoria de los artículos 97 y ss. del C.c.

En primer lugar, el legislador establece una pensión periódica para atender a las necesidades asistenciales del conviviente que asume la guarda y custodia de los hijos comunes [se entiende que menores de edad o no emancipados; de ahí las referencias expresas a la extinción de la pensión cuando se estableció por este motivo y los hijos alcanzan la mayoría de edad o se emancipan, salvo que estén incapacitados (41)]. Desde este planteamiento la pensión se establece en interés de los hijos, para garantizar su cuidado y evitar que, ante necesidades acuciantes, se vea obligado el conviviente-cuidador a realizar actividades laborales que puedan afectar a su función paterna o materna. No quiero con ello decir que esta pensión esté evitando el acceso al mundo laboral para el conviviente que asume la guarda y custodia de los hijos comunes. El derecho a pensión surge, no porque el sujeto sea el cuidador o guardador de los hijos menores, sino porque esa función le impide o dificulta acceder al mercado de trabajo. Si, en cambio, existe compatibilidad, aunque exista necesidad (lo cual es bastante complicado que pueda apreciarse, pues si está realizando actividad retribuida el sujeto, a no ser que concurran unas circunstancias excepcionales, difícilmente puede estar en situación de necesidad), literalmente no puede surgir el derecho a cobrar la pensión. Así pues, para que surja el derecho a percibir una pensión periódica es necesario que el sujeto beneficiario tenga la guarda y custodia de sus hijos menores; que, por supuesto, exista una necesidad, pues la finalidad de la percepción económica es el sustento; y que no desempeñe actividad laboral retribuida alguna, o lo haga de forma parcial, como consecuencia de la carga que supone atender a sus hijos menores o incapaces.

En este sentido la pensión periódica no pierde su naturaleza alimenticia, aunque esté condicionada al supuesto descrito anteriormente; pudiendo afirmarse que con ella se pretende repartir las cargas familiares derivadas de la unión: uno cuida a los hijos y por ello recibe una cantidad para su sustento porque dicho cuidado le impide o dificulta acceder al mundo laboral; y el otro está obligado al abono de una suma en concepto de pensión, por los motivos descritos.

(39) Artículo 14, b) Ley catalana, 4, b) navarra, 9,1, b) balear y 7,1 a) aragonesa.

(40) Sólo la norma aragonesa no alude a este supuesto, conteniendo únicamente referencia al cuidado de los hijos como causa de la necesidad.

(41) Vid. artículo 6.6 Ley navarra, artículo 10.2 *in fine* Ley balear, artículo 16.4 Ley catalana y artículo 7.2 Ley aragonesa.

En segundo lugar, las leyes catalana, navarra y balear (que no la aragonesa), añaden una causa más a esa necesidad alimenticia que la pensión periódica pretende solventar: que la convivencia haya disminuido la capacidad de obtener ingresos del conviviente solicitante (42).

El supuesto anterior es difícilmente encajable dentro de la concepción de una pensión alimenticia. Y ello porque si la pensión está atendiendo a una finalidad asistencial generada porque uno de los convivientes no puede acceder al mercado laboral, como consecuencia de la disminución de su capacidad como sujeto laboralmente activo, la pensión lo que está es compensando el coste de oportunidades que ha asumido el conviviente que se encuentra en la situación de necesidad. Así, puede suceder que el sujeto carece de ingresos, pero no lo está por causa de que su capacidad se haya visto disminuida por la convivencia sino por otras circunstancias (porque, por ejemplo, se ha quedado sin trabajo antes de la ruptura, y cuando ésta se produce aún no ha encontrado empleo). En ese caso no tendría derecho a pensión periódica, a no ser que asuma la guarda y custodia de los hijos comunes, recibíendola, pues, por otro concepto.

Además, esa disminución de la capacidad del solicitante para obtener ingresos como consecuencia de la ruptura, a la que alude la norma, es una forma literaria de aludir a los criterios del artículo 97 C.c., criterios de los que hemos predicado su función determinante del derecho a pensión compensatoria y cuantificador de la misma. Porque, en definitiva, es *“la edad y el estado de salud”* (art. 97.2 C.c.), *“la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo”* (art. 97.3 C.c.), *“la dedicación pasada y futura a la familia”* (art. 97.4 C.c.), *“la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge”* (art. 97.5 C.c.) o *“la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal”* (art. 97.6 C.c.), los factores que determinan que un sujeto que ha convivido con otro, y que ha renunciado a una serie de oportunidades para atender a las necesidades generadas por la misma, cuando la pareja se rompe, su capacidad de obtener ingresos, es decir, de acceder al mercado de trabajo se encuentra, por ello, disminuida o, incluso, anulada. La razón es que estas pautas o criterios sirven para que el juez pueda apreciar el coste de oportunidades asumido por la parte que debe ser compensada. De igual manera, y esta vez de forma indirecta, deberán ser utilizados para concretar si el sujeto ex conviviente debe percibir una pensión periódica para su sustento, porque la asunción de un coste de oportunidades mayor que el otro conviviente le impide acceder al mundo laboral.

(42) Artículo 14, a) y artículo 32 de la Ley catalana, 4, a) Ley navarra, 9,1, a) Ley balear.

Así como empezamos afirmando el carácter alimenticio y, por tanto, asistencial de la pensión periódica, llegado este punto no tenemos más remedio que afirmar que este carácter o rasgo no es exclusivo y que la pensión periódica goza, también, de naturaleza compensatoria.

Pero no es esta la única ocasión en la que la pensión periódica nos muestra su vertiente compensatoria. En este sentido, las normativas catalana (43), balear (44) y navarra (45) (no así la aragonesa) (46), contemplan, como causa de extinción del derecho a recibir la pensión periódica, una vez ésta ha sido fijada, aparte de las causas comunes a la extinción de la deuda de alimentos, de que los hijos alcancen la mayoría de edad o se emancipen, el hecho de que el beneficiario contraiga nuevo matrimonio o conviva maritalmente con otro sujeto, tal y como lo hace el artículo 101.1 del C.c. para la pensión compensatoria.

En definitiva, la pensión periódica es una figura que comparte rasgos con la pensión alimenticia y con la pensión compensatoria, por lo que no es posible encasillarla en estos dos modelos retributivos, sino afirmar que se trata de una figura jurídica diferente o con un “*carácter mixto*” (47).

III. La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al 5 de julio de 2001

Hasta la sentencia de 5 de julio de 2001 no existía pronunciamiento del TS favorable (48) al establecimiento de una pensión compensatoria a favor del conviviente perjudicado, aplicando analógicamente la normativa prevista en el C.c. en los artículos 97 y ss. en los supuestos de separación y divorcio. Para llegar a esta resolución, nuestro Alto Tribunal ha experimentado una evolución, manifestada en las sentencias cuyo estudio o exposición se procede, a continuación. Sin ánimo de desdeñar los pronunciamientos de la mal llamada “jurisprudencia menor”, que, como suele ser frecuente, van abonando con sus sentencias el camino al Tribunal Supremo, que, finalmente, y siempre con el retraso propio de la cautela,

(43) Artículos 16.4 y 32.4.

(44) Artículo 10.2.

(45) Artículo 16.2.

(46) Sólo contempla como causa de extinción el hecho de que los hijos alcancen la mayoría de edad o se emancipen (art. 7.2).

(47) Así la califica LÓPEZ AZCONA, ob. cit., p. 123. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 258, y en relación a la normativa catalana, entiende que es más destacable su vertiente compensatoria que alimenticia.

(48) La doctrina sí se había ocupado del tema. Entre otros, vid. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Pamplona, 1999, pp. 228 a 251.

acaba fallando en el sentido que ya había sido preconizado en nuestras Audiencias, nuestra exposición se va a ceñir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1. La sentencia de 11 de diciembre de 1992: la prohibición de enriquecimiento injusto.

La sentencia de 11 de diciembre de 1992 (49), aunque no se refiere directamente al derecho a percibir una pensión compensatoria, es interesante por ser la primera vez que el Tribunal Supremo se plantea la procedencia de abonar una cantidad indemnizatoria al conviviente que se ha dedicado a las tareas domésticas, cuando la unión se rompe. Además, es un precedente acorde con la lógica que ha guiado la evolución jurisprudencial. A saber, en un primer momento no se planteó el derecho a una pensión compensatoria, sino el derecho de percibir una indemnización por los perjuicios que la convivencia había causado al conviviente que había asumido un coste de oportunidades mayor. El fundamento jurídico se ubicaba, bien sobre el artículo 1.902 del C.c. (vía que apenas prosperó, pues la mecánica de la responsabilidad civil de este precepto era difícilmente encajable en los presupuestos que ocasionaban la pretensión indemnizatoria), o sobre la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto. Esta última vía gozó de gran éxito, y a su amparo se dictaron (y se dictan), sentencias favorables a la fijación de indemnizaciones a favor del conviviente perjudicado. En puridad, esta resolución, y tal y como se ha indicado, no versa sobre el establecimiento de una pensión compensatoria, como tampoco lo son las restantes que vamos a abordar en este apartado. Y ello porque sólo la sentencia de 5 de julio de 2001, se cuestiona el abono de una pensión compensatoria, aplicando analógicamente el artículo 97 del C.c. No obstante, los precedentes, los pilares de dicha resolución, se encuentran en los pronunciamientos precedentes, de ahí su importancia para valorar adecuadamente el alcance de esta sentencia.

Como consecuencia de la crisis de una pareja conviviente *more uxorio* durante ocho años, uno de los miembros de ella, concretamente la mujer, solicita se le adjudiquen la mitad de los bienes adquiridos durante dicho periodo, bien apreciando la existencia de una comunidad o aplicando, subsidiariamente, el régimen económico de los gananciales. Igualmente, y en su defecto, pide sea indemnizada en una determinada cantidad. Accede a la petición indemnizatoria el juzgado de instancia, y

(49) RJ 1992/9733.

apelada, es rebajada, sensiblemente, por los magistrados de la Audiencia. Posteriormente es recurrida en casación por ambas partes.

Sin entrar a valorar ni exponer, pues no es el tema que estamos estudiando, el contenido de la sentencia en orden a la improcedencia de aplicar analógicamente la normativa sobre la sociedad universal de ganancias, tal y como pretendía la recurrente, el Tribunal Supremo aborda una serie de cuestiones importantes y sobre las que dependerá que la pretensión indemnizatoria prospere.

En primer lugar, rechaza de plano que la posible indemnización encuentre su fundamento en el artículo 1.902 del C.c. o en el artículo 97 del C.c., este último aplicado analógicamente. No le faltan razones a nuestro Alto Tribunal. El artículo 1.902 del C.c. precisa una serie de requisitos o presupuestos, fundamentalmente la existencia de culpa o negligencia en el daño que se repara, que no concurren en la pretensión indemnizatoria solicitada (50). Tampoco es pertinente la invocación del artículo 97 C.c., pues la petición sobre la que versa el pleito es una cantidad indemnizatoria a tanto alzado, no una pensión (51); sin embargo, y de forma sutil, indica la posibilidad de que exista un cierto paralelismo entre el empobrecimiento aludido por la recurrente y la situación descrita en la norma. Los términos a los que aludo, y de forma literal, son los siguientes y su ubicación en el texto de la sentencia es correlativa a la negativa de aplicar el artículo 97 C.c. (52) “... aunque ha de reconocerse que la sentencia impugnada, al invocar el «empeoramiento» sufrido por la señora M. quizá tuvo presente la situación fáctica de que parte el precepto...” (53).

En segundo lugar, el Tribunal Supremo entra a estudiar los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que concurra una petición indemnizatoria, bajo el amparo normativo del principio de prohibición de enriquecimiento injusto. Y ello, porque, entre líneas se lee, piensa que es esta la vía idónea para dar cauce a las indemnizaciones que puedan tramitarse como consecuencia de la ruptura de las convivencias de hecho, cuando una parte esté perjudicada por dicha convivencia. En este sentido, y tras analizar dichos requisitos aplicados a la situación fáctica que da lugar al

(50) “... ni concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad por culpa o negligencia ni en la demanda se pretendió indemnización alguna sobre tal base ni, por último, la sentencia permite suponerlo”, son los tajantes términos con los que el Tribunal, de forma breve y contundente, rechaza la aplicación del artículo 1.902 C.c., en el FD 3.º de la citada sentencia.

(51) “... y, en cuanto al art. 97, tampoco se trata aquí de la fijación de una pensión por analogía con lo dispuesto para el caso de separación o divorcio, lo que excluye cualquier aplicación de aquel...” (FD 3.º).

(52) Vid. cita anterior.

(53) FD 3.º.

proceso (54), se manifiesta favorable a la cuantía indemnizatoria establecida por la Audiencia, por entender que está bajo la cobertura normativa del principio general del Derecho que veda el enriquecimiento sin causa (55).

2. La sentencia de 30 de diciembre de 1994: la improcedencia de la aplicación analógica de las normas del matrimonio.

En la sentencia de 30 de diciembre de 1994 (56) el Tribunal Supremo reflexiona sobre la procedencia de aplicar las normas previstas en nuestro Código civil para la institución del matrimonio, a la situación generada como consecuencia de la ruptura de una pareja de hecho. El citado pronunciamiento tiene su causa en los siguientes hechos: rota una convivencia "*more uxorio*", la mujer solicita la atribución del uso de la vivienda familiar, una pensión mensual y una cantidad en concepto de *litis expensas*, peticiones que son desestimadas por el juzgado de instancia por entender que no es pertinente la aplicación analógica de los preceptos que nuestro Código civil dedica a las rupturas, concretamente los artículos 96 (en relación al uso de la vivienda familiar) y 97 C.c. (en relación a la pensión compensatoria). Sin embargo, la Audiencia estima las pretensiones de la apelante, por considerar que las uniones de hecho son una familia a los efectos del artículo 39 de la CE, que al no distinguir entre familia matrimonial o no, le faculta a aplicar analógicamente los artículos 96 y 97 C.c., y estimar parcialmente el recurso, en cuanto al derecho

(54) "... Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación de enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio..." (FD 4.º).

(55) "... En cuanto al primer requisito, ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el señor B. durante los años de convivencia con la señora M. se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la señora M. hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes enunciados, ya que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la señora M. y el beneficio reportado al señor B. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal «a quo», porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en la forma que está probado lo vino realizando la señora M. Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa..." (FD 4.º).

(56) RJ 1994/10391.

a usar la vivienda familiar y el derecho a percibir una pensión por desequilibrio o compensatoria. Sin embargo, y recurrida en casación, es casada, rechazando la aplicación analógica de estos preceptos, con los siguientes razonamientos:

En primer lugar, y valiéndose de los argumentos utilizados por la misma sala en sentencia de 22 de julio 1993 (57), en virtud de la cual el Tribunal Supremo justificaba la inaplicación analógica de las normas previstas en el Código civil para regular los regímenes económicos matrimoniales, niega la existencia entre las uniones de hecho y la situación convivencial que genera el matrimonio, la similitud, la “identidad de razón”, que exige el Código civil en su artículo 4.1 para proceder a la aplicación analógica de las normas (58).

En segundo lugar, tampoco estima que la anomia existente en materia de uniones de hecho pueda ser calificada como una laguna jurídica. Ello porque lo que se produce en estas convivencias es una situación no regulada por el Derecho, por respeto a la voluntad y al libre albedrío de los individuos; que pueden optar entre contraer matrimonio o no contraerlo. Y si decidieran esto último, en el ejercicio de su libertad individual, el Derecho no debe inmiscuirse aplicando analógicamente una normativa prevista para el matrimonio, y que los sujetos han excluido voluntariamente no contrayendo matrimonio y estableciendo su unión al margen del Derecho (59).

(57) RJ 1993/6274.

(58) “El juego de la analogía radica en la similitud («semejanza» según el art. 4 del C.c.), entre el supuesto que ante el órgano judicial –o intérprete– se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o «identidad de razón» cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho. Pues bien, fijada la atención en el supuesto que la recurrente somete a la consideración de esta Sala, a los efectos de la aplicación analógica al mismo de los arts. 1.396 y siguientes del C.c., es evidente que esa semejanza no puede admitirse, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico civil; las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece por ejemplo con la creación del «estatus iuris» casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones «more uxorio», lo mismo acontece con los requisitos que la disolución del matrimonio requiere y no juegan para las de puro hecho...” (FD 2.º).

(59) “Por último, sólo nos queda añadir que la inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación «de facto» a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues,

Finalmente, acude al principio de igualdad del artículo 14 de la CE para afirmar su improcedencia como argumento favorable a la aplicación analógica, por ser presupuesto del mismo que los que la reclamen se encuentren en igual situación, cosa que no sucede entre el matrimonio y las convivencias extramatrimoniales (60).

3. La sentencia de 16 de diciembre de 1996: la aplicación del artículo 1.902 del C.c.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 (61), entre otras cuestiones (62), se aborda la procedencia del abono de una indemnización, solicitada por el conviviente que se siente perjudicado por la ruptura de la unión que mantenía con la, hasta entonces, pareja de hecho. No obstante, en el fundamento de su pretensión indemnizatoria, la recurrente ha añadido un factor más: la existencia de promesa de matrimonio, en base a la cual, y al incumplimiento de la misma que supone la ruptura de la unión, invocar la cobertura del artículo 43 del C.c.

Para ubicar la fundamentación jurídica de la pretensión indemnizatoria, huye el Tribunal del artículo 43 del C.c. Así y aun reconociendo que pudiera existir una promesa de matrimonio, determinante o no de la convivencia, entiende que ésta es “... *un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia...*” (63).

laguna de ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contra matrimonio y de quien, también pudiendo partir de una determinada fecha, no quiere la ruptura de un vínculo anterior. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la Ley, en detrimento de la libertad de pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir (al menos formalmente parece así) cuando la convivencia hace crisis” (FD 2.º).

(60) “Pero es que, además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el art. 14 CE es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquéllos respecto de los cuales se reclame se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma” (FD 2.º).

(61) RJ 1996/9020. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Promesa de matrimonio y convivencia more uxorio (Comentario a la STS de 16 de diciembre 1996)”. *Aranzadi Civil*, vol. III, sección Tribuna, 1996, pp. 16-18.

(62) Concretamente la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja, el que convive con los hijos comunes, aplicando analógicamente la normativa prevista en nuestro C.c., para el caso de crisis matrimonial.

(63) Y sigue el Tribunal: “... *En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento jurídico unitario, aunque no faltan referencias legales, y más jurisprudenciales, que se ocupan de las cuestiones jurídicas suscitadas por las mismas. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho romano que terminó imponiéndose a las formas solemnes o como el matrimonio «a juras»*

El razonamiento, pues, se desplaza, del artículo 43 del C.c. al artículo 1.902 del C.c., y desde la premisa de que el origen del daño está en una omisión: “... *la imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los hechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura...*” (64), procede a analizar la existencia de culpa o negligencia en el comportamiento de los sujetos implicados. Considera que el varón presenta un comportamiento negligente, con una negligencia mayor de la que puede apreciarse en la mujer. Y ello porque con su conducta el hombre “... *indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podía acarrearle a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida con el consiguiente empobrecimiento que dada la situación se produciría, si, como ocurrió, aquella convivencia tuviese fin ...*” (65). Sin embargo, tampoco está exento de reproches el comportamiento de la mujer, cuya falta de previsión le llevó a la situación de empobrecimiento generada por la ruptura (66). Como consecuencia de lo anterior, aprecia la concurrencia de culpas, aunque, por ser mayor la del varón, debe indemnizar a la mujer por la ruptura de la unión (67).

No es esta, a mi juicio, una sentencia técnicamente muy afortunada, en cuanto a los razonamientos y fundamentos de los que el Tribunal se vale para proceder a entender justificable el abono de una indemnización, por los perjuicios causados a uno de los convivientes por la ruptura de dicha convivencia con su pareja *more uxorio*. Sin embargo, es reflejo de la “voluntad” del Tribunal Supremo de querer dar una respuesta a una situación, cuya anomia la deja huérfana ante una serie de perjuicios o injusticias, y que demanda una solución desde el Derecho. Una solución

del Derecho castellano, que fue aceptado por la iglesia, hasta la disciplina derivada del Concilio de Trento que instituyó la forma como requisito necesario para la existencia del matrimonio. Ni tampoco debe confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativas al matrimonio, y en otros casos, una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común, que resulta de la propia noción es la exclusión por regla general, de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras. No obstante, esta exclusión no significa como ocurre con todo fenómeno social que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja”.

(64) FD 5.º.

(65) FD 5.º.

(66) “... *aunque tampoco está exenta de culpa la actora que debió ponderar los efectos de los actos si la promesa no se cumplía*” (FD 5.º).

(67) Excluida la indemnización de los daños morales, dice que “... *Los demás daños son reparables, conforme al art. 1.902 del C.c., invocado entre los reguladores de la culpa extracontractual en los fundamentos jurídicos de la demanda, más tomando, incluso en consideración la concurrencia de culpas, aunque la de la mujer por lo dicho sea de menor entidad, procede que estos se cifren en ...*” (FD 6.º).

que, a veces, se impone desde instrumentos más adecuados o menos “chirriantes” (como es la aplicación del principio de prohibición de enriquecimiento injusto). Pero que, otras veces, quizás porque no exista otra forma de hacerlo, habida cuenta la mecánica procesal y la congruencia de la sentencia, el Tribunal, con ese deseo de solucionar la injusticia causada, ha optado por buscar en el sistema de responsabilidad civil, apoyado en el principio de culpa, el fundamento para acceder a la pretensión.

4. La sentencia de 27 de marzo de 2001: la protección del conviviente perjudicado.

La sentencia de 27 de marzo de 2001 (68) se dicta en un marco normativo diferente al que concurre en los otros dos pronunciamientos: a saber, ya se han promulgado algunas de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho (69), donde se contemplan una serie de derechos económicos derivados de la ruptura de la unión.

El citado pronunciamiento aborda una serie de cuestiones relacionadas con la ruptura de la convivencia: atribución de guarda y custodia de hijos, derecho de alimentos a los hijos, derecho a una indemnización para el conviviente perjudicado y atribución del uso de la vivienda familiar. Sólo nos detendremos a exponer, pues, los razonamientos que le llevan a acceder a la petición de una suma a tanto alzado por los “*perjuicios derivados de una larga convivencia, dedicación a la familia durante más de veinte años y por la diferencia económica existente entre las partes, originada por la ruptura sentimental*” (70).

Para considerar pertinente dicha pretensión, el Tribunal Supremo, a pesar de reconocer la similitud de los hechos con los contemplados en los artículos 97 del C.c. (pensión compensatoria) y 1.438 C.c. (indemnización trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes) (71), opta por la técnica de la analogía iuris, y resuelve aplicando el principio general del Derecho de protección del conviviente perjudicado (72). Esta técnica

(68) RJ 2001/4770. Véase SALAZART BORT, “Comentario a la STS de 27 de marzo 2001. Uniones de hecho y compensación del trabajo doméstico” (I), *AJA* de 20-12-01, pp. 1 a 6, y “Comentario a la STS de 27 de marzo 2001. Uniones de hecho y compensación del trabajo doméstico” (II), *AJA*, 27-12-01, pp. 1 a 4.

(69) Ello justifica que, aunque inaplicables en virtud del principio de territorialidad, son citadas en el FD 6.º.

(70) Son palabras de la demandante extraídas del suplico de su demanda, y que recoge el FD 5.º de la sentencia.

(71) “*Mediése, en relación con la analogía solicitada en este caso, sobre la compensación no sólo en el art. 97 del C.c., y su razón, trasladable a situaciones equivalentes, sino también, en el contenido del art. 1.438 del C.c...*”, FD 7.º.

(72) “*Empero, más allá de la simple «analogía legis» y extrayendo razones del entramado jurídico del ordenamiento, según una operación auténtica de «analogía iuris», la sentencia del TS*

no es original, y había sido utilizada previamente, para acceder por el mismo Tribunal, a la atribución del uso de la vivienda familiar en las rupturas de uniones de hecho (73). Además, meses antes, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fallaba en similar sentido, fundando su argumentación en la aplicación del principio general de protección al conviviente perjudicado (74).

IV. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001: la aplicación analógica del artículo 97 C.c.

La sentencia de 5 de julio de 2001 (75) marca un hito en tanto en cuanto es el primer pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal que reconoce el derecho a cobrar una pensión compensatoria, cuyo beneficiario es el cónyuge perjudicado por la ruptura de la convivencia, por aplicación analógica del artículo 97 del C.c., previsto, este último, para las rupturas conyugales.

Los hechos que dan lugar a la resolución son los siguientes: como consecuencia de la ruptura de una relación de convivencia *more uxorio*, la mujer, sintiéndose perjudicada, solicita se condene a su anterior pareja a abonar una pensión de la que es beneficiaria, y, subsidiariamente, se

de 10 de marzo de 1998, colma las lagunas existentes en relación con las uniones de hecho, conforme al principio general consistente en la protección del cónyuge perjudicado, en el caso concreto sobre la prestación referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje, asignado a la vivienda. Explicita, en este sentido, que se trata de una situación, «de trascendencia jurídica», derivada de una situación de hecho no regulada por la ley. Ni, desde luego, por la costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del Derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 del C.c. y matiza el apartado 4 del mismo artículo... Tal principio general, teniendo en cuenta las razones coincidentes que se aceptan en los preceptos ya señalados, se manifiestan, en cuanto al caso que se examina, en la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada". FD 7.º.

(73) TS 10 marzo 1998, RJ 1998/1272. *Vid.* nota anterior.

(74) Me estoy refiriendo a la sentencia del TSJC de 15 de enero de 2001, RJ 2001/8169. En su FD 3.º F, dice, textualmente, al respecto: "... no obstante esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado como el Código Civil (art. 96)... y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado..." (FD 3.º).

(75) RJ 2001/4993.

le condene al pago de una suma a tanto alzado por enriquecimiento injusto o una pensión de rehabilitación en reparación del daño causado ex artículo 1.902 del C.c.

El juzgado de instancia falla accediendo al establecimiento de una pensión, y, recurrida en apelación, es revocada parcialmente y sustituida la pensión por el pago de una suma a tanto alzado, en la que estima el enriquecimiento, y consiguiente empobrecimiento, que la convivencia ha generado. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo accede a reconocer el derecho a cobrar una pensión compensatoria. Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

En primer lugar reconoce que las situaciones convivenciales *more uxorio*, sin ser una situación homologable a todos los efectos con las uniones matrimoniales, es una realidad que el Derecho no debe desconocer, aunque carecen de normativa general que las ampare y regule (76).

En segundo lugar, y dada la ausencia de normativa, ya excepción claro está de la normativa autonómica que no es de aplicación a este supuesto, el Tribunal opta por recurrir a la analogía legis, tras criticar la técnica (por cierto, utilizada hasta entonces como vía para obtener una indemnización) de acudir al enriquecimiento injusto (77). Buscar una norma en el ordenamiento jurídico con la que el supuesto de hecho huérfa-no de regulación presente identidad de razón. Dicho precepto es el artículo 97 del C.c., y, bajo su amparo, falla accediendo al establecimiento de una pensión compensatoria para el conviviente perjudicado, por entender que los hechos que dan lugar al proceso son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma aplicada analógicamente (78).

(76) "... las llamadas «uniones de hecho» o «more uxorio» constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no solo por esta sala primera del Tribunal Supremo, sino por el propio Tribunal Constitucional... que tales uniones matrimoniales y las «more uxorio» no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial... Como ha puesto de relieve la reciente e importante sentencia de esta sala de 27 de Marzo de 2001, precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomia es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones producida unilateralmente y con relación a la posible indemnización atribuible al cónyuge más desfavorecido" (FD 2.º).

(77) "... De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía..." (FD 4.º).

(78) "Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino como destacó la referida sentencia más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy hábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante

Finalmente, añade un argumento más a su razonamiento: la necesidad de uniformar el régimen jurídico de las parejas de hecho; ya que de no ser así, se produciría una desigualdad entre los españoles, contraria al artículo 14 de la Constitución, y que radicaría en el diferente trato en cuanto a los efectos económicos de la ruptura, según los sujetos pudieran acogerse a una normativa autonómica o, por el contrario, por ubicarse la relación en un territorio donde rige el Derecho común, la anomia lo dejaría en una situación de desigualdad manifiesta (79).

Una sentencia tan novedosa, o, más correctamente, tan pionera, merece algunas líneas acerca de su valoración y su oportunidad. Máxime cuando, con toda seguridad, se va a convertir en una puerta abierta para que, bajo su dintel, tengan lugar pronunciamientos de las Audiencias en igual sentido. Sin ánimo de caer en conjeturas, el sentido común me hace vaticinar que con ella van a desaparecer las alusiones a enriquecimiento injusto para justificar la procedencia o no del abono de pensiones por desequilibrio (no así el abono de indemnizaciones a tanto alzado que sólo pueden proceder por el ejercicio de una acción de enriquecimiento injusto, máxime cuando en la normativa foral el pago de la indemnización o compensación económica se justifica, expresamente, en este principio). Además, ella va a generar que las peticiones de pensiones compensatorias o por desequilibrio en las rupturas de uniones de hecho se multipliquen. Hasta ahora, y dado el estado de la normativa foral (compensación económica y pensión periódica), así como la tendencia favorable a conceder indemnizaciones por aplicación del enriquecimiento injusto (a veces, incluso con apoyatura en el art. 1.902 C.c.), y la tendencia, al mismo

tal anomia, ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho «more uxorio» encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con alguno de los efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su art. 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de «more uxorio» de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio es de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio, como en el caso del recurso» (FD 4.º).

(79) “... Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad entre los españoles, proclamado en el art. 14 de la Constitución, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa o inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto fundamental...” (FD 4.º).

tiempo, de nuestro Alto Tribunal de rehuir la aplicación analógica de normas del matrimonio a las uniones de hecho (sobre todo las normas relativas a regímenes económicos matrimoniales, en las que la jurisprudencia es unánime a rechazar su aplicación extensiva a las uniones extramatrimoniales), las pretensiones reparatorias se solían articular solicitando una cantidad en concepto de indemnización por el empobrecimiento, y consiguiente enriquecimiento injusto, del conviviente perjudicado por la ruptura de la unión. Básicamente porque esta era la fórmula que más posibilidades de éxito ofrecía al demandante. A partir de esta sentencia, probablemente, se elija la otra vía, más cómoda y más familiar para nuestros órganos judiciales y para nuestros profesionales del Derecho: solicitar una pensión compensatoria, al igual que en las rupturas matrimoniales, fundamentando dicha pretensión en la aplicación analógica del artículo 97 del C.c.

Aunque hemos calificado el fallo, y la resolución judicial en su integridad, como novedoso y pionero, no lo es tanto si tenemos en cuenta los pronunciamientos (80) que en orden a otra cuestión, si bien distinta aunque paralela a la pensión compensatoria, tal cual es la atribución del uso de la vivienda familiar, han sido resueltos con igual técnica a la utilizada en este supuesto: aplicación analógica de normas económicas previstas para las rupturas conyugales.

Con esta sentencia, en definitiva, encuentra unidad en su planteamiento el Tribunal Supremo sobre las dos consecuencias económicas más importantes y trascendentes (por controvertidas) que pueden suscitarse como consecuencia de la ruptura de una unión extramatrimonial. Y ello habida cuenta que carece de controversia plantearse el derecho a alimentos, ya que no existe parentesco, o derechos económicos o no de los hijos, ya que estos son iguales ante la ley que los hijos matrimoniales. Me estoy refiriendo a la atribución del uso de la vivienda familiar y el derecho a la pensión compensatoria; y ambos se resuelven (si se tiene voluntad de hacerlo) de igual manera: por la técnica de la analogía legis (aplicación arts. 96 y 97 del C.c.), o por la analogía iuris (aplicación del principio de protección al conviviente perjudicado). Y digo de igual manera porque, aunque con técnicas distintas, el resultado al que se llega es idéntico. No obstante, entiendo más acertado con el esquema de fuentes previsto en el artículo 1 del C.c., acudir a la aplicación extensiva de la ley por medio

(80) Me estoy refiriendo, concretamente, a la sentencia de 16 de diciembre 1996 (RJ 1996/9020), citada en este trabajo, pero que, en orden a la atribución del uso de la vivienda familiar, solicitado también por el sujeto perjudicado por la ruptura, falla aplicando analógicamente el artículo 96 C.c.; también la sentencia de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001/4770), citada en el trabajo, y que, en orden a la atribución del uso de la vivienda familiar, entiende que es procedente su atribución por aplicación analógica del artículo 96 C.c. (aunque, posteriormente, y al haber sido vendida condena al anterior titular a compensar por medio de una indemnización).

de la analogía legis, antes que proceder a un principio general del Derecho que, en definitiva, se encuentra en el tercer lugar de la escala.

La sentencia del TS de 16 julio 2002 (81) falla resolviendo en igual sentido y acudiendo, por tanto, a la aplicación analógica del artículo 97 C.c. El valor de esta resolución, pobre en sus fundamentos de Derecho, radica en elevar a la categoría de “jurisprudencia”, a los efectos del artículo 1.6 del C.c., a estas dos resoluciones del Tribunal Supremo, con las importantes consecuencias que de ello se derivan al quedar consolidada la técnica descrita como línea jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal.

V. Reflexión final

Hasta aquí hemos llevado a cabo un estudio expositivo o descriptivo de la situación jurídica actual del objeto de este trabajo. En este orden de cosas, y sin perder de vista las reflexiones con que comenzábamos sobre el sentido actual de la pensión compensatoria en nuestro Derecho, se ha abordado el análisis de las prestaciones económicas previstas en las diferentes normativas forales para el caso de las rupturas de las parejas estables. Dicho análisis no se ha resistido a la comparación entre las citadas percepciones y la pensión compensatoria regulada en el Derecho común, a fin de poder entablar paralelismos y diferencias. Habida cuenta de la anomia en el resto del territorio español, el tema del derecho a cobrar una pensión compensatoria se ha resuelto de la mano de nuestros operadores jurídicos: los jueces. Y así, nos hemos hecho eco de los pronunciamientos más emblemáticos del Tribunal Supremo en la materia para recalcar, finalmente, en la sentencia de 5 de julio de 2001, aparente final de la trayectoria, en la que se reconoce el derecho a cobrar una pensión compensatoria al conviviente perjudicado por la ruptura de la unión. Podríamos acabar, pues, este trabajo manifestándonos sobre la conveniencia o no de esta sentencia (abundando un poco más en el comentario que de dicho texto hemos llevado a cabo al hilo de su exposición) y, quizás, también, opinando, desde el principio de igualdad, sobre la situación descrita en la que coexiste una normativa foral con una fórmula distinta a la que parece que va a ser, y si se sigue la técnica preconizada por la última sentencia del Tribunal Supremo (lo que tiene todos los visos de ser así, tal y como se ha razonado en este trabajo), la utilizada por nuestros jueces y tribunales, para solventar peticiones sobre compensaciones económicas producidas como consecuencia de la ruptura de la unión y a favor del conviviente perjudicado.

(81) *La Ley*, 14 octubre 2002, n.º 5.631.

Y así me disponía a finalizar, cuando la lectura de una serie de trabajos del profesor GAVIDIA SÁNCHEZ (82), que conocía pero sobre los que nunca antes había reflexionado, o, al menos, no lo había hecho desde el estudio de cuestiones relacionadas con las uniones de hecho, me han sugerido (y casi obligado), a reflexionar más allá de lo que pretendía, y de su mano, y haciendo míos muchos de sus argumentos y conclusiones, analizar las consecuencias que la situación descrita genera en dos órdenes distintos. En primer lugar, si las prestaciones económicas previstas en las diferentes normativas forales soportarían un juicio de constitucionalidad, desde la perspectiva de la libertad para contraer matrimonio, como un derecho reconocido en nuestra Constitución en el artículo 32, así como una manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad del sujeto preconizado en el artículo 10. En segundo lugar, y dado que la técnica finalmente utilizada por el Tribunal Supremo para solventar la procedencia de la pensión compensatoria en las rupturas de las parejas estables, es la “*analogía legis*”, cuestionarnos si es jurídicamente correcta, desde el análisis de los requisitos exigidos en el artículo 4 del C.c. para la aplicación analógica de las normas.

Con carácter previo y actuando como premisa de los razonamientos posteriores, hemos de partir del concepto de unión de hecho (83), caracterizado, no por la afectividad (que puede existir o no pero que, en ningún momento actúa como requisito necesario de su existencia), tampoco por la concurrencia de determinados requisitos formales: sino por la libertad que existe para ponerles fin. Es decir, la libre ruptura, que permite a los convivientes dar por terminada la unión, rompiendo la convivencia, sin necesidad de alegar causa o motivo alguno para ello. Y ello es lo que permite diferenciar estas uniones convivenciales del matrimonio y lo que justifica la protección de las uniones conyugales y el trato que reciben, diferente al dispensado para las uniones de hecho.

1. Prestaciones económicas previstas para el caso de ruptura en las normativas forales y la libertad para contraer o no contraer matrimonio.

Tal y como hemos visto, las normativas forales sobre parejas de hecho contemplan dos prestaciones económicas para el supuesto de ruptura de

(82) Me estoy refiriendo, concretamente, a “La libertad de elección entre matrimonio y unión libre”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 12, 1998, pp. 69 a 142; “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, *RJN*, octubre-diciembre 1999, pp. 199 a 355; “Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables”, *AC*, n.º 17, 2001, pp. 605 a 643 y, en menor medida, “Uniones homosexuales y concepto constitucional del matrimonio”, *REDC*, n.º 61, 2001, pp. 11 a 58.

(83) “Unión libre” como la denomina el profesor GAVIDIA SÁNCHEZ.

la unión, que se caracterizan por su compatibilidad. En este sentido es posible y, en algunos casos expresamente prevista tal posibilidad por el legislador, que tanto la compensación económica como la pensión periódica puedan ser percibidas por el sujeto perjudicado siempre que, según la normativa foral pertinente así como los presupuestos exigidos para ello, tenga derecho a ello.

En primer lugar, y entendiendo que entra dentro del marco constitucional la regulación legal de las uniones de hecho (84), es necesario comparar la situación descrita con la prevista para los supuestos de ruptura (o crisis) matrimonial en los diferentes ordenamientos forales, para apreciar si la normativa sobre parejas de hecho es, en este punto, más penalizadora, más beneficiosa, o con un tratamiento similar, al dispensado para las uniones matrimoniales. Y ello porque, si estamos ante una normativa que trata de igual manera las consecuencias económicas previstas para la ruptura de la convivencia que las generadas para las rupturas o crisis matrimoniales, puede ser que la libertad de ruptura se esté cercenando por esta vía, y que se esté dotando, innecesariamente, de un estatuto jurídico similar al matrimonial, a una realidad que huye, precisamente, de esa similitud y, por ello, se realice al margen de él. Ya que el sentido de la regulación de estos y otros efectos de las rupturas matrimoniales, tiene su sentido, su justificación, en los formalismos y causas exigidos para poner fin o suspender el vínculo conyugal, pero, puede carecer de sentido en el ámbito de una unión libre, en la que las partes, de forma expresa o tácita, aceptan la posibilidad de que se dé por finalizada en cualquier momento y por la mera libertad o voluntad de cualquiera de los integrantes. En el momento que al sujeto le sea igual de gravoso romper el vínculo conyugal que la unión convivencial fáctica, estaremos limitando, cercenando, su derecho a contraer o no contraer matrimonio. Cuanto más si la normativa penaliza de forma indirecta la unión de hecho, haciendo más onerosa su ruptura que la ruptura conyugal, e invitando, de esta forma, a los sujetos a optar por la unión matrimonial.

El CF catalán prevé unas consecuencias si no idénticas, sí semejantes, a las contenidas en la normativa foral sobre parejas estables. Así, en el artículo 41 se contiene un derecho a ser indemnizado en función del enriquecimiento injusto apreciado cuando se extingue el régimen económico de separación de bienes (precepto en el que hemos visto se inspiró el paralelo en la normativa sobre uniones de hecho), y una pensión compensatoria definida en el artículo 84 CF, aparte del derecho de alimentos existente entre cónyuges y sólo para el caso de separación, no de divorcio.

(84) Siempre que dicha regulación respere su intrínseca libertad de ruptura y no se convierta en un estatuto cuasi matrimonial.

En cambio, los restantes ordenamientos forales (aragonés, balear y navarro), no contemplan prestación económica alguna para el supuesto de ruptura matrimonial. Sobre la compensación económica contenida en las normativas forales de parejas de hecho, los intereses que los preceptos que a ella se refieren protegen, se encuentran cubiertos por los diferentes sistemas económicos matrimoniales de comunidad, que hacen copartícipes a los cónyuges del patrimonio común. Y si ellos fueran excluidos y se optara por el régimen de separación, el artículo 1.438 del C.c. contiene la norma paralela, a efectos de indemnización. Por tanto, no podemos decir que estemos ante una norma penalizadora del matrimonio por favorecer o dispensar un mejor trato a la unión convivencial. Más problema presenta la pensión periódica, aunque, desde la aplicación del Derecho común que contiene una pensión compensatoria (no igual pero sí paralela), y la prestación alimenticia entre esposos separados, también puede, al menos desde una primera aproximación, salvarse el primer escollo (85).

Sin embargo, sí puede suscitar alguna duda la constitucionalidad de la pensión periódica, como limitadora de la libre ruptura, carácter definidor y fundamental, desde nuestro punto de vista, de las uniones de hecho. En este sentido (86), no parece justificable que indemnizado el enriquecimiento injusto que la unión ha generado al conviviente perjudicado (lo cual es perfectamente lícito y, en puridad, no supone un obstáculo a la libertad de romper la unión ya que el hecho de que sea libre, no implica que sea irresponsable), además se abone otra percepción, la pensión periódica, de carácter mixto, pero que, cuando se ha abonado o indemnizado el enriquecimiento injusto, tiene un carácter compensatorio. Si la unión de hecho es libre porque libres son sus miembros de permanecer

(85) No opina así GAVIDIA SÁNCHEZ. En "Las uniones libres en la Ley Foral Navarra...", cit., pp. 622 y 623, entiende que el hecho de que en el Derecho navarro no se contemplen prestaciones económicas para el caso de ruptura matrimonial, convierte en penalizador el régimen previsto para las uniones libres, al contener la norma que regula estas uniones prestaciones económicas cuando tenga lugar la ruptura. Y ello a diferencia de Cataluña, donde al contemplar el Código de Familia prestaciones económicas para la situación de crisis conyugal, convierte en no penalizador el sistema contenido en la ley sobre parejas estables. Aunque en puridad poco tengo que objetar al planteamiento así descrito, mi desacuerdo se manifiesta a la hora de establecer los componentes de la comparación. Aunque la normativa foral en Navarra (y tampoco en Aragón e Islas Baleares) carece de preceptos dedicados a los efectos de las rupturas o crisis conyugales, el régimen del matrimonio se integra con las normas del Código civil. Así, entiendo, la comparación se debe llevar a cabo, no desde las normas forales (en cuyo caso el razonamiento del profesor GAVIDIA SÁNCHEZ es impoluto), sino desde el sistema aplicable a las crisis matrimoniales y sus consecuencias (Derecho común en cuanto no exista previsión foral), y el sistema previsto para las rupturas de las parejas estables.

(86) Estoy siguiendo los argumentos de GAVIDIA SÁNCHEZ, "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?", cit., pp. 234 a 246.

en ella o no hacerlo, de forma que, si la convivencia está limitando la capacidad de obtener ingresos, basta con romper la pareja para recuperar dicha capacidad, excepto en la medida en que la convivencia genera un enriquecimiento (y consiguiente empobrecimiento) injusto, ello no debe ser objeto de retribución. Sí en las uniones conyugales, habida cuenta que en ellas los sujetos no tienen libertad para salir o romper el vínculo. El hecho de que, además de indemnizar el enriquecimiento injusto (lo cual es, como ya he dicho, lícito y acorde con los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico), se deba abonar una pensión periódica en los términos contemplados en las diferentes normas forales, va a convertir la ruptura de las uniones en delicadas situaciones, desde el punto de vista económico, que va a hacer que muchos de los convivientes, libres cuando se unieron al margen del matrimonio, dejen de serlo cuando dejen dar por finalizada la convivencia, dadas las consecuencias económicas que les genera, muy similares (por no decir idénticas) a las matrimoniales.

En definitiva, en relación a las prestaciones económicas previstas para el supuesto de ruptura en las normas forales sobre parejas de hecho, podemos afirmar que la situación es muy similar (si no en cuanto a la naturaleza jurídica de las percepciones, cuestión esta de juristas, sí en cuanto al montante económico a abonar, es decir, puede ser tan “caro” romper un matrimonio como romper una unión libre) a la contemplada para las parejas matrimoniales. Y el hecho de que exista esta paridad (que depende, entiendo, de que se mantenga o no la prestación periódica, porque la compensación económica sí es acertada), afecta a la libertad de ruptura de la unión, en tanto en cuanto se le está imponiendo a estas uniones convivenciales, un estatuto jurídico matrimonial, que tiene su sentido en la rigidez del matrimonio y su vocación de permanencia, frente a la flexibilidad y la libertad que impera en las parejas de hecho. Y, en última instancia, si las uniones de hecho se convierten en cuasi matrimonio, el sujeto deja de tener libertad entre casarse o unirse de forma fáctica y libre, lo que afecta y cercena un derecho tan fundamental que se encuentra reconocido en nuestra Constitución. De ahí, pues, todas nuestras dudas sobre la constitucionalidad de estas normas forales.

2. La aplicación analógica de las normas del matrimonio como técnica para diseñar el marco jurídico de las uniones de hecho en el territorio del Derecho común.

Así como no existe normativa general sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho, a la hora de cuestionarnos el posible derecho al cobro de una pensión compensatoria, hemos acudido a la jurisprudencia para

escudriñar y determinar el estado actual de la citada cuestión. Desde sus pronunciamientos, hemos detectado cómo, finalmente, se ha optado por la *analogía legis*, a partir del artículo 97 del C.c. (como se había hecho ya en otras cuestiones, concretamente sobre el uso de la vivienda familiar), para afirmar la existencia de tal derecho a favor del conviviente perjudicado por la ruptura de la unión, siempre en los términos que el citado precepto contempla los requisitos de su existencia.

Es ahora el momento de hacer una valoración de dicha técnica, a partir del artículo 4.1 del C.c., para manifestarnos, no ya sobre su oportunidad práctica (o incluso, desde su “benevolencia”, entendiendo que pueda o no ser una respuesta acorde con las exigencias de la sociedad), sino desde su juridicidad (87).

Así, y según la dicción del artículo 4 del C.c., para que sea posible la aplicación analógica de un precepto es necesaria la concurrencia de tres requisitos en el hecho al que se pretende dar una respuesta normativa: que exista laguna legal, que exista identidad de razón entre el hecho no regulado y el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación analógica se pretende, y, finalmente, que la norma tenga capacidad extensiva (es decir, que no deba ser objeto de interpretación estricta, como las excepcionales, penales, de policía...). No vamos a entrar a argumentar la concurrencia del tercer requisito en el supuesto que nos ocupa, pues las normas que forman el estatuto jurídico del matrimonio, en puridad, pueden ser objeto de aplicación analógica, ya que gozan de la capacidad de poder ser interpretadas extensivamente. Pasemos, a continuación, a determinar la concurrencia o no de los otros dos requisitos o presupuestos del artículo 4 del C.c.

En primer lugar, es preciso que el operador jurídico se encuentre frente a una laguna legal. Laguna legal que no es identificable con hechos no regulados. No olvidemos que la regulación jurídica es una opción del legislador (en la mayoría de los supuestos en un Estado de Derecho), o de la comunidad (por medio del establecimiento de normas consuetudinarias). En numerosos casos el Derecho decide dejar al margen determinadas relaciones sociales que no le “interesan”; situaciones que, de demandar regulación jurídica, quedarían fuera de posibles aplicaciones analógicas por no constituir verdaderas lagunas legales. Para ello es necesario que la relación social pueda haber sido prevista o conocida por el legislador, y obviándola, optó por no entrar a juridificarla; o, como quizás sea el caso de las uniones de hecho (que, ciertamente no puede hablarse de laguna legal cuando se elaboró la reforma del Código civil de 1981, pues eran conocidas y expresamente ignoradas en ese momento), la realidad, inicial-

(87) Sigo en este punto los argumentos de GAVIDIA SÁNCHEZ, en “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, cit.

mente excluida, sobre una trascendencia que, probablemente, esa inicial voluntad excluyente no lo sea en la actualidad tanto. A esta segunda posibilidad le llamaremos lagunas sobrevenidas. Y tal y como acabamos de apuntar, las uniones de hecho en el momento presente puedan ser tenidas como un supuesto de laguna legal sobrevenida, por lo que queda cumplido el primer requisito exigido por el artículo 4 del C.c. (88).

En segundo lugar, exige nuestro texto legal la existencia entre el hecho no regulado normativamente y aquel cuya normativa se trata de aplicar, de "identidad de razón". Y en este punto mi afirmación es tajante: entre las uniones de hecho y el matrimonio, de forma global, no existe *identidad de razón*. Sí hay cierta similitud, en cuanto se refieren a situaciones convivenciales marcadas por la asistencia mutua así como, en el matrimonio, por la capacidad potencial de procreación. Pero el formalismo de la unión matrimonial (en el que el consentimiento debe adoptar una determinada forma de expresión), y, sobre todo, la libertad de ruptura de las uniones de hecho, frente a la rigidez de las instituciones de crisis matrimonial que, desde la vocación de permanencia del vínculo, exigen causas y formalidades para darlo por finalizado o suspendido (entre otras diferencias básicas, sobre todo derechos y deberes de los cónyuges y regímenes económicos matrimoniales), nos impiden hablar de identidad de razón en los términos demandados por el artículo 4 del C.c. De tal suerte que, de entrada, las normas que constituyen el estatuto jurídico del matrimonio, durante su vigencia y tras su ruptura o crisis, no son aplicables analógicamente a las uniones de hecho, ni pueden, por tanto, servir para diseñar un régimen jurídico para estas uniones desde la normativa matrimonial (89). Sin embargo, esta afirmación no impide que, de forma excepcional o en casos singulares, pueda acudir a las normas sobre el matrimonio para solventar problemas que se generen entre los convivientes o entre éstos y terceros. La cuestión es si esa singularidad o excepcionalidad puede apreciarse en los hechos que dan lugar al derecho a cobrar una pensión compensatoria para los cónyuges o ex cónyuges, de forma que pueda trasplantarse, por analogía, el artículo 97 del C.c. para compensar al ex conviviente, después de rota la unión, y si se dan los presupuestos exigidos en la norma.

Para ello es necesario conectar de nuevo con la premisa o afirmación con la que partíamos al abordar este epígrafe final: la esencia de las uniones de hecho es la libre ruptura. Si esta libertad (que no irresponsabilidad) se ve afectada porque se le pueda imponer al conviviente que voluntariamente rompe la unión, cargas u obligaciones que hagan muy gravosa

(88) En este sentido GAVIDIA SÁNCHEZ, cfr. nota anterior, pp. 260 a 262.

(89) A mayor abundamiento me remito al análisis y exhaustivo estudio de GAVIDIA SÁNCHEZ, en la obra citada anteriormente.

esta decisión, las uniones de hecho como tales, habrán perdido su razón de ser, se habrán “matrimonializado”. Y si ello ocurre, también se habrá vulnerado la preciada libertad del individuo de poder elegir entre el matrimonio o convivir al margen de éste; en definitiva, se verá afectada su dignidad como ser humano, su libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), amén de vulnerar el derecho a contraer matrimonio (y a no contraerlo), reconocido en el artículo 39 de la CE.

En este sentido, entendemos que la aplicación analógica del artículo 97 del C.c. desde el momento que impone a un sujeto, libremente unido y libremente desunido, obligaciones típicas de una unión duradera, estable y, sobre todo, encorsetada en reglas que le impiden su ruptura por la mera voluntariedad, es excesivo, innecesario y carece de justificación. Como medida de justicia y responsabilidad, bastaba con la acción de enriquecimiento injusto para indemnizar al conviviente empobrecido como causa del enriquecimiento del conviviente obligado al pago indemnizatorio. Establecer una pensión (en muchos casos vitalicia) con la finalidad de compensar la asunción de un mayor coste de oportunidad en una unión mantenida, simplemente, por la voluntariedad de los sujetos implicados, es una forma, indirecta, de evitar la ruptura de esas uniones o disuadir al que pretende darla por finalizada (sobre todo y por todo, si ese sujeto es el que, presumiblemente, habrá de abonar la pensión). Y ello entronca con lo ya manifestado sobre la libertad de ruptura y los artículos 10 y 32 de la CE. Argumentos, estos últimos, más que suficientes para justificar mi postura.

PRESUPUESTOS PARA CONSTITUIR DERECHO DE RETENCIÓN EN CATALUÑA (1)

ADOLFO LUCAS ESTEVE

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUJETOS. **I)** El sujeto activo. **A)** *La posesión.* **B)** *La buena fe.* **C)** *Irrelevancia de los defectos en la relación jurídica previa en la que el poseedor recibió la cosa.* **II)** Los sujetos pasivos. 3. OBJETO. 4. LA DECADENCIA DEL TÍTULO POSESORIO. 5. LA CONCURRENCIA DE DERECHOS DE RETENCIÓN.

(1) Con este trabajo finalizo mi estudio sobre los diferentes aspectos del derecho de retención en la Ley de garantías posesorias, recogidos en diferentes publicaciones: "El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana", *La Notaría*, junio 1997, pp. 71-106; "Les obligacions garantides amb dret de retenció a la Llei catalana de garanties possessòries sobre cosa moble", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2001, pp. 67 a 81; y "El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 2002, pp. 1011-1040. Tras la redacción y entrega de este artículo ha aparecido la Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía. La principal novedad respecto a la Ley anterior radica en que pueden ser objeto de retención tanto los bienes muebles como los inmuebles.

1. Introducción

La Ley catalana 22/91, de 29 de noviembre, “de garanties possessòries sobre cosa mòble” (en adelante LGP) regula dos garantías reales: la prenda y el derecho de retención (2). La nueva regulación del derecho de retención finaliza con la ambigüedad y la confusión que rodeaban a esta figura en el Código civil y culmina la evolución de esta figura con la declaración del derecho de retención como una garantía de naturaleza real.

De esta forma, en los bienes muebles (3), la diferencia básica entre la regulación de la prenda y el derecho de retención se centra en su desigual forma de constitución. La prenda se presenta como una garantía de origen contractual y el derecho de retención como una garantía de origen legal, constituida por el poseedor de la cosa con independencia de la voluntad del deudor o del propietario, en un esquema que podría recordar a una especie de prenda de origen legal (4). Por tanto, considero de

(2) Sobre el derecho de retención en la Ley de garantías posesorias puede consultarse: ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, “El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1994, septiembre-octubre, núm. 624, pp. 1885-1925. ABRIL CAMPOY, Juan Manuel y NAVAS NAVARRO, Susana, “El derecho de retención. Presupuestos, ejercicio y extinción”, *La Llei de Catalunya i Balears*, número 82, junio 1994, pp. 1-6; y “El derecho de retención en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”, *Revista Tribunal*, III, 1995. CAMPO VILLEGAS, Elías, “En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble”, *La Notaría*, julio-agosto 1996, pp. 93-134. FELIU REY, Manuel Ignacio, “Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado”, en la revista *Derecho de los Negocios*, año 3, número 20, mayo 1992, pp. 12-20. FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián, “El derecho de retención sobre bienes muebles en el ordenamiento civil de Cataluña: situación actual y perspectivas de reforma”, *La Notaría*, nov-des. 2001, pp. 242-262. MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, “Ley catalana 22/1991 de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble”, *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, pp. 712-717. PUIG FERRIOL, Lluís y ROCA TRÍAS, Encarna, *Institucions del Dret Civil de Catalunya Part General: obligacions i Contractes. Drets Reals*. Valencia, 1993. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, “La retenció dels béns mòbles de poc valor”, *La Notaría*, nov-des. 2001, pp. 211-220.

(3) No debemos olvidar que el derecho de retención, a diferencia de la prenda, también puede constituirse sobre bienes inmuebles con una regulación diferente.

(4) La Ley 22/91 presenta el derecho de retención como una garantía de origen legal y la prenda como una garantía de origen contractual. Como consecuencia de esta diferente forma de constitución podemos señalar algunas peculiaridades de cada figura: A) En el derecho de retención, el que entrega la posesión no precisa ser propietario ni tener libre disposición de la cosa. En cambio, estos requisitos son imprescindibles en la prenda (art. 8.1.a LGP). B) En la prenda, la transmisión de la posesión opera como requisito para perfeccionar el contrato y dar nacimiento al derecho real, en este caso, la entrega de la cosa se hace con una finalidad de garantía. Por el contrario, en el derecho de retención, el retentor tiene la cosa en su poder con anterioridad. C) Las obligaciones que originan derecho de retención deben estar reguladas expresamente en la Ley (4.1 LGP); sin embargo, la prenda puede garantizar cualquier obligación, presente o futura, propia o ajena del pignorante (art. 9.1 LGP). D) Igualmente podemos distinguir otras diferencias, ocasionadas por la mayor flexibilidad que permite la autonomía de

especial interés estudiar los presupuestos del derecho de retención, es decir, aquellos elementos considerados necesarios y suficientes por el legislador para constituir, de forma unilateral, una garantía de naturaleza real sobre una cosa mueble ajena y con facultad para retener la cosa hasta el pago de la obligación, cobrarse con sus frutos y, finalmente, enajenarla.

Los presupuestos exigidos en la Ley de garantías posesorias para constituir el derecho de retención aparecen enumerados en el artículo 3 LGP y, en su virtud, podrá retener el poseedor de buena fe de cosa mueble ajena que tenga que entregarla a otra persona para garantizar el pago de las deudas relacionadas en el artículo 4 LGP, que son: a) El resarcimiento de los gastos necesarios para la conservación y la gestión de la cosa. b) El resarcimiento de los daños producidos por razón de la cosa a la persona obligada a la entrega. c) La retribución de la actividad realizada por razón de la cosa, por encargo de poseedor legítimo, siempre que haya habido un presupuesto aceptado y que la actividad realizada se adecúe al mismo. d) Los intereses de las obligaciones garantizadas en el artículo 4 LGP, desde que sea notificado el derecho de retención en la forma prevista en dicho artículo. e) Cualquier otra deuda a la que la Ley otorgue expresamente esta garantía.

Dedicaremos este artículo a estudiar los presupuestos necesarios para constituir el derecho de retención, que agruparemos atendiendo a los sujetos que intervienen, al objeto sobre el que recae la garantía y al estudio de la posibilidad de retener sin que haya finalizado la posesión de la cosa.

2. Sujetos

El derecho de retención no es el fruto de un acuerdo de voluntades; esta circunstancia marca el escaso interés que la Ley dedica a examinar las personas que intervienen en su constitución, desarrollo y extinción. A pesar de ello, del texto legal podemos extraer algunas conclusiones que

las partes en la prenda: la posibilidad de constituir una prenda sobre bienes fungibles o también de cantidad máxima y, paralelamente, la posibilidad de sustituir el derecho de retención.

De este modo, puede llegar a afirmarse que las diferencias básicas entre ambas figuras derivan de su diferente forma de constitución. Esta uniformidad lleva a plantear si estamos ante dos garantías distintas o ante dos formas diferentes de constituir una única garantía sustentada en la posesión de una cosa mueble, el efecto anticrético y la facultad de vender la cosa. En mi opinión, aunque las facultades y características de estas garantías sean muy parecidas, solamente a efectos comparativos puede afirmarse que el derecho de retención es una prenda de origen legal, ya que por su origen, su evolución, su regulación y por la propia redacción de la Ley, no hay duda de que se trata de dos garantías netamente distintas.

a efectos sistemáticos estudiaremos distinguiendo dos posiciones diferentes en la retención: el sujeto activo (poseedor de buena fe) y el sujeto pasivo (deudor o propietario).

I) El sujeto activo.

El sujeto activo del derecho de retención, en virtud del artículo 3 LGP, es el poseedor de buena fe de la cosa, que ha efectuado alguno de los desembolsos previstos en la Ley y de forma unilateral decide constituir esta garantía y convertirse en retentor. Así, analizaremos las dos principales cualidades que se requieren para retener: posesión y buena fe.

A) La posesión.

La posesión es un poder efectivo que se ejerce sobre una cosa, se ostente o no un derecho (5). Se trata del requisito más importante y característico de los exigidos para constituir el derecho de retención y se refleja en la estrecha relación existente entre posesión y retención, ya que la cosa se posee antes, durante y después de constituir el derecho de retención (6).

El Código civil permite retener al poseedor por diferentes conceptos posesorios (recogidos en los arts. 453, 502, 522, 1.600, 1.730, 1.780 y 1.866 C.c.); sin embargo, únicamente requiere la existencia de buena fe cuando hace referencia a la posesión del artículo 453 C.c. y, por tanto, en este caso, los presupuestos para retener coinciden con los de la Ley catalana: posesión y buena fe. Sin embargo, esta similitud es sólo aparente y es importante matizar que el contenido del concepto de posesión *pro retentione* utilizado por la Ley 22/91 no es el mismo que el del artículo 453 C.c. En este sentido, la posesión derivada del artículo 453 C.c. está condicionada por su posición sistemática y por la existencia de otros supuestos de hecho a los que se concede la facultad de retener, por lo que considero que dicho artículo se circunscribe solamente a la posesión en concepto de dueño (7). En cambio, en la Ley catalana el concepto de posesión no está

(5) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La Posesión*, p. 17.

(6) SABATER BAYLE, Elsa, *Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria*, p. 1977, afirma que sin previa posesión no cabe tan siquiera pensar en la posibilidad de existencia de la facultad de retener. Esta misma autora en *La facultad de retención posesoria*, p. 90, considera que la preexistente situación posesoria es el eje sobre el que gira la facultad de retención y el punto de partida para la explicación de todas las cuestiones.

(7) A esta conclusión conduce una interpretación sistemática de la posesión, ya que este artículo únicamente es aplicable cuando se debe liquidar una situación posesoria que ha sido vencida por una acción reivindicatoria, ya que si se posee en un concepto diferente del de

delimitado, por lo que cualquier clase de posesión es hábil para retener. De esta forma, aparte de la buena fe, la Ley de garantías posesorias no requiere al poseedor ninguna cualidad especial para poder retener, por tanto:

— Puede tratarse de posesión civil o natural.

— La posesión puede ser en concepto de dueño o en un concepto distinto del de dueño (8).

— Puede ser mediata o inmediata (como veremos más adelante).

— Puede ser justa o injusta. No debemos confundir este supuesto con la posesión de buena o mala fe. La posesión justa es conforme a derecho y la injusta es contraria a derecho, por ello únicamente podemos referirnos a la posesión de buena o mala fe con relación a la posesión injusta (9).

— La posesión de la cosa puede estar concebida en beneficio del poseedor (comodato) o del deudor. De esta forma, se altera la tendencia apuntada en el Código civil, en el que solamente se concede derecho de retención cuando la posesión es en beneficio del deudor. Por ello, el artículo 1.747 C.c., que niega al comodatario la posibilidad de retener, es desplazado por la Ley 22/91, que sí le permite retener.

— Es indiferente la onerosidad o la gratuidad en la relación que origina la posesión, ésta puede ser retribuida o no; además, en caso de que la posesión sea retribuida, la remuneración puede correr a cargo del poseedor (como contraprestación por la posesión) o del deudor.

Para poder retener, la Ley únicamente exige posesión de buena fe (con independencia de cualquier otra cualidad); por el contrario, cuando no exista posesión, no se podrá retener. Por ello, es interesante recordar la frontera entre tenencia posesoria y tenencia no posesoria. Se trata de

dueño deberíamos acudir a la normativa específica que ofrece el Código civil en cada caso concreto. En contra de esta opinión, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La retención de cosa ajena*, p. 25, afirma que dicho artículo 453 C.c. sirve como principio general extensible a todo supuesto de retención. Este autor considera que todo retentor es, como mínimo, poseedor natural; por ello, como para retener se debe poseer la cosa y el precepto citado concede esta facultad a todo poseedor: cualquier poseedor, independientemente del título por el que posea, podrá retener. Similar postura mantiene SABATER BAYLE, *La facultad...*

(8) De la misma opinión es ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, p. 1909, quien señala que aunque lo normal es que la posesión sea en concepto distinto del de propietario, puede ocurrir que el que posee en concepto de dueño resulte vencido en su estado posesorio y deba entregar la cosa. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, p. 418, se muestran contrarios a esta idea y señalan que la posesión del artículo 3 LGP no es en concepto de propietario, ya que el precepto habla de cosa ajena y “aixó vol dir que ens trobem aquí davant una possessió en concepte distint al de propietari”. Por su parte, en relación al Código civil SABATER BAYLE, *Presupuestos...*, p. 1978, con una visión totalmente diferente, sostiene que la posesión en concepto distinto del de dueño no sería suficiente para la retención, pues supone una pura detentación ocasional, en la que hay *corpus* pero no *animus* y por tanto no es un verdadero poseedor.

(9) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *La posesión*, Granada, 1987, p. 32.

una diferencia difusa que nace de la constatación de que no toda tenencia es posesión, sino que es preciso el aspecto volitivo, la intención, el *animus* de poseer la cosa. La posesión es la tenencia de la cosa realizada mediante actos intencionales (10), la falta de voluntad sería mera tenencia, no posesión.

Por esta razón, no podrá retener quien tenga la cosa sin ánimo posesorio: este es el caso del servidor de la posesión, entendido como el que ejerce un poder de hecho sobre la cosa en exclusivo interés de otro a cuyas instrucciones ha de sujetarse en todo momento (11). El servidor de la posesión, aunque tiene materialmente la cosa en su poder no tiene derecho de retención: por una parte, no es poseedor ya que sólo es posesoria la tenencia que supone sujeción a la voluntad (12); y por otra parte, la dependencia y la falta de autonomía se reflejan en que el servidor de la posesión que realiza gastos no sufre ningún perjuicio, sino que los soporta la persona de la que depende. De esta forma, si aquel satisface los gastos con su propio patrimonio ya no puede ser considerado como un servidor de la posesión, sino que ha habido una interversión posesoria y debe hablarse de un verdadero poseedor.

La doctrina exige al retentor del Código civil la tenencia material de la cosa, no se puede retener sin previa tenencia y, por tanto, se requiere la posesión inmediata de la cosa (13). Frente a esta afirmación, la Ley de garantías posesorias únicamente exige la posesión de la cosa. Esta diferencia es importante debido a que la tenencia material no es imprescindible y hay casos de posesión en los que ésta se espiritualiza y no es nece-

(10) GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, p. 26.

(11) GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, p. 39, afirma que no es lo mismo el servidor de la posesión que el que ejerce la posesión en nombre de otro. En este último caso la posesión puede ser entendida como verdadera y propia posesión ya que posee con independencia y con autonomía de otra persona, aunque no lo hace en su nombre sino *alieno domine*; esta representación posesoria implica dos posesiones: la del representante y la del representado.

(12) MARTÍN PÉREZ, Antonio, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo VI, p. 54, considera que el servidor de la posesión solamente puede sostener la relación con la cosa por tolerancia, bajo dependencia o en cualquier otro modo que no reúna las condiciones de la actuación posesoria en sí.

(13) BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo, *El derecho de retención en el Código Civil español*, p. 9, sostiene que la retención supone, ineludiblemente, una previa tenencia. Se tiene y después se retiene y la acción de retener es continuar, prolongar la primitiva y previa tenencia, y continuarla; en la p. 71 este autor afirma que "es necesaria una relación directa y de hecho entre el titular del derecho de retención y la cosa retenida". Para MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil*, tomo IV, p. 327, retener es seguir teniendo, seguir poseyendo. LÓPEZ DE HARO, Carlos, *El derecho de retención*, afirma que la retención implica necesariamente previa tenencia. VIÑAS MEY, José, *El derecho de retención*, p. 103, señala que la etimología del término *retención* indica un elemento esencial en su concepto, la idea de tenencia.

saría la tenencia (por ejemplo: en la posesión mediata, en la posesión civilísima o en el despojo durante menos de un año) (14).

La Ley 22/91 no exige la tenencia material de la cosa y, como regla general, no deben hacerse distinciones donde la Ley no las hace; además, es posible imaginar supuestos de posesión sin tenencia que no hay motivo para apartar de la regla general (por ejemplo, el arrendatario cede la cosa en comodato y el comodatario ante la necesidad de realizar gastos necesarios requiere al arrendatario para que los abone, en este supuesto el arrendatario podría, a su vez, retener siendo poseedor mediato de la cosa). Por esta razón, es posible constituir el derecho de retención sin que la cosa esté materialmente en poder del retentor, ya que, una vez constituida la retención, el bien se podrá recuperar a través de interdictos (el retentor es poseedor) o gracias a la facultad de persecución que tiene el retentor (15). De esta forma, la *reipersecutoriedad* de la cosa se convierte en un factor determinante para que, a diferencia del Código civil, el poseedor mediato pueda ejercer esta garantía.

Sin embargo, la producción de los efectos típicos de la retención está condicionada a que se consiga la tenencia material y efectiva de la cosa, ya que sus facultades así lo exigen: retención, imputación de los frutos y venta. Por ello, aunque la garantía se puede constituir igualmente, el derecho de retención no podrá producir sus efectos típicos hasta que se obtenga la tenencia de la cosa, con las consiguientes dificultades en caso de no poder obtenerla (por ejemplo, por haber un poseedor preferente).

B) La buena fe.

La buena fe es el otro requisito exigido al sujeto activo para constituir el derecho de retención. Se trata de un principio general de importante aplicación en el derecho civil catalán y que también exige el artículo 453 C.c. para conceder derecho de retención al poseedor. En la actualidad este principio está generalmente admitido, ya que las voces discordantes que surgieron en contra (16) han sido rechazadas atendiendo al elevado contenido ético de la retención.

(14) GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, p. 12, considera que aun siendo la posesión un hecho, en estos casos se la considera como un derecho, ya que aparece desligada de la posesión corporal y de esta forma parece admitirlo el legislador en el artículo 438 *in fine*.

(15) En contra de esta opinión ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, p. 1908, y PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *op. cit.*, p. 418, que exigen en la Ley 22/91 que la posesión sea inmediata.

(16) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 74, sostiene que la posesión y el derecho de retención son dos instituciones diferentes. Únicamente la posesión es un requisito para la retención, ya que la causa de la retención no es otra que la conexión entre el crédito y la cosa, por lo que los vicios de la posesión (buena o mala fe) no deben impedir la retención, sobre todo si se trata de gastos necesarios. Por otra parte, en derecho romano se atribuía derecho de reten-

En derecho civil catalán nos encontramos con la dificultad de definir la buena fe, ya que no hay ningún precepto vigente que recoja este concepto (17). Por el contrario, en el Código civil el concepto de buena fe viene determinado por el artículo 433 y el artículo 1.950. La combinación de ambos artículos indica que, en el Código civil, la posesión es de buena fe cuando el poseedor ignora excusablemente que su posesión es injusta, y por consiguiente lesiva de un derecho ajeno (18). En este sentido, a pesar de que algunos autores que han estudiado el derecho de retención en la Ley de garantías posesorias utilizan este concepto de buena fe (19), es necesario determinar previamente si esta definición es aplicable a la Ley catalana.

Sobre esta cuestión podemos adelantar una respuesta afirmativa, pero con matices. En principio, parece que existe base legal para establecer un concepto propio de buena fe en el derecho catalán, ya que el artículo 1 de la *Compilació* permite interponer los Principios Generales, como el de la buena fe, entre el derecho preferente, que es el propio derecho civil catalán, y el supletorio, que viene constituido por la regulación civil estatal (20).

A pesar de ello, sin algún precepto catalán que determine el concepto de buena fe, el recurso a los principios generales del derecho puede ofrecer definiciones muy generales enmarcadas en los principios de prudencia, honestidad, solidaridad, lealtad, justicia, etc. (21). Sin embargo, sin esa base legal, parece difícil concretar el concepto de buena fe mucho

ción al poseedor de mala fe tratándose de gastos necesarios e idéntico camino seguían Las Partidas y el Proyecto de 1851. Por su parte, LÓPEZ DE HARO, *op. cit.*, p. 83, afirma que el concepto de buena fe aplicado al *jus retentionis* no es el que en general tiene el derecho, no es el término opuesto a mala fe, sino el opuesto a dolo, y la mala fe no siempre es dolosa.

(17) Solamente encontramos algunos textos de derecho canónico en los que se señala que "es poseedor de buena fe el que ignora que la cosa es ajena y no es ajena la cosa que se posee con derecho". Decreto de Graciano, parte 2.^a, causa 34, cuestión 2; y causa 14, cuestión 4 (citado por PELLA I FORGAS, José, *Derecho civil de Cataluña*, p. 126).

(18) GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, p. 32.

(19) Para ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, p. 1908, poseedor de buena fe es aquel que ignora, con un error excusable, los vicios o defectos que afectan a su título o modo de adquirir. En la misma línea PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, p. 418.

(20) SALVADOR I CODERCH, Pablo, "Comentari a l'article primer" en *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, 1987, p. 44. De igual forma ROCA TRÍAS, Encarna, *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, p. 173, afirma que "el dret de l'Estat és el supletori quan i després d'acudir a tots els recursos que proporcionen el subordenament afectat (sistema de fonts propi, principis i analogia), es manifesti la incapacitat d'aquest per solucionar el supòsit de fet plantejat".

(21) Así lo entiende FERREIRA, *op. cit.*, p. 232. Esta autora, además, en p. 236, también considera que se puede afirmar que la conducta de buena fe no siempre deriva de ese estado de falsa conciencia o conciencia errada y que el ordenamiento jurídico protege las conductas leales, honestas, en una palabra, correctas.

más lejos de alguna vaga e indeterminada afirmación como la de que poseedor de buena fe es aquel que está convencido que actúa de forma ética (22). Por ello, a pesar de que se han intentado definiciones algo diferentes a la del Código civil (23), en un ordenamiento tan positivizado como el actual, parece aventurado alejarse de las leyes para sustentarse en los principios generales del derecho que, por su propia naturaleza, permiten diversidad de matices. De este modo, todo parece indicar que esta laguna sobre el concepto de buena fe debe ser suplida por el ordenamiento subsidiario representado por el Código civil, siempre y cuando no se oponga a los principios del derecho civil catalán, en cuyo caso deberá ser revisado (24).

En este punto del estudio, es necesario plantear las consecuencias que se derivarían de la aplicación del concepto de buena fe que establece el Código civil a la Ley de garantías posesorias. Para ello debemos distinguir tres supuestos:

a) Cuando se posee en virtud de un título válido y eficaz. En este caso, estrictamente, no cabe hablar de buena fe, ya que se trata de casos de posesión justa en los que no cabe distinguir entre buena o mala fe (25).

b) Cuando el poseedor ha actuado de mala fe desde el primer momento, en cuyo caso, no podrá retener.

c) Cuando se posee por un título viciado que el poseedor ignoraba al adquirir la posesión pero descubre antes de constituir la garantía. Antes de analizar este supuesto, debemos recordar que cuando el poseedor conoce que su posesión es injusta malogra los beneficios de la buena fe, ya que la posesión adquirida de buena fe pierde este carácter cuando existen actos acreditativos de que el poseedor no ignora la detentación indebida de la cosa (26). Igual criterio mantiene el Código civil (art. 435).

(22) La STSJC de 1 de marzo de 1993, con relación al artículo 278 de la CDCC, atribuye buena fe a quien piensa que su actuación es lícita y correcta. Asimismo FERREIRA, *op. cit.*, pp. 78, 81 y 233, afirma que es poseedor de buena fe aquel que se comporta en todo lo relativo a la posesión de acuerdo a las normas impuestas por la buena fe.

(23) MALUQUER DE MOTES, Carlos, *Dret civil català*, p. 97, en relación a la Ley 22/91 sostiene que “bona fe significa que, o bé el posseïdor ignorava que la cosa era aliena, o bé que el posseïdor legítim li va fer un encàrrec que comportava la realització de determinada activitat sobre la cosa”.

(24) Por tanto, no sería necesariamente aplicable la afirmación de MIGUEL GONZÁLEZ, José María, *Observaciones en torno a la buena fe*, p. 499, que señala que si la Ley ha preconstituido una valoración concreta de la buena fe, desaparece la libertad del intérprete o del juez para sus propias valoraciones, ya que la Ley determina la noción de la buena fe.

(25) GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, p. 32, considera que la posesión injusta puede ser de buena o mala fe y que esta distinción carece de sentido en la posesión justa.

(26) BORRELL I SOLER, Antoni M., *Dret Civil vigent a Catalunya*, p. 15, considera que se presume *iuris tantum* que la buena o mala fe que se tenía al adquirir la posesión perduran tanto como ésta y cuando cesa la buena fe se perjudican sus efectos.

Así, al aplicar este principio al derecho de retención nos encontramos ante un callejón sin salida, ya que el poseedor cuando constituye la retención no ignora que existen vicios, ya que retiene contra quien sabe o piensa que tiene mejor derecho para poseer, por lo que su previa creencia ha quedado rebatida (27). En este supuesto, al constituir el derecho de retención el poseedor no sería de buena fe (aunque lo fuera en el inicio de la posesión) porque reconoce que existe un derecho mejor que el suyo para poseer, no ignora la detentación indebida de la cosa y, consecuentemente, no puede retener por falta de buena fe. De esta forma, según esta interpretación, podríamos afirmar que aunque la buena fe no se ha transformado en mala fe se crea una situación de duda que priva al poseedor de los efectos de la buena fe.

Evidentemente esta interpretación debe revisarse, ya que impide el ejercicio del derecho de retención por falta de buena fe y conduce a un resultado injusto y contrario al principio general de buena fe. La normatividad de la buena fe tiene dos vertientes: directa (cuando actúa como principio general al que el ordenamiento se refiere explícita o implícitamente) o refleja (cuando actúa por intermedio de normas concretas que son derivados más específicos de las directivas generales abstractas contenidas en el principio (28)), pero en todo caso se trata de dos formas de aplicar el mismo concepto y nunca pueden llevar a resultados contradictorios.

Una vez aceptada la definición del Código civil, la clave para conceder derecho de retención en estos casos sería determinar el momento en que debe juzgarse la existencia de buena fe. Este análisis no puede hacerse al constituir la garantía (por las razones expuestas) sino en un momento anterior: cuando se realizaron los desembolsos previstos en la Ley. El nacimiento de alguna de las obligaciones que permite retener es el desencadenante de la garantía y es el momento esencial para determinar la buena fe, ya que el derecho de retención es una garantía accesoria que depende de la obligación. Así, si al nacer la obligación el poseedor era de buena fe podrá retener y si no lo era, no podrá hacerlo.

La única y verdadera actuación directa sobre la cosa tiene lugar cuan-

(27) Siguiendo una línea similar, el Tribunal Supremo en diversas sentencias sostiene que un juicio sobre la cosa interrumpe la buena fe porque su creencia errónea ha quedado rebatida. Solamente se discrepa al situar el momento en que se produce la cesación de la buena fe: unas sentencias lo sitúan en el momento de la contestación de la demanda (18 de diciembre de 1962), otras lo anticipan al momento de la citación (10 de diciembre de 1918 o la de la sala de lo social de 25 de octubre de 1955 que establece que "todo poseedor vencido es de mala fe desde la primera citación judicial"), y otras lo sitúan en el acto de conciliación (8 de febrero de 1963).

(28) FERREIRA RUBIO, Delia-Matilde, *La buena fe*, p. 153.

do se realizaron los desembolsos y nace la deuda, ya que al constituir la retención sólo se pretende garantizar dicha obligación, sin ninguna actuación en sentido estricto sobre el bien. Por ello, el criterio sobre la buena fe debe realizarse cuando el poseedor actúa sobre la cosa y sufre un empobrecimiento, no en un momento posterior en el que se pretende asegurar el cobro de los desembolsos realizados y que, por propia definición, debe ejercerse sobre cosa ajena.

En esta línea, no hay ningún precepto en la Ley que impida hacer esta interpretación. Además, el criterio de determinar la buena fe antes de constituir el derecho de retención no es nuevo: varios autores refiriéndose a la retención del poseedor que regula el Código civil, son partidarios de trasladar el análisis de la existencia de buena fe al inicio de la posesión (29). Sin embargo, aunque al iniciar la posesión existe una presunción de buena fe y al realizar los gastos hay una presunción de continuidad de esa buena fe, no soy partidario de trasladar este dictamen al inicio de la posesión, ya que la transformación de buena fe a mala fe antes de realizar los desembolsos debe tener incidencia en el derecho de retención e impedir su constitución.

Finalmente, el artículo 364 C.c. establece que la mala fe de las dos partes es equiparable a que ambas partes hubieran actuado de buena fe. Sin embargo, esta consecuencia no puede extenderse al derecho de retención, ya que únicamente se exige buena fe en el poseedor; por ello, cuando actúe de mala fe no podrá retener, con independencia de la posible buena o mala fe de cualquier otra persona.

C) Irrelevancia de los defectos en la relación jurídica previa en la que el poseedor recibió la cosa.

El retentor posee un bien ajeno, por tanto, existe un momento anterior a la constitución de la retención en el que el futuro retentor adquiere la posesión de la cosa. Esta relación jurídica previa en la que el poseedor ha recibido la cosa puede ser irregular por haber concurrido defectos en su nacimiento (por ejemplo: si el transmitente no es dueño de la cosa, si no tiene capacidad, si hay algún vicio de la voluntad, etc.); por ello, es importante determinar si estos defectos son relevantes y pueden oponerse eficazmente frente al derecho de retención. Para responder a esta cuestión hemos de abordar dos aspectos: a) determinar si existe alguna instancia que permita impugnar la relación jurídica por la que el poseedor recibió la cosa; b) si la impugnación de esa relación jurídica enerva la garantía retentoria.

(29) Por ejemplo HERNÁNDEZ GIL.

a) Efectivamente, se concede una instancia hábil para impugnar la relación jurídica: el deudor y el propietario pueden oponerse a la retención mediante un procedimiento civil ordinario en el que podrá utilizar todos los argumentos que considere pertinentes, incluso los defectos en la relación jurídica previa (art. 4.2 LGP) (30).

b) Sin embargo, a pesar de que exista una instancia procesal adecuada, la Ley considera irrelevante la relación jurídica previa a efectos de privar de eficacia al derecho de retención. Esta afirmación debe ser desarrollada basándose en la regulación legal:

El artículo 8.1.a LGP, relativo a la prenda, establece que el pignorante debe tener libre poder de disposición sobre la cosa; por contra en el derecho de retención no se exige este requisito, por lo que el cambio de criterio, motivado por el distinto origen (voluntario o legal) de la garantía, es evidente. Por otra parte, en la enumeración de las obligaciones que originan derecho de retención (art. 4.1 LGP), solamente en una, la clasificada con la letra c (actividad realizada sobre la cosa), se exige la entrega de la cosa por un poseedor legítimo; por tanto, en este supuesto no hace falta la entrega por el propietario y, *a sensu contrario*, en los restantes casos no será necesaria la entrega por el dueño y, ni siquiera, por un poseedor legítimo. Estos preceptos revelan que el retentor no precisa conocer la legitimación de quien entrega la cosa y solamente se le exige un único requisito común: la buena fe. De esta forma, es indiferente e irrelevante a efectos de enervar el derecho de retención cualquier defecto que se produzca en la relación jurídica previa a la constitución de la garantía (salvo en el art. 4.1.c LGP).

Estos artículos reflejan algunos principios básicos en la filosofía del derecho de retención que llevan a la conclusión de que las irregularidades en el negocio jurídico mediante el cual el poseedor recibió la cosa no pueden enervar el derecho de retención. En efecto, se trata de una garantía de origen legal en la que no es necesario un acuerdo de voluntades ni los requisitos derivados del mismo. El fundamento del derecho de retención es evitar el empobrecimiento injusto del retentor (y el consiguiente enriquecimiento del deudor) por unos desembolsos que no tenía obligación de realizar. Este desplazamiento patrimonial injusto es la causa primera de esta garantía y es independiente de los posibles defectos que concurran en la relación jurídica previa.

Una vez iniciada la posesión de la cosa y para asegurar alguno de los desembolsos previstos en la Ley se puede constituir derecho de reten-

(30) Sobre la oposición judicial al derecho de retención puede verse mi artículo "El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana", pp. 79-80.

ción. En este acto sólo interviene el poseedor (que se convierte en retenedor), quien mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia, debe comunicar su intención de retener, con los requisitos comunes de una manifestación de voluntad más los específicos señalados en la Ley (art. 4.2 LGP). De este modo, la constitución del derecho de retención se presenta como una facultad del poseedor que puede ejercer por su sola voluntad y con una iniciativa total para decidir su ejercicio y para determinar la cuantía y la liquidación de las obligaciones.

II) Los sujetos pasivos.

El poseedor de buena fe es el sujeto activo de la retención pero, junto a él, podemos distinguir otros sujetos que consideramos pasivos porque no intervienen en la constitución de la garantía; sin embargo, tienen trascendencia en su desarrollo, ya que se ven afectados por la retención y la Ley prevé y regula su intervención para poder defender sus derechos. Los sujetos pasivos son:

— El propietario que, pese a la constitución de la garantía, sigue siendo el dueño de la cosa y conserva las facultades dominicales que no sean incompatibles con la retención (31).

— El deudor, cuando sea diferente del propietario (32). La Ley utiliza expresamente el término “deudor” contrapuesto al de “propietario” en el artículo 4.2 LGP, cuando establece la necesidad de notificar la retención al deudor y al propietario de ser otro, y en el artículo 6.4 LGP al citar para subasta al deudor y, si fuese otro, al propietario. Pese a esta distinción, tan deudor es el llamado *deudor* como el *propietario*, ya que el dueño de la cosa, en última instancia, también resulta beneficiado por los desembolsos. Por tanto, no podemos considerar al propietario como una especie de “fiador real” (33) entendido como el tercero que grava

(31) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, p. 417, señalan que el propietario de la cosa retenida pierde la posesión material de la cosa, la facultad de hacer suyos los frutos y se limita la facultad de disposición de la cosa porque el retenedor tiene la facultad de pedir su enajenación forzosa. Sin embargo, personalmente no veo inconveniente para que el propietario pueda disponer de la cosa, advirtiendo a la otra parte de la existencia de la retención; aunque es evidente que el adquirente verá limitadas sus facultades por el derecho de retención que tiene eficacia *erga omnes* y permite vender la cosa.

(32) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, en cambio, con relación al Código civil, considera que el deudor debe ser propietario. En la p. 65 afirma que la retención se ha de ejercitar sobre la misma cosa en que se realizaron los gastos que originaron el crédito y *por tanto, perteneciente al deudor*. Si así no fuera faltaría la conexión entre el crédito y la cosa. En este punto discrepo de la opinión de este autor, ya que considero que la conexión entre el crédito y la cosa y la titularidad de la cosa, son aspectos diferentes que no tienen por qué coincidir.

(33) Para GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo V, p. 359, el fiador real, a diferencia del fiador

sus bienes en seguridad de la deuda de otro, porque el propietario también está obligado al pago con todos sus bienes.

La determinación exacta de quién es el llamado deudor es importante para entender la regulación del derecho de retención. El deudor, como indica la propia palabra, se caracteriza exclusivamente porque está obligado al pago de los desembolsos realizados por el retentor (además del propietario en caso de ser personas distintas); por tanto, esta es la única característica que debe tomarse en consideración y no otras (si ha entregado la cosa o debe recibirla). De esta forma, aunque normalmente coincidirán el deudor, el que entrega la cosa y el que la recibe, no es una condición indispensable y es posible que la persona que ha entregado la cosa al poseedor o el acreedor a la posesión de la misma no sea deudor. En este caso, cuando estas personas no tengan obligación al pago, son terceros a efectos del derecho de retención. Un ejemplo puede aclarar mejor esta idea: un usufructuario arrienda la cosa a otra persona, quien a su vez la cede en comodato, posteriormente el arrendamiento se extingue por haber finalizado el plazo, pero el comodatario, que había realizado gastos necesarios sobre la cosa, constituye un derecho de retención; en este caso, el usufructuario será deudor y el arrendatario, que ha entregado la cosa, no lo será.

Solamente los deudores de los desembolsos podrán intervenir directamente en el desarrollo del derecho de retención; esto es, el propietario (que siempre es deudor) y el deudor (que también está obligado al pago de los desembolsos). Por tanto, parece inviable que un tercero (incluso quien haya entregado la cosa o deba recibirla), que no sea propietario o deudor, pueda oponerse a la retención mediante el juicio referido en el artículo 4.2 LGP, por lo que si tiene algún derecho sobre la cosa deberá utilizar otro mecanismo procesal, por ejemplo una tercería. Para analizar cuándo existe un deudor diferente del propietario es imprescindible estudiar cada caso en particular; sin embargo, con carácter general y con el fin de fijar algunas pautas, que podrán variar en cada caso concreto, podemos prever los siguientes supuestos:

- a) Gastos necesarios: habrá un deudor diferente del dueño cuando tenga derecho a usar la cosa o a percibir sus frutos.
- b) Daños causados por la cosa: normalmente solamente será deudor el propietario, ya que se trata de gastos causados por la cosa, no por la actuación de una persona.

personal, no debe responder de su obligación de garantía con todos los bienes que integran su patrimonio, sino solamente con los bienes afectados por el gravamen y por tanto carece del beneficio de excusión, división y de los beneficios del artículo 1.843 C.c.

c) Actividad realizada por encargo de un poseedor legítimo: la persona que encarga la actividad también será deudora (34).

Cuando coexiste el propietario junto a otro deudor, el retentor puede dirigirse contra cualquiera de ellos para cobrar su crédito pues ambos tienen obligación al pago. En este caso, cabe preguntar quién de los dos tiene la obligación final de pagar la deuda; sin embargo, la distribución de responsabilidad entre el propietario y el deudor únicamente puede hacerse en cada caso particular, atendiendo a las relaciones jurídicas existentes entre ambos, no con carácter general.

Como hemos visto al analizar que los defectos de la relación jurídica previa no eran oponibles al retentor, es interesante recalcar en este apartado que los sujetos pasivos no precisan tener libre disposición sobre la cosa retenida ni tampoco capacidad de obrar, tal como se desprende de la comparación con el artículo 8.1.a) relativo a la prenda y de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 4.1.c en el que se requiere entrega por un poseedor legítimo.

3. Objeto

Solamente puede ser objeto de retención la cosa por razón de la cual se realizaron los desembolsos previstos en la Ley. Las principales características que debe reunir la cosa retenida son: estar en el comercio, ser susceptible de posesión y ser apropiable, no puede ser una cosa futura ya que ha de existir en el momento de constituir la garantía y, finalmente, el derecho de retención comprende y afecta a la cosa principal y a sus accesorios.

El concepto de cosa abarca tanto las cosas corporales como las incorporales. No hay duda de que las cosas corporales pueden ser objeto de retención, pero, ¿pueden retenerse las cosas incorporales? La doctrina anterior a la Ley sostenía de forma general una opinión negativa: las cosas incorporales no pueden asirse materialmente, ni puede evitarse la tenencia de otra persona y, por tanto, no se pueden retener (35). Sin em-

(34) La afirmación de que el propietario es deudor puede ser objeto de discusión especialmente al tratar esta obligación; sin embargo, considero que en este supuesto el propietario también debe ser considerado deudor: por una parte, por las razones antes indicadas que podemos reproducir aquí; en segundo lugar, para mantener un criterio homogéneo con el resto de las obligaciones; y en tercer lugar, atendiendo a que un presupuesto del derecho de retención es que la cosa sea "ajena", es decir, que el propietario nunca tendrá la posibilidad ni la necesidad de retener.

(35) BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 72, manifiesta que la posesión sobre cosas incorporales es una posesión impropia que se compagina mal con la detentación o relación material de hecho exigida por la retención. CANO, p. 31, afirma que es ilusoria, inimaginable y absurda

bargo, la Ley 22/91 regula el tema de forma diferente, ya que para retener únicamente exige posesión de la cosa. La nueva regulación no requiere tenencia física, por tanto, los bienes incorpóreales también pueden ser objeto de retención, ya que son susceptibles de posesión (36). Avala esta teoría el artículo 6.7 LGP, que permite la retención (ya que regula la subasta) de valores sometidos a cotización oficial y que varios autores, con relación a la prenda, han presentado como ejemplo que permite hablar de prenda sobre derechos (37).

La Ley establece expresamente otros dos requisitos para que una cosa pueda ser objeto de retención: que sea mueble y que sea ajena.

Mueble. Aunque el artículo 3 LGP, que recoge los presupuestos del derecho de retención, no exige que la cosa sea mueble, este requisito deriva del título de la Ley y del título del capítulo II (referido a la retención), por lo que se trata de una condición indispensable para constituir esta garantía.

En materia de retención, la discriminación entre bienes muebles e inmuebles es una novedad respecto a la legislación anterior. Las razones de esta distinción, recogidas en el Preámbulo de la Ley, son las necesidades del tráfico jurídico actual y la posibilidad de dar respuesta a una serie de situaciones sobrevenidas que en los bienes muebles son más patentes que en los inmuebles (38).

Al tratarse de una ley sobre bienes muebles subsistirán las normas

la retención de bienes inmateriales, por hacer ilusoria e ineficaz la pretendida función de garantía. Es contrario a esta opinión BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones I*, p. 291, que considera que el derecho de retención no sólo puede ejercerse sobre objetos corporales, sino también sobre bienes incorpóreales.

(36) En contra de esta teoría ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, pp. 1909 y 1910, señala que sólo puede ser un bien corporal debido a que se trata de una relación inmediata con la cosa y una obligación de restitución de la posesión del bien. Igualmente contraria es la opinión de PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, p. 417, en base a que “el precepte fa referència al deure inicial que afecta al retenidor de lliurar la cosa a una altra persona i aquest lliurament comporta una transferència material de la possessió que sols és possible quan es tracta de coses corporals”. Sin embargo, no comparto la discriminación que hacen estos dos autores cuando, en relación a la prenda, p. 436, señalan que “el concepte de cosa es refereix no únicament a les coses corporals o materials, sinó també a les coses immaterials o drets, que també són coses”, ya que en mi opinión no hay ninguna base legal para que, partiendo de la Ley 22/91, se pueda hacer esta discriminación entre derecho de retención y prenda; y, por tanto, entiendo que también es posible retener sobre bienes inmateriales o derechos.

(37) LACRUZ, *op. cit.*, p. 307.

(38) En las primeras redacciones de la Ley se regulaban “las garantías posesorias”, tanto mobiliarias como inmobiliarias. Las garantías mobiliarias eran la prenda y el derecho de retención y la inmobiliaria, la anticresis. Posteriormente la Ley se limitó a las garantías mobiliarias, pero es curioso observar cómo desde un principio se circunscribió el derecho de retención exclusivamente a los bienes muebles.

sobre retención de inmuebles vigentes en derecho civil catalán (art. 278 CDCC y 237 CS) y, subsidiariamente, en las demás leyes estatales, ya que esta Ley no regula su régimen y no desplaza las normas de derecho de retención sobre inmuebles. De este modo, el derecho de retención tendrá un tratamiento diferente si recae sobre bienes muebles o inmuebles y deberá aplicarse la Ley que corresponda a cada clase de bien. El criterio distintivo se obtiene determinando el tipo de bien sobre el que se han realizado los desembolsos.

Tradicionalmente la doctrina ha negado la posibilidad de retener bienes fungibles porque en este tipo de bienes se adquiere la propiedad y surge la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y cantidad (39). De esta forma, solamente se podrán retener cuerpos ciertos y no pueden retenerse cosas fungibles ya que se estaría reteniendo sobre cosa propia o, en su caso, entraríamos en el campo de la compensación. A pesar de ello, aunque estas afirmaciones son ciertas, no siempre es correcto excluir el derecho de retención sobre bienes fungibles, ya que la ley no lo hace y podemos idear supuestos en que sea adecuada su retención.

Para determinar los casos en que se podrán retener bienes fungibles seguiremos la división que hace GUILARTE ZAPATERO (40). Así, las cosas fungibles pueden entregarse de dos formas distintas: según que aquellas se consignen en su individualidad específica, en cuyo caso deberán devolverse las mismas cosas recibidas, o cuando se entreguen sin ninguna especificación, debiendo devolverse otro tanto de la misma especie y cantidad de lo recibido. En el primer caso podrán ser objeto de retención; en el segundo, por las razones indicadas, no podrán serlo.

Ajena. Según el artículo 3 LGP debe tratarse de una cosa ajena, es decir, el propietario ha de ser distinto del retentor (41). Es ilógico retener sobre una cosa propia ya que la persona favorecida por los desembolsos es la misma que la que los realiza y, además, llevaría al absurdo de subastar una cosa propia para cobrar su propio crédito. No parece posible que el dueño tenga necesidad de hacer uso de este derecho en ningún caso porque en último término siempre será el beneficiado.

Con este requisito la Ley refleja la opinión de la gran mayoría de la

(39) En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 71; LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M., *Retención y Mandato*, Bolonia, 1976, p. 39, y CANO, *op. cit.*, p. 66. Recientemente ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, p. 1910, y PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *op. cit.*, p. 419, en relación a la Ley 22/91 también afirman que debe tratarse de un bien no fungible.

(40) GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, p. 411, en relación a la prenda.

(41) CANO titula su monografía como *La retención de cosa ajena*; la misma opinión sostiene SABATER BAYLE, *Presupuestos...*, p. 1978.

doctrina que exigía que la cosa fuera ajena. VIÑAS MEY (42) discrepa de este parecer, pues considera el *ius retentionis* como una derogación modal de la obligación de dar, por lo que nada obsta conceptualmente la pertenencia de la cosa al titular del mismo.

En caso de que la cosa pertenezca a varios propietarios proindiviso, tampoco hay inconveniente en conceder esta garantía a uno de los comuneros, ya que la restante o restantes fracciones indivisas son ajenas (43). Para ello únicamente deberán concurrir los demás requisitos exigidos en la Ley: poseedor de buena fe de cosa mueble (44).

4. La decadencia del título posesorio

Al analizar los presupuestos necesarios para constituir el derecho de retención es preciso considerar si la Ley establece algún requisito de carácter temporal, concretamente, si el poseedor cuando realiza alguno de los desembolsos que permiten retener puede ejercer la retención inmediatamente o si debe esperar a la finalización del título que le permite poseer para constituir la garantía. En este sentido, el artículo 3 LGP establece que el poseedor que “*hagi de lliurar (la cosa) a una altra persona pot exercir el dret de retenció*”. Esta frase ofrece dos lecturas posibles: bien se trata de una redundancia, una consecuencia lógica de la ajenez de la cosa (la cosa es ajena y deberá devolverse en el futuro); bien establece un nuevo requisito: para constituir el derecho de retención es preciso que se haya extinguido el título posesorio previo y, como consecuencia, surge la obligación de devolver la cosa.

Con anterioridad a la Ley 22/91 esta discusión era inexistente y carecía de sentido porque el derecho de retención únicamente permitía conservar la posesión de la cosa y, para ello, la relación jurídica por la que se poseía el bien debía haber finalizado, ya que no tenía ninguna utilidad retener si ya existía un título posesorio. Sin la extinción del título posesorio primitivo no se podía retener e, incluso, SABATER BAYLE llega a afirmar que la decadencia del título posesorio es un elemento estructural del derecho de retención junto a la posesión de la cosa, el crédito y la conexión entre ambos (45).

(42) VIÑAS MEY, *op. cit.*, p. 110.

(43) El Código civil argentino, en su artículo 2.686, concede derecho de retención al copropietario que ha hecho gastos de conservación o reparación de la cosa común.

(44) MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 226, afirma que en la coposesión: “la posesión recae necesariamente en la cosa y cada sujeto es un poseedor de la cosa entera, aunque su actuación sobre ella se encuentre limitada por la concurrencia de las demás posesiones”.

(45) SABATER BAYLE, *La facultad...*, p. 70. LACRUZ, p. 269, también lo considera como un elemento de la estructura básica del derecho de retención.

Esta situación ha cambiado con la Ley 22/91 ya que esta norma amplía las facultades del derecho de retención más allá de la simple aptitud para seguir poseyendo la cosa. La prórroga en la posesión deja de ser el único argumento para forzar al pago de la deuda y la cosa pasa a convertirse en garantía de la obligación, permitiendo al retentor cobrarse con sus frutos y venderla. De este modo, ¿podemos seguir manteniendo la necesidad de que haya finalizado el título posesorio previo para retener?, ¿qué argumentos existen para demorar la constitución de esta garantía, especialmente si el título posesorio previo no permite obtener los frutos de la cosa?, ¿qué ocurre si la deuda es económicamente más importante que los beneficios que se obtienen por la posesión de la cosa o incluso que el valor de la cosa (por ejemplo en la obligación del art. 4.1.b LGP)? Así, la solución de esperar a la finalización de la posesión, en algunos casos, puede resultar beneficiosa para el deudor y perjudicial para el acreedor que demora la oportunidad de ejercer el derecho de retención.

Estos y otros argumentos hacen necesario replantear la solución tradicional y admitir que la retención es un derecho real que el poseedor podrá utilizar cuando estime conveniente, sin necesidad de esperar a la finalización del título posesorio previo. Por ello, la expresión que *“hagi de lliurar la cosa a una altra persona”* debe entenderse como una consecuencia de que la cosa sea ajena y, como tal, deberá ser devuelta. De este modo el poseedor podrá constituir el derecho de retención cuando estime conveniente; sin embargo, la constitución de la garantía supone la extinción del título posesorio primitivo, ya que la retención, por sus características propias, implica un régimen jurídico incompatible con cualquier otro título posesorio: posesión en concepto de retentor, imputación de los frutos al pago de la deuda, prohibición del uso de la cosa, facultad de vender...

Una vez producidos los desembolsos que originan el derecho de retención, el poseedor puede optar entre seguir poseyendo por el mismo título o constituir la garantía: si prefiere continuar la posesión no hay ningún obstáculo legal, salvo la prescripción del crédito, para constituir la retención posteriormente; por ejemplo, cuando finalice su título posesorio. Sin embargo, si prefiere retener se extinguirá el título posesorio primitivo por ser incompatible con la retención. De esta forma, el propio poseedor decide unilateralmente qué solución es más conveniente: retener o esperar.

5. La concurrencia de derechos de retención

El artículo 10.1 LGP establece que una cosa dada en prenda no se puede volver a pignorar; por el contrario, es posible que una misma cosa sea objeto de dos o más derechos de retención diferentes y, por tanto, el retentor puede ser a la vez deudor por razón del mismo bien. En este supuesto el retentor que haya constituido la garantía en último lugar tendrá derecho a la posesión de la cosa y, por tanto, le corresponderá el ejercicio de las facultades de la retención.

El derecho de retención tiene origen legal y cuando concurren los requisitos exigidos en la Ley, no hay ningún inconveniente para constituir un nuevo derecho de retención. Véase un ejemplo: el retentor entrega la cosa en depósito a una tercera persona para que la custodie, el depositario realiza gastos necesarios por razón de la cosa que el retentor no satisface; para garantizar esta deuda el depositario podrá constituir otro derecho de retención en el que el primer retentor será deudor (diferente del propietario). El desarrollo de este supuesto en el que concurren varias retenciones sobre una misma cosa variará según los casos:

a) En caso de que la deuda se pague antes de subastar la cosa:

— Si paga la deuda un tercero: se subroga en la deuda como acreedor, con transmisión de todos sus derechos accesorios y, por tanto, también del derecho de retención. Se trata de un supuesto de transmisión de la garantía.

— Si el primer retentor paga: es otro caso de subrogación en la deuda con transmisión del derecho de retención. El primer retentor también podrá reclamar esta obligación al propietario.

— Si paga el propietario: satisfaría la deuda pero la posesión de la cosa correspondería al primer retentor, en virtud del primer derecho de retención que continúa vigente. El primer retentor sigue siendo titular de un derecho de retención con facultad de persecución de la cosa y, como tal, podrá reclamar el bien al propietario. El propietario no se subroga en el crédito (ya que también es deudor del mismo) ni se le transmite la garantía (porque la cosa ha de ser ajena).

Podemos encontrar excepciones a estas reglas si la obligación que generó la segunda retención es imputable al primer retentor, ya que el propietario podrá reclamarle la cantidad satisfecha más los perjuicios ocasionados, con las consecuencias que se deriven si hubiera abusado de la cosa.

b) En el caso de venta de la cosa en pública subasta: podrá subastar la cosa el retentor que tenga la cosa en su poder y la cantidad obtenida se destinará a pagar todos los créditos existentes, incluidos los garantizados con derecho de retención, que se satisfarán según las reglas de prelación de créditos.

Además de este supuesto, en el que sobre una cosa coexisten distintos retentores, también puede hablarse de concurrencia de derechos de retención cuando únicamente hay un retentor pero retiene por distintos conceptos. La retención en garantía de más de una obligación puede ser relativamente frecuente, ya que las obligaciones previstas en los artículos 4.1.d LGP (los intereses de las obligaciones garantizadas en el art. 4 LGP, desde que sea notificado el derecho de retención en la forma prevista en dicho artículo) y 5.2 LGP (los gastos necesarios resultantes de la conservación de la cosa quedan sometidos al régimen general de la retención) suponen la preexistencia de otra deuda garantizada con retención.

EL VALOR Y EFICACIA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO

ESTHER MUÑIZ ESPADA

*Profesora Titular de Universidad
Facultad de Derecho de Valladolid*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: A PROPÓSITO DE UNA NUEVA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO. **II.** EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL PRIMARIO COMO EFECTO DEL MATRIMONIO. **A.** La naturaleza de la unión conyugal. **B.** Las normas del régimen matrimonial primario aplicables sólo al matrimonio. **III.** LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INFORMADORES DE ESTE RÉGIMEN. **IV.** NATURALEZA JURÍDICA. **V.** TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

I. Introducción

Ha pasado ya bastante tiempo desde las emblemáticas reformas del Derecho de familia de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Está casi todo dicho en relación a los aspectos más significativos surgidos de la modificación en materia de filiación, patria potestad, matrimonio y régimen

económico matrimonial. Pero en relación a este último tema hay todavía una cuestión que pudiera ser motivo de cierta reflexión: la opción sistemática del régimen matrimonial primario. Su inclusión en el Título III del Libro IV del Código civil dedicado al régimen jurídico de las obligaciones y de los contratos afecta, y no positivamente, a su valor y eficacia.

Pero la idea no es nueva porque, junto con alguna crítica general por haberse fraccionado en el Código el Derecho de familia, “estudiándolo en los libros I y IV (en éste, el Derecho matrimonial de bienes)” comentada por el profesor LACRUZ BERDEJO (1), o la expresada por DíEZ-PICAZO a propósito de los artículos 1.315 a 1.444 C.c. pero justificando su ubicación por el deseo de producir los mínimos cambios posibles en la codificación, el profesor DE LA CUESTA SÁENZ ya había advertido, en el estudio sobre la protección de la vivienda familiar, que la inserción sistemática de las normas del llamado régimen matrimonial primario “es sin duda criticable y tiene la importante consecuencia, en relación con los arts. 9.3 y 13.1 del C.c., de hacer inaplicable el régimen primario y la protección de la vivienda a los derechos forales y a las personas a ellos sujetas...(). Ello tiene un efecto perturbador en cuanto al juego de los arts. 70, 96.4 y 1.320 del C.c.” (2). En el mismo año y sobre el mismo tema CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE trataba de la territorialidad de las normas aplicables a todos los regímenes matrimoniales, expresando que su “carácter de disposición general (sobre el art. 1.320 C.c.) obligará a sostener lo ineludible de su aplicación a cualquiera de los regímenes matrimoniales en los que existan bienes propios de los cónyuges, tanto en forma absoluta como coetáneos con la existencia de otros comunes. Y dándose esas circunstancias, será indiferente cuál sea la normativa, común o foral, que regule su nacimiento, desarrollo y extinción” (3). Por su parte, GIMÉNEZ DUART argumentaba, en relación con el mismo precepto, que “no será de aplicación a los matrimonios cuyo estatuto personal o vecindad civil sea la catalana, aun cuando por su vecindad originaria o por pacto expreso el régimen concreto de su matrimonio sea alguno de los regulados en Derecho común. Los artículos 9.3 y 13.1 del propio Código deben ser argumentos definitivos en orden a la inaplicabilidad del artículo que estudiamos. El régimen patrimonial del matrimonio se ajusta siempre a la Ley personal que, en el caso de los catalanes, es la Compilación exclusivamente. Lo dicho es, *mutatis mutandi*, aplicable a los sujetos a los demás

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Derecho de familia, el matrimonio y su economía”, en *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, t. IV, vol. I, Lacruz/Albaladejo, Barcelona, 1963, p. 15.

(2) DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., “La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado”, *RDN*, 1983, p. 135, n.º 9.

(3) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal de la vivienda familiar”, *RCDi*, 1963, p. 1598.

Derechos forales, salvo cuando éstos, () se remitan al Código civil en lo relativo al régimen de bienes del matrimonio" (4).

Las siguientes líneas van dirigidas a dar un carácter más general y amplio a esta cuestión un tanto controvertida. En concreto, a justificar la mejor ubicación del régimen matrimonial primario entre las normas del Libro I y en ese sentido su aplicabilidad general y directa a todo matrimonio. Sólo así, creo, el régimen matrimonial primario tendría una verdadera virtualidad y eficacia. El actual defecto de sistematización lo corrobora simplemente su naturaleza jurídica. Aunque el Código no habla de "régimen económico matrimonial primario", la rúbrica del Capítulo I del Título III del Libro IV: "disposiciones generales" tiene como modelo el del Derecho francés donde se constituye el régimen matrimonial primario como un efecto del matrimonio. De hecho, sus normas son la consecuencia, en el ámbito patrimonial, de los aspectos más característicos de la institución matrimonial, lo que argumenta en favor de su aplicabilidad general. Por ello, en el trabajo se comienza destacando la esencia natural ingénita del matrimonio, abundando en ello el régimen matrimonial primario.

Todavía hay algo que justifica mejor su extensión y amplitud, que constituye la segunda parte del trabajo, contener los principios constitucionales más relevantes que hicieron imprescindible la reforma del Código civil: la igualdad de los cónyuges y la paridad de poderes, los principios de libertad e igualdad, de independencia e interdependencia, autonomía e interés de la familia, en definitiva, la integración del consorcio conyugal.

Representa la uniformidad dentro del poliformismo característico de los regímenes matrimoniales. Su finalidad es asegurar la ejecución de normas o principios esenciales de alcance general uniformes y automáticamente aplicables.

Las normas del régimen matrimonial primario son el reflejo del orden constitucional, de la esencia de la comunidad conyugal y el paradigma del modelo general de la sociedad contemporánea. Si esto es así, sus efectos no pueden ser diferentes para cada matrimonio, y por tanto, no debería ser distinto en el Derecho común respecto del Derecho foral. El artículo 32 de la Constitución prescribe: "la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

Estas disposiciones se deberían aplicar a los derechos forales, lo que no es incompatible con las variedades específicas de cada territorio foral si se respeta el mínimo irreducible que representa el llamado "régimen"

(4) GIMÉNEZ DUART, T., "El art. 1320 del C.c. ¿es aplicable en Cataluña?", *RJC*, 1982, pp. 193 y ss.

matrimonial primario. Sólo de esta manera se haría real su pretendida unificación. De otro modo no tendría mucha utilidad y se producirían contradicciones con normas que según el artículo 13.1 C.c. sí son de aplicación general. Varias de las diversas compilaciones han incorporado preceptos de tenor semejante a los contenidos en el régimen matrimonial primario del Código civil, pero la teoría en sí se puede seguir sosteniendo, sobre todo respecto de aquellos derechos forales que nada dicen al respecto o cuya dicción sea más limitada que la referida en el Código civil (5).

II. El régimen económico matrimonial primario como efecto del matrimonio

A. La naturaleza de la unión conyugal.

Explicaba Santo Tomás que la unión conyugal es *adunatio*, unión en orden a un fin común, un fin que requiere la obra común de los dos esposos. La misma idea aparece reflejada antes en las fuentes romanas. Ya de *consortium omnis vitae* hablaron los jurisconsultos romanos, lo que resulta significativo en orden a la consideración de que el matrimonio, por su naturaleza, y no por influencias religiosas o morales, es una estructura ligada íntimamente a la condición misma del ser humano, que se basa en las estructuras dadas y permanentes de la humanidad del hombre y de la mujer. Es decir, que hay algo en él no adventicio, sino ingénito. *Matrimonia sunt ab ipsa rerum natura inventa* es la primera parte de la definición que aparece en *Decl. minor* 368.

Las fuentes nos suministran dos definiciones del matrimonio, la de Modestino: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (D. 23,2,1) y en I. 1,9,1: *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*.

Sobre el significado de la expresión *consortium omnis vitae* se ha dudado y se ha discutido en abundancia por los romanistas, entendiéndola algunos interpolada, queriendo ver en ella la idea de perpetuidad e indisolubilidad de cierto color cristiano.

Según HRUZA serían estas palabras tomadas tal cual de los moralistas

(5) Que en los derechos forales se hayan incorporado normas de igual tenor hace poco convincente la opinión según la cual los principios constitucionales, aun respetándose, pueden ser desarrollados en este ámbito con otra perspectiva para el Derecho foral y así entender sustituir la aplicación del régimen primario del Código civil.

griegos y según SOLAZZI (6) los juristas romanos habrían utilizado una frase que suena a hueco, porque cada uno de los esposos podía a su gusto romper el vínculo matrimonial –y los juristas romanos no hacían literatura–.

En todo caso, es importante aunque sólo sirviera para expresar un valor ideal e intencional (7) –e ideal no es sinónimo de utópico–.

Pero abunda la opinión de los que se pronuncian por la genuinidad de la sentencia. De *mutua societate sumat* se refiere además la definición en *Decl. minor* 368. Y relevancia especial dan los rétores romanos (8) al concepto de *societas coniugalis: uxor est, quae femina viro nuptiis collocata in societatem vitae venit* (9).

Por ello ALBERTARIO señala que el matrimonio es, en consecuencia, para los romanos *societas vitae, consortium rerum secundarum adversarumque. Consortium omnis vitae* significaba para Modestino ni más ni menos que lo significaba la expresión “*individua consuetudo vitae*”, usada por su maestro Ulpiano. No significa necesariamente “*consortium* perpetuo, hasta el fin de la vida”, sino *consortium* en todas las cosas, “alegres o tristes que tiene la vida”. Así la expresión de Modestino está en perfecta consonancia con la *societas vitae* de Quintiliano y con el *consortium rerum secundarum adversarumque* de Tácito (10). Con lo que aquel autor se atenía a la tradicional definición del matrimonio (refiriéndose al matrimonio *cum manu* –donde hay *communicatio iuris humani*, en cuanto que la mujer adquiría dentro de la familia del marido la cualidad de *suus heres*; y hay *communicatio iuris divini*, en cuanto la mujer participaba del culto de los *sacra* del marido–) (11).

A pesar de todo lo cual SOLAZZI entiende que la definición del D. 23, 2,1 no es una definición romana y pagana, es una definición cristianizada (12).

Lo que no cabe duda es que el cristianismo profundizó en sus exigencias y alentó a vivirlo en su verdadera esencia, basada en un Derecho natural que es transubjetivo, transhistórico y transjurídico.

(6) SOLAZZI, “*Consortium omnis vitae*”, *Annali della Università di Macerata*, Macerata, 1929, pp. 27 y ss.

(7) ALBERTARIO, “La definizione del matrimonio secondo Modestino”, in *Studi Albertonini*, vol. I, Padua, 1935, pp. 241, 247. También en *Studi di Diritto romano*, vol. I, Milán, 1933.

(8) LANFRANCHI, F., “Le definizioni e il concetto del matrimonio nei retori romani”, *SDHI*, 1936, vol. 2, pp. 148 y ss.

(9) Quintiliano. *Declam.* 247.

(10) Ann. III, 34; XII, 5.

(11) ALBERTARIO, “La definizione del matrimonio secondo Modestino”, *Studi di Diritto romano*, vol. I, Milano, 1933, pp. 184, 186, 187.

(12) SOLAZZI, “*Consortium...*”, cit., p. 37.

Entre nuestros civilistas esta idea ha sido muy bien destacada por el profesor LACRUZ quien define el matrimonio según su deber ser, “como una categoría que está en la naturaleza de las cosas y que no puede ser cambiada en sus elementos esenciales –que son los que entran en la definición– por acontecimientos históricos. Pero junto al matrimonio conforme al Derecho natural, han existido en la historia y existen en la actualidad formas matrimoniales a las que falta algunas de las características de éste y, que sin embargo, han sido consideradas como matrimonio. Una definición que comprenda todas ha de exigir en el matrimonio () sólo estas tres características (13); la unión física (), la comunidad de vida () y la fundación de la familia ()” (14).

El Derecho, en la medida de lo posible, ha de responder a la realidad intrínseca de las cosas, a lo que procede de su naturaleza y de las exigencias que son propias de la persona, al menos respecto de aquellas instituciones que afectan al individuo más intensamente. Pero la raíz del problema moral contemporáneo es que el discurso sobre el hombre y sobre la persona ha perdido credibilidad, suena abstracto en nuestro tiempo y en la ideología imperante, puesto que se ha pretendido conocer a la persona desde fuera de la dimensión natural y en su forma de permanecer en el mundo (15). En el plano jurídico, nos dice el profesor LUNA SERRANO, el Derecho en su función de organizar la vida social navega como puede, esto es, con la posible racionalidad, en cuanto que, como producto cultural está imbuido de las diversas influencias que se derivan de las fuentes materiales de que surge, a las que no puede desconocer, haciendo una ponderada síntesis de todas ellas. A veces esta síntesis dialéctica es difícil de reflejar en una proposición normativa precisa sin riesgo de alterar el criterio mediatorio de la razonabilidad (16).

(13) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de familia, el matrimonio y su esencia*, cit., Barcelona, 1963, pp. 35 y 36.

(14) Se ha dicho que la constitución o la exigencia de determinados requisitos, como pudiera ser el de la indisolubilidad, no restringen la autonomía, puesto que las normas éticas y jurídicas o las relaciones de justicia cuando responden a la naturaleza humana no coartan la libertad, ello se daría si se introdujeran disposiciones contrarias a la condición de la persona, MATTIOLI, V., *Matrimonio e famiglia*, Bolonia, 1995, pp. 40, 49, SARMIENTO, A., *El matrimonio cristiano*, Pamplona, 2001, pp. 54, 55 y 66.

Sobre las características del matrimonio en el Derecho romano, vid. NÚÑEZ PAZ, I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1986. TREGGIERI, S., *Roman Marriage*, Oxford, 1993. ASCOLI, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Milán, 2000, p. 104. Vid. ROBLEDA, O., *El matrimonio en Derecho romano*, Roma, 1970, pp. 255 y ss.

(15) BUTTIGLIONE, R., *L'uomo e la famiglia*, Roma, 1991, p. 22.

(16) LUNA SERRANO, A., “La función del Derecho y el Ordenamiento jurídico”, *Homenaje al Prof. Moreno Quesada*, vol. II, Granada, 2000, p. 1012.

En la plasmación jurídica de las exigencias propias de la institución matrimonial, el legislador ha distinguido entre los efectos personales y los patrimoniales. Dentro del Capítulo relativo a los derechos y deberes de los cónyuges prescribe el legislador que “el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia” (art. 67 C.c.), asimismo “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente” (art. 68 C.c.) (17).

En el ámbito patrimonial el desenvolvimiento de la sociedad conyugal implica unos bienes cuya organización requiere de la presencia de una institución que es el llamado régimen económico matrimonial. Existe una solidaridad en el destino y en los objetivos que se convierten en comunes. El matrimonio comporta facilitarse mutua ayuda en las necesidades materiales. Desde este punto de vista unos regímenes económicos se convienen mejor que otros con lo que supone la unión conyugal y en todo caso, como dice CARBONNIER, todo régimen matrimonial que la ley declara aplicable de pleno derecho a los cónyuges en el supuesto de que no expresen una voluntad contraria tiene la significación de un modelo social, de un modelo en el cual la sociedad expresa su ideal en cuanto a las relaciones pecuniarias de los esposos (un modelo es un ideal destinado a partir de un consenso) (18).

Como expresa MAZEAUD (19), los bienes de cada uno de los miembros de la familia están afectados a la vida del grupo, tienen un destino familiar, la medida en la que exista esta afección de los bienes a la familia depende del régimen matrimonial. No se imagina una familia en la que ninguna confusión se produce entre los bienes de los esposos, pues al menos hay que contribuir a las cargas del matrimonio. Afectar los bienes de la familia es asegurar su mantenimiento, pero la afección de los bienes a la familia no se realiza sólo por la organización del patrimonio familiar o por lo que resulta del régimen matrimonial, las reglas sobre sucesiones y liberalidades fijan también la vinculación de los bienes a la familia. La preocupación por protegerla pasa por asegurar la defensa del patrimonio familiar, sin ello la familia no cumpliría plenamente ni su función social ni económica.

La regulación de estos aspectos aparece en el Código civil curiosamente entre los contratos, comenzando con la regulación del mal llamado

(17) De interés a este respecto es el trabajo de ROCHE-DAHAN, J., “Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles?”, *RTDC*, 2000, pp. 735 y ss., sobre la relación entre matrimonio y contrato sinalagmático.

(18) CARBONNIER, J., *Essais sur le lois*, 1979, p. 36. A este respecto también GARRIDO DE PALMA, “Matrimonio y régimen económico hoy, perspectivas de futuro”, *RDN*, 1985, pp. 117 y ss.

(19) MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. IV, *Régimes matrimoniaux*, París, 1982, p. 5.

régimen económico matrimonial primario en las Disposiciones generales, el Capítulo IV dedicado al estudio de la sociedad legal de gananciales, junto con el Capítulo V: el régimen de participación y el Capítulo VI: del régimen de separación de bienes.

Las nuevas orientaciones permiten plantearse (20) si es tan imprescindible la existencia de un régimen económico dentro del matrimonio, sobre todo por el alcance que ha adquirido la idea de independencia, aliada de forma inconveniente con el marcado individualismo de los últimos tiempos. ¿Podrían ser aquellas disposiciones evitadas por la autonomía de la voluntad? El concepto y las características del matrimonio, así como sus fines demuestran que resulta esencial a todo matrimonio la existencia de un régimen matrimonial y por tanto, y por lo que aquí interesa la aplicación a todo matrimonio del llamado régimen económico matrimonial primario, porque éste integra las características más esenciales al matrimonio y además los principios más marcadamente constitucionales a él referentes. Las disposiciones integrantes del régimen matrimonial primario son precisamente además las que unifican el régimen patrimonial del matrimonio.

La defensa de un núcleo irreductible y de una esencia inmutable, representada por la idea *consortium omnis vitae*, no permite fácilmente evitar la inexcusabilidad y necesidad de un estatuto, de un régimen económico matrimonial junto con el régimen matrimonial primario, cuya máxima utilidad del primero se comprobará al momento de la extinción del matrimonio o en un periodo de crisis, y del denominado régimen primario durante la vida del matrimonio, porque éste precisamente acoge los principios más representativos de la esencia del matrimonio vertidos al ámbito patrimonial, por eso se entiende su aplicación a todo matrimonio. Es decir, cualquiera que sea la concepción que los esposos tengan de su unión y el régimen matrimonial que elijan, el matrimonio es inconcebible sin un mínimo irreductible de comunidad de intereses pecuniarios (21).

Las discusiones actuales que se están suscitando vivamente sobre la aplicabilidad de las normas del matrimonio y en concreto de los regímenes económicos matrimoniales a la situación de las parejas de hecho, defendido con ardor por ciertos sectores sociales, creo que aconseja ahora más que nunca insistir en algo que siempre ha parecido notorio y eviden-

(20) TERRE, F./SIMLER PH., *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, París, 1989, p. 13, cuestionan a propósito de la presente evolución marcada por la emancipación de la mujer casada y por la igualdad de los esposos si ello no debe llevar a la abolición del régimen matrimonial o si la plena independencia de los esposos no debe llevar en su desarrollo natural a un sistema de reglas consistentes, en lo concerniente a los efectos pecuniarios del matrimonio, en tratarlos como si fueran solteros.

(21) Vid. Répertoire civil Dalloz, *Régimes matrimoniaux*, 1999, p. 8.

te, que estas reglas están pensadas y dirigidas sólo a las personas casadas. Un régimen concebido para los esposos en consideración a la permanencia del matrimonio no puede funcionar para las relaciones extramatrimoniales en las cuales no existe ninguna obligación (22). El régimen económico matrimonial como parte del Derecho patrimonial se relaciona directamente con el matrimonio, en este sentido el profesor DE LOS MOZOS lo define como “un conjunto de reglas que prolongan, en el orden de los bienes y de las actividades patrimoniales de los cónyuges, los lazos específicos que la institución del matrimonio establecen”, y una prueba de esto —añade— la proporciona precisamente las normas del régimen matrimonial primario que son inconcebibles en cualquier tipo de unión como la familia de hecho (23). Esta idea ha sido suficientemente corroborada por la doctrina, antes el profesor LACRUZ ya había tenido la oportunidad de manifestar que el régimen económico matrimonial es “la respuesta del Derecho ante una serie de intereses y problemas pecuniarios a los que ha dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular” (24). Por tanto, la idea constante es su relación directa y su base en el matrimonio. Otro de los grandes maestros, CORNU, afirma su existencia vinculada a la formación y al mantenimiento del vínculo conyugal, sin matrimonio no hay régimen matrimonial, no se establece más que entre los esposos, la disolución del matrimonio acarrea la del régimen (25).

La implicación y el entramado de los intereses inevitables que surgen en la vida del matrimonio hace imprescindible un soporte económico que sirva a la realización de su fin específico de carácter netamente extrapatrimonial. Teóricamente por tanto es independiente del alcance e importancia del patrimonio de los esposos, incluso privados de cualquier medio no evitaría la existencia de un régimen económico; como dice TERRE, el régimen matrimonial es una abstracción.

La unión conyugal produce efectos personales que no pueden ser totalmente disociados de sus efectos pecuniarios y éstos no pueden ser análogos a los que resultan de cualquier asociación, sociedad o grupo, las obligaciones derivadas de sus relaciones son ordenadas de una forma específica (26). Responde, por tanto, a las necesidades vinculadas a la existencia de la célula familiar, a la condición de cohesión implícita en el orden familiar.

(22) MAZEAUD, *Leçons de Droit civil, Régimes matrimoniaux*, cit., p. 12.

(23) DE LOS MOZOS, J. L., *La reforma del Derecho de familia, en España hoy*, vol. I, Valladolid, 1981, p. 105.

(24) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, cit., Barcelona, 1963, p. 236.

(25) CORNU, G., *Les régimes matrimoniaux*, París, 1995, p. 28.

(26) TERRE/SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, París, 1989.

Pero no solamente esto, a los terceros tampoco les resulta indiferente la ordenación legal o contractual de los aspectos patrimoniales del matrimonio. La ordenación del régimen económico matrimonial se convierte así en una garantía para los terceros. Y esta idea, tan importante o más que la anterior, justifica la necesidad, en cualquier caso, de un régimen económico matrimonial, que funciona como una comunidad de crédito.

B. Las normas del régimen matrimonial primario aplicables sólo al matrimonio.

Estas razones hacen inapropiado por tanto la aplicación de las normas del régimen matrimonial primario, y los regímenes económicos matrimoniales en general, a otras situaciones que no sean específicamente la relación conyugal, porque, como se ha visto, sólo en relación con ella se justifican y no sólo lo justifica sino que lo hace inevitable.

Por eso me parece incorrecta la afirmación que contiene la sentencia del TS de 27 de marzo de 2001, cuando expresa que “con todo no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante en la indemnización compensatoria, la aplicación analógica de Derecho –refiriéndose al art. 97 C.c.– ... y medítese, en relación con la analogía solicitada en este caso, sobre la compensación no sólo en el art. 97 del C.c., sino, también, en el contenido del art. 1.438 del C.c., () respecto al régimen de separación de bienes (*que, desde luego a salvo pactos en contra, es el que rige, con carácter absoluto, para las uniones de hecho*)...”.

Me parece importante insistir en el riesgo de aproximaciones o aplicaciones analógicas sobre la base del matrimonio a favor de los convivientes de hecho (27).

Es muy frecuente, sobre todo entre la normativa autonómica que regula las uniones de hecho, encontrarse en las exposiciones de motivos con discursos muy demagógicos y con frases muy poco realistas que sin embargo tienen la suficiente fuerza como para hacer electoralismo político. Creo que en este sentido el legislador no puede ser un mero registrador de la demanda social y debe atreverse a retomar la función que verdaderamente le corresponde. No son justas las reivindicaciones sobre la base de la no discriminación y la igualdad, y bastante desafortunada, a mi juicio, la utilización de la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 cuando reitera “la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orienta-

(27) Sobre la abundante bibliografía del tema de las parejas de hecho puede consultarse la que proporciona por ejemplo la Prof. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., en su obra *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas de hecho*, Valencia, 2002.

ción sexual” para trasladar el régimen del matrimonio a otras situaciones convivenciales, o para permitir la adopción por ejemplo a parejas sin establecer distinción. Debe recordarse la sentencia del TS de 6 de febrero de 2001 cuando dice que el artículo 14 de la Constitución “sólo resulta infringido cuando se produce una desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carecen de una justificación objetiva y razonable, pues dicho principio no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquéllas que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables o de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, siempre que las consecuencias jurídicas que resulten de la distinción sean adecuadas y proporcionadas al fin lícito que se persigue”.

Creo que se debería comprender que la naturaleza de estas situaciones no exige una amplia labor legislativa sobre la base de un estatuto jurídico igual al del matrimonio. Si se impone incorrectamente la pluralidad el Estado pierde la eficacia de defender lo esencial y la oportunidad de orientar. Y en todo caso hay que evitar la arbitrariedad. Como decía CHRISTIAN ATIAS, contra arbitrariedad teoría. Tiene que haber un compromiso jurídico contra la arbitrariedad, no puede convertirse en un medio disimulado de hacer que se acepte lo inaceptable, de producir otros dogmas dotándoles de una pretendida racionalidad. No todas las actitudes son válidas, no todas las razones para actuar son equivalentes (28).

Las normas adoptadas están llamadas a influir sobre los comportamientos. La función del Derecho de familia es promover normas de referencia comunes, proponer un comportamiento considerado como preferente. En la concepción tradicional el Estado proponía un modelo de familia fundado hasta época reciente en el matrimonio, que no se protegía por razones filosóficas o morales sino por puro realismo, así la política familiar estaba ordenada en torno a este hecho (29). Bien es verdad que no se pueden ignorar las nuevas realidades sociales, ciertamente puede hacerse necesario atender a ciertas consecuencias de estas situaciones porque en las mismas, según TETTAMANZI, “además de la libertad individual de cada persona está en juego la dimensión pública de esta elección privada dado el inevitable carácter relacional e intersubjetivo de la persona humana”. En todo caso, entienden LENSEL y LANFOND que contentarse con imponer a los ciudadanos todos los modos de vida concebibles

(28) ATIAS, CH., *Théorie contre arbitraire, Elements pour théorie des theories juridiques*, París, 1987, trad. del Prof. DE LA CUESTA SÁENZ, *Contra arbitrariedad teoría*, Madrid, 1988.

(29) Sobre estas cuestiones, LENSEL/LAFOND, *La famille á venir*, París, 2000, pp. 29 y ss.

y un régimen para cada uno de ellos sin indicar cuál es el preferible es crear la confusión y hacer perder a la sociedad su identidad (30).

La libre elección por sí misma no justifica la existencia de un específico estatuto que tome como referencia y se aproxime al matrimonio, entre otras razones porque éstos son adversarios del matrimonio –como se ha dicho, la decisión de ambos convivientes de no casarse crea la presunción de que su voluntad es la de convivir bajo un régimen distinto al establecido para el matrimonio–; además porque tampoco corresponde a su modo de constitución ni a la infinita variedad de situaciones que las mismas originan la imposición de unos mismos efectos pretendiendo a toda costa su institucionalización; y porque entre estas formas y el matrimonio hay esenciales diferencias que no se reducen a aspectos accidentales ni formales, la diferencia no radica en una mera formalidad sino en algo más profundo. Que internamente en ambas situaciones puede vivirse algo semejante no lo hace igual, para el Derecho los sentimientos internos son indiferentes, el Derecho otorga unas consecuencias y unos efectos jurídicos distintos, en función de unos objetivos y finalidades a conseguir en relación con la naturaleza y esencia de la misma institución.

Asimilando estas situaciones al matrimonio, éste pierde sustantividad propia, además es arriesgado para ellas mismas ¿cómo respetar la libre elección realizada por los propios interesados?, la naturaleza de la modalidad por la que optan exige cierta desvinculación, es necesario respetar la esencia fáctica de la unión de hecho, la exigencia de ciertas formalidades no sería muy congruente respecto de una relación esencialmente no formalizada; como se ha dicho, si en tales supuestos o situaciones, se quiere que haya un Registro, bien sea municipal o autonómico, si se establecen unos derechos patrimoniales y hasta sucesorios, estamos, de nuevo, inventando el matrimonio, aunque se trate de un matrimonio *light*, lo que resulta contrario al orden público y a la propia Constitución rectamente entendida (31).

Por ello, sin descartar otras posibilidades –aunque respecto de algunas no estoy muy convencida–, una solución realista, entiendo, implica la regulación de su situación mediante pactos suscritos por los mismos convivientes, parece más conforme que sean los mismos interesados quienes libremente decidan o no dar relevancia jurídica a su relación mediante los pactos que estimen más oportunos, sin imponerse forzosamente consecuencias jurídicas ni siquiera por el mero transcurso del tiempo; no se puede olvidar la existencia de sobrados medios en Derecho para solventar razo-

(30) En opinión de los mismos autores, *ibídem*, p. 36, citando a C. ATÍAS.

(31) LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 2.ª ed., Barcelona, 1989, p. 11; DE LOS MOZOS, J. L., "Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas", *La Ley*, n.º 5162, p. 3.

nablemente la cuestión atendiendo a su propia especificidad y peculiaridad, la técnica contractual abarca un espectro amplísimo que cubre los aspectos patrimoniales de la relación, y en el ámbito del Derecho sucesorio la sucesión testada ofrece amplias posibilidades (32). También se ha dicho que la norma puede tomar dicha convivencia como un dato integrante del supuesto de hecho productor de determinadas consecuencias jurídicas, sin tratar de otorgar a la convivencia *more uxorio* relevancia jurídica *iusfamiliar*, como las normas de responsabilidad civil o las penales (33). En todo caso, es difícil para el legislador en esta materia más que en ninguna otra dar una respuesta sin suscitar las más vivas reacciones. Sin duda, será muy importante la actuación de los tribunales resolviendo *ad casum* según las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.

Pero entiendo que la analogía además de improcedente es innecesaria, y la única consecuencia es la desnaturalización de la familia y el matrimonio, incluso de las propias uniones de hecho (34). El matrimonio y la familia deben ser protegidos de forma específica y preferente por los valores que en sí mismos tienen. Como dice TETTAMANZI “una pretendida equiparación es falsa y falsificante porque va en contra de la verdad de las cosas, anulando las diferencias sustanciales, se debería legislar y regular respetando la verdad y la justicia”, evitando –podría añadirse– cualquier componente demagógico y electoralista. Si el Estado no asume un papel directriz y no destaca un modo de vida socialmente preferente parece que su única función se limita a la asunción de riesgos y a la reparación de consecuencias. Su actuación se realizaría *a posteriori* y por tanto el Derecho se instrumentalizaría. Por tanto, es un error el desmantelamiento de la política familiar, es necesario privilegiar y promover jurídicamente la familia como lugar natural e instrumento más eficaz de humanización y de personalización de la sociedad; bien entendido que cada uno no es libre de inventar su familia como quiera (así afirma ALONSO PÉREZ que “la convivencia homosexual deberá ser tutelada al amparo de otros criterios constitucionales..., pero no como constitutiva de una familia en la disciplina de los arts. 32 y 39 de la Constitución” (35)).

Este mismo autor realiza un análisis de la crisis en la que se ve en-

(32) En el mismo sentido DE LOS MOZOS, J. L., “Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, *La Ley*, n.º 5162, 2000, p. 4.

(33) *Vid.* más extensamente PANTALEÓN PRIETO, F., “La autorregulación de la unión libre”, *PJ*, n.º 4, 1986, pp. 120 y ss.

(34) Según algunos autores “es conveniente y deseable que el vínculo extramatrimonial tenga su propia regulación jurídica, su ámbito específico de protección por el Derecho... Pero en modo alguno es correcto invocar la tutela jurídica matrimonial apoyándose en la analogía entre unión de hecho y unión nupcial”, ALONSO PÉREZ, M., “El Derecho de familia, entre lo viejo y lo nuevo”, *Matrimonio y uniones de hecho*, Salamanca, 2001, p. 27.

(35) ALONSO PÉREZ, M., “El Derecho de familia, entre lo viejo y lo nuevo”, *Matrimonio y uniones de hecho*, Salamanca, 2001, p. 24.

vuelta la familia del siglo XXI (36), y como él dice también de la paradoja que la caracteriza, en este sentido, por ejemplo, como estamos viendo, se elige la unión de hecho, pero se reclaman las ventajas del matrimonio. “No parece discriminatorio entender que, como regla general, quien no se acoge a la institución matrimonial queda excluido del sistema de protección previsto para el matrimonio, sin que ello suponga atentado alguno al libre desarrollo de la personalidad” (37).

Por todo ello entiendo, a diferencia de lo afirmado en la sentencia mencionada del TS de 27 de marzo de 2001, que el régimen económico matrimonial de separación de bienes no debería ser de aplicación a las uniones de hecho, por muy cómodo que resulte el recurso de aplicar al caso concreto lo dispuesto en el artículo 1.438 del C.c. Los regímenes económicos matrimoniales son, como se ha visto, de exclusiva aplicación al matrimonio. De otro lado, su extensión a las uniones de hecho suscitaría el problema de la publicidad del régimen frente a terceros, el de la indeterminación del comienzo de su vigencia (38), sin olvidar que todo régimen económico matrimonial va acompañado de la aplicación del llamado régimen económico matrimonial primario (39).

Pareciendo arriesgado entender que sí existen algunos aspectos de la disciplina matrimonial que pueden hacerse extensivos a la convivencia *more uxorio*, como se ha manifestado en algunas ocasiones por la Jurisprudencia (40) (41).

(36) Puede verse los orígenes de esta crisis en LENSEL/LAFOND, *La famille...*, cit., pp. 6 y ss.

(37) ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 25.

(38) *Vid.* comentario a esta sentencia de SALAZAR BORT, S., en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 513.

(39) A propósito de un precepto particular que integra el régimen primario, el artículo 1.320 C.c., señala CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1.320 del C.c.”, *RCDI*, 1987, p. 1439, que “a efectos del art. 1.320 del C.c. el concepto de familia se restringe aún más, para centrarse en torno al concepto del matrimonio, independientemente de la existencia o no de hijos () el art. 1.320 del C.c. es una disposición general del régimen económico matrimonial, aplicable, por lo tanto, exclusivamente cuando existe un matrimonio, aunque desde otros puntos de vista ajenos a este artículo el concepto de vivienda familiar sea más amplio que el matrimonial. De este modo, la protección del precepto que nos ocupa únicamente alcanza a los unidos en matrimonio, incluso aunque no tenga descendencia, quedando excluidas aquellas parejas que sin estar casadas cohabitan habitualmente como si lo estuvieran, no sólo cuando no tuvieran hijos, sino también cuando de ellas hubieran nacidos hijos y éstos hubieran sido legalmente reconocidos por los convivientes”.

(40) Más cauta parece la sentencia de 17 de octubre 2000 de la *Cour de cassation* 1 civ.: *pas de contribution aux charges du ménage entre concubins, les règles des régimes matrimoniaux ne s'appliquent pas au concubinage*. Un comentario en *Recueil Le Dalloz*, 8 febrero 2001, n.º 6, pp. 497 y ss., de R. CABRILLAC.

(41) Debe remitirse, asimismo, al lector al estudio del trabajo de la profesora TORRES GARCÍA, T., “Régimen económico matrimonial y uniones de hecho”, *Matrimonio y uniones de hecho*, Salamanca, 2001, en especial pp. 44 y ss., donde se plantean con detalle otras materias no tratadas en este epígrafe.

El régimen matrimonial primario, por tanto, condensa las relaciones pecuniarias más básicas inspiradas en las exigencias del estado matrimonial, constituyendo el conjunto de disposiciones “definidoras de los deberes comunes e iguales que la unión conyugal impone a sus miembros” (42). Enuncia los principios elementales de naturaleza patrimonial más estrechamente relacionados con la concepción extrapatrimonial del matrimonio, por ello deberían incluirse en el Libro I bajo la rúbrica “Del matrimonio” y no en el Libro IV entre los contratos, resultaría así con claridad de aplicación a todo matrimonio y sólo al matrimonio.

III. Los principios constitucionales informadores de este régimen

Aparte de lo indicado hay otro hecho que con mayor rotundidad justifica la misma decisión, por tanto el hecho de la aplicación del régimen matrimonial primario a todo matrimonio con independencia de su vecindad civil y explica además su particular naturaleza, la de responder y acoger los principios constitucionales.

Al Derecho de familia le afectaron especialmente los grandes principios que consagraran con valor universal las más importantes Declaraciones y Convenios Internacionales protagonistas de los años 50 y 60, inspirados en un renovado sentido de la justicia y en nuevos ideales que regirían la vida social, política y jurídica de cada país. A partir de aquí, el Derecho de familia evolucionará conforme al compás de los tiempos como no lo ha hecho ninguna otra parte del Derecho civil, sin duda por ser la más sensible y vulnerable a los cambios y transformaciones sociales.

La Constitución, como no podría ser de otro modo, ha sido el motor fundamental del cambio, y también en este ámbito del Derecho de familia (43). “La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho... destacando entre ellos () unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva”. La Constitución es portadora de determinados valores materia-

(42) FERNÁNDEZ CABALEIRO, E., *El régimen económico matrimonial en Europa*, Madrid, 1969, p. 52.

(43) Vid. LUNA SERRANO, A., “La reforma de la legislación matrimonial” en *Patrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del C.c.*, coord. por J. L. Lacruz Berdejo, Madrid, 1982, pp. 15 y ss.

les. "Estos valores no son simple retórica, no son simples principios programáticos sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar con éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación" (44).

Las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (como entre padres e hijos) constituye el núcleo del Derecho de familia propiamente dicho. En torno a él, en cuanto su efecto esencial es dar lugar al *status* matrimonial, se articula todo un entramado de derechos y obligaciones, de relaciones personales y patrimoniales de naturaleza muy diversa cuyos cambios ha propiciado la Constitución. La Ley de 13 de mayo de 1981, como desarrollo de los principios constitucionales, se desenvuelve en torno a los principios de libertad e igualdad de los cónyuges, aunque la idea de igualdad jurídica ya tuviera algún atisbo en la reforma de 1975 y en la anterior de 1958, aunque sin duda es la Ley de 1981 quien llevó a sus últimas consecuencias este principio (45); como expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley "la presente reforma ha llevado el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, ya, sobre todo, confirmando a cada uno, en el aspecto patrimonial, iguales facultades, deberes y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer".

Resume SIMLER que la historia de los regímenes matrimoniales desde el Código civil hasta nuestros días es esencialmente la de la conquista tardía de la igualdad, que se traduce en una combinación de la esfera de la independencia y de la interdependencia, de la autonomía y de la colabo-

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma jurídica", *ADC*, 1979, p. 329.

(45) Fenómeno paralelo al Derecho francés, *vid.* RAYNAUD, *Principes directeurs de la réforme française, Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, 1966, p. 232. Un análisis sociológico sobre las reformas en CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, 1979, pp. 35 y ss. Por lo que se refiere a la siguiente reforma *vid.* FOURNIER, A., "Une nouvelle étape dans la réforme permanente du droit des régimes matrimoniaux: la loi du 23 décembre 1985", *RTDC*, 1989, pp. 447 y ss. Sobre los principios informadores en la Ley holandesa de 14 de junio de 1956 y la Ley alemana de 18 de junio de 1957 *vid.* MARTÍN BLANCO, J., "Principios informadores de los nuevos sistemas económicos del matrimonio", *RDP*, 1959, p. 709 y ss.

ración (46). Esto quiere decir que la tutela de los intereses individuales de los cónyuges puede verse ahora como intereses de relevancia familiar que supera la esfera meramente subjetiva, por eso el deber de contribución, coordinado con el de colaboración, representa el instrumento jurídico fundamental para la tutela de los intereses comunitarios (47).

De esta manera se desvanece el riesgo que advierte el profesor DE LOS MOZOS, hay que evitar –dice– una “maximalización” del principio de igualdad (48). Pues ciertamente ha de reconocerse la presencia de otros principios, o, al menos, la explicación de ciertas medidas y la adopción de algunos criterios no encuentran razón de ser sólo en la presencia de este principio. Sin duda, las ideas de colaboración, unidad e interés de la familia están también reflejadas en la ley (49).

(Hablando del interés de la familia es curioso que las últimas reformas, en especial la LO de 15 de enero de 1996 de protección jurídica del menor, sean tan excesivamente superadoras del principio de interés de la familia para sustituirlo por un abrumador beneficio o interés, en este caso, del menor o del hijo que se sitúa por encima de cualquier otra consideración, cuando la adecuada e ineludible protección del menor no debe impedir la consideración de otros intereses en juego; como ha manifestado CARBONNIER, quien no deja de sorprendernos por la sutileza y acierto con que se acerca al análisis de cualquier figura jurídica, “*l'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions de droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire*” (50). Parte de la inflación de este concepto está en la dificultad de su concreción, pues pocos conceptos habrá tan deslizantes e inaprehensibles, vagos y etéreos como éste del interés del menor (51); en parte, también la intensificación de la influencia de este concepto radica en una cierta actitud aprensiva del legislador, que en algunas ocasiones parece legislar más bien desde la patología y la excepción; por tanto, debería existir en cada una de las instituciones un cierto equilibrio entre los diversos principios en juego).

(46) SIMLER, PH., “L'évolution du droit des régimes matrimoniaux en France de 1804 à 1989 ou la conquête de l'égalité”, *Le Droit de la famille en Europe*, Strasbourg, 1992, pp. 555 y 558.

(47) ALAGNA, S., “Il regime patrimoniale primario della famiglia”, *Vita Notarile*, 1977, p. 870.

(48) DE LOS MOZOS, J. L., “La reforma del Derecho de familia...”, cit., p. 95.

(49) La sanción legislativa del principio de unidad e “interés de la familia” ya apareció en la ley francesa de 22 de septiembre de 1942, sobre derechos y deberes de los esposos, especialmente en la redacción de los artículos 213 y 215 del C.c.

(50) *Dalloz*, 1960, p. 673 (com. S. Cour d'Appel París, 10 de abril 1959).

(51) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000.

Volviendo a lo anterior, FUENMAYOR ya se planteaba la relevancia que merece la igualdad como valor básico del ordenamiento ¿es posible atribuirle el primado sobre otros valores? Como nos explica, originariamente fue enunciado como un principio general mediante una fórmula acuñada que se encuentra en las constituciones políticas a partir del s. XIX: “todas las personas son iguales ante la ley”, fórmula con la que en rigor lo que se pretende es exaltar el valor de la ley, en el sentido de garantizar la efectividad de una de sus características esenciales: la generalidad. La afirmación no afectaría en esta primera etapa al legislador, la igualdad no sirve de vehículo para la promoción de la igualdad como valor, no es más que una idea abstracta que se traduce por la generalidad de la ley, pero que no puede impedir numerosas distinciones entre las personas sometidas a la ley. En una segunda etapa, el principio de igualdad se ha entendido con un mayor alcance, entraña también el rechazo de toda desigualdad jurídica material, es decir, la prohibición de diferencias sin un fundamento racional; ahora también el legislador es uno de sus destinatarios. Y en los últimos años el principio de igualdad se traduce por el de no discriminación que ha adquirido una importante connotación de fondo, entraña la necesidad de disponer de un término que sólo se aplicaría a las distinciones ilegítimas; distinción y discriminación se entendieron como originariamente intercambiables, mientras que con la palabra diferenciación se alude ahora a las distinciones justificables (52).

La Constitución considera la igualdad entre los valores superiores del Ordenamiento, junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político; en el artículo 14 consagra la exigencia de la igualdad como un principio constitucional con la formulación clásica de las viejas constituciones y a la vez con la terminología más reciente para la determinación del contenido de este principio general, que habrá de ser distinguido del resto de los contenidos en la Constitución; de esta distinción habla HERNÁNDEZ GIL cuando dice que “en muchas concepciones de la justicia, ésta se identifica con la igualdad. (Pero el total problema de lo justo no se resuelve en la igualdad.) En la justicia está más acentuada la función ordenadora; es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social. Evidentemente, la igualdad es un componente del criterio valorativo menos ordenador que es la justicia; mas no se trata de que la justicia es igualdad, sino de que es justa la igualdad. La justicia, en la esfera del Derecho, tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo el valor, sino también la medida de los demás valores sociales y jurídicos” (53).

(52) Nos explica FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “Alcance del principio constitucional de igualdad”, *ADC*, 1983, pp. 1332 y ss.

(53) HERNÁNDEZ GIL, A., *El ordenamiento jurídico y la idea de la justicia*, Madrid, 1980, p. 53. En nuestro aspecto específico *vid.* MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., “Influencia del Derecho

En este caso, el Derecho de igualdad más que diferenciarse ha de conjugarse con el resto de elementos que logran la consecución del fin común de la institución. Así se toma en consideración no el interés puramente individual de los cónyuges sino intereses superiores a los especialmente individuales de los esposos. Se hace necesario destacar el valor del transpersonalismo, para fijarse en él como medio en torno al cual también gira la regulación, el interés de la familia debe retomar su protagonismo, así como la defensa de los factores que fomenten la integración del grupo y la unidad. La quiebra del sistema jerárquico de la familia o la nueva atribución de papeles dentro de ella ha tenido también sus consecuencias más adversas, a la vez que la variedad de tipos de familia nos ha situado lejos del modelo uniforme de una familia reputada como ideal, favorecido por el ascenso del personalismo y del individualismo. Precisamente las normas del régimen matrimonial primario consagran principios superadores de esta otra cara de la realidad.

Es decir, el sistema de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la paridad de poderes ha de cumplir además de con la idea de libertad e independencia de los esposos con otra idea antitética, con la idea de solidaridad (art. 1.318 C.c.) (54). No puede “reconducirse a la satisfacción de un interés meramente individualista o particularista de cualquiera de ellos y que vaya en contra de los intereses del otro, o de la ineludible coincidencia de intereses de la sociedad conyugal. Por eso, lo que verdaderamente genera el tan reiterado principio de igualdad es una paridad de derechos y deberes, () paridad que se halla concebida más que para asegurar la libertad e independencia de los cónyuges, con el objeto de conseguir la propia integración del consorcio conyugal” (55).

Los textos han conciliado la reivindicación de la libertad y la vinculación al ideal comunitario. Como explica G. BLANC (56), de una comunidad caracterizada por la unidad de administración en beneficio del marido se ha pasado a una concepción más democrática de la comunidad en la cual el poder está repartido. La igualdad aparece como un elemento

público sobre el Derecho de familia”, *RDN*, 1986, p. 243. WIEDERKEHR, G., “Le régime matrimonial légal, l’égalité des époux et la protection de l’homme marié contre la femme”, *RTDC*, 1969, pp. 230 y ss.

(54) PHILIPPE, C., *Le devoir de secours et d’assistance entre époux*, París, 1981, Préface de G. Wiederkehr; JESTAZ, PH., “L’égalité et l’avenir du droit de la famille”, *L’avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, París, 1999, pp. 417 y ss.; AUTORINO, G., “Libertà e solidarietà nei rapporti personali tra i coniugi”, *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997, pp. 111 y ss.

(55) DE LOS MOZOS, J. L., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 1.º, Madrid, 1982, p. 36.

(56) BLANC, G., “De l’idée d’association comme fondement du pouvoir de époux communs en biens”, *RTDC*, 1988, pp. 32, 57.

esencial de una nueva concepción de la comunidad, bilateralizando las relaciones conyugales. Lo que constituye además un medio de defensa contra ellas mismas y una defensa moderna de la institución del matrimonio (57). Ello ha traído otra consecuencia: el aumento del intervencionismo judicial; la supresión del principio de unidad de dirección de la familia y la quiebra del principio de autoridad, es decir, el problema de satisfacer la idea de igualdad y conseguir una gestión diligente de las incumbencias familiares ha hecho tomar protagonismo al intervencionismo judicial, que será además la tónica dominante en la futuras reformas del Derecho de familia (puede verse en la Ley de 24 de octubre de 1983, 21 de noviembre de 1987, o en la LO de 15 de enero de 1996).

Estos principios y esta filosofía han justificado y en ellos tienen su razón de ser las Disposiciones generales del Capítulo I del Título III del Libro IV que, por recepción del Derecho francés, se denomina régimen económico matrimonial primario, sin que haya de entenderse que todas las normas aquí incluidas pertenecen al mismo, los artículos 1.315 a 1.317 C.c. recogen los principios generales a que obedece el régimen económico matrimonial (58). A los principios constitucionales consagrados en este régimen se deben los aspectos más característicos de la ordenación de la nueva regulación jurídica. Sin embargo, su trascendencia y proyección queda bastante limitada por un simple defecto de ubicación. Un pequeño matiz modifica radicalmente su operatividad, pues la ubicación no es indiferente, tiene su sentido porque expresa un valor, define la importancia y el papel a desempeñar. Como ya advirtiera LACRUZ BERDEJO, "el Código civil padeció un error de sistematización al fraccionar el Derecho de familia estudiándolo en los Libros I y IV (en éste el Derecho matrimonial de bienes)" (59), a lo que podría añadirse que la opción por

(57) Esta situación de equilibrio ha sido muy bien destacada por DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., "La protección de la vivienda familiar...", cit., p. 133, a propósito de la vivienda familiar habitual "la solución de equilibrio consagrada por la reforma para salvaguardar la interdependencia de los esposos, consiste en imponer la obligación de actuación conjunta de los esposos en casos de especial trascendencia para la familia cuyo interés resultaría presumiblemente dañado por actos de disposición llevados a cabo individualmente. Es, pues, la normativa del artículo 215 del C.c. francés (nuestro actual art. 1.320 C.c.) una regulación protectora de aquél «interés de la familia» que podría verse amenazado por la acrecentada autonomía de los esposos en los nuevos regímenes económicos del matrimonio, fórmula impersonal bajo la cual la ley ha venido a sancionar un notable aumento de la independencia de la esposa. Se presenta también, en principio, la regulación del artículo 215 del C.c. francés, como una concreción de los deberes mutuos de los esposos que en forma principal enumera el artículo 212 del mismo cuerpo legal".

(58) Vid. GARCÍA CANTERO, G., "Notas sobre el régimen matrimonial primario", *Documentación Jurídica*, 1987, p. 303.

(59) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 15.

tratar en concreto el régimen económico matrimonial primario en el Libro IV, en mi opinión, ha incrementado las consecuencias de este error.

Ubicado en el Libro IV, entre los contratos, se desnaturaliza la esencia y la finalidad del régimen económico matrimonial primario, pierde eficacia. Si su justificación es además mantener los principios constitucionales relativos al matrimonio, constituyendo una base común, debería ser de aplicación a todo matrimonio y por tanto haberse introducido el régimen como un efecto del matrimonio y no incluirlo entre los contratos.

IV. Naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial primario

Su naturaleza no es contractual, tienen una naturaleza compleja, pero ciertamente ésta no es contractual. Dichas disposiciones están consideradas como formando parte del estatuto del matrimonio. Del contenido de sus preceptos se puede deducir, como se ha dicho en el Derecho francés, la existencia de un vínculo orgánico entre el llamado estatuto de base y la institución del matrimonio. También en parte participa del régimen matrimonial. Sin duda, la elección de la naturaleza jurídica no es indiferente, ni una discusión puramente académica, pues repercute sobre los problemas que suscitan las situaciones que el Derecho internacional privado regula (60). El régimen matrimonial primario aporta flexibilidad al funcionamiento de los regímenes matrimoniales, pero no precisamente permitiendo la intervención de la autonomía de la voluntad. Ni siquiera la ubicación actual parece correcta para los regímenes económicos matrimoniales propiamente dichos, porque éstos no siempre se imponen por voluntad expresa de los sujetos, como si la voluntad individual fuera la única fuente posible, o como si se impusiera como un contrato tácito, ideas que originariamente influyeran en la separación dentro de los códigos de la materia matrimonial del resto del Derecho de familia. Como indica LACRUZ BERDEJO, cualquier régimen económico matrimonial es una institución con características propias muy diferentes de las formas de asociación nacidas del contrato o de los negocios creadores de obligaciones, “en particular, aunque sea contractual, un régimen económico del matrimonio es algo que opera en virtud de la ley y cuyos efectos no podrían producirse por la mera voluntad privada, ni tampoco excluirse” (61).

(60) Vid. más detenidamente estas cuestiones en *Répertoire civil Dalloz, Régimes matrimoniaux*, 1999, p. 7. RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Régimen económico matrimonial, aspectos internacionales*, Granada, 2002.

(61) LACRUZ BERDEJO J. L., *Derecho de familia, el matrimonio y su economía*, cit., pp. 246 y 247.

Pero en todo caso, el régimen económico matrimonial primario ni siquiera es un régimen, por tanto aún menos para ser incluido en la sede actual.

Un régimen económico matrimonial es un conjunto coherente de reglas ordenadoras de las relaciones pecuniarias de los esposos, cuya finalidad es conferir un estatuto particular a los esposos en el ámbito patrimonial en sus relaciones recíprocas como en sus relaciones con los terceros. Frente a esto el régimen económico matrimonial primario representa el elemento mínimo necesario, las reglas indispensables y básicas más generales que en relación al aspecto pecuniario afectan a todo matrimonio, por tanto su naturaleza es también diferente respecto propiamente dicho de un régimen económico matrimonial. “En la vida de la familia –de toda familia– se distingue un régimen patrimonial primario, siempre asegurado por el ordenamiento, para las obligaciones inderogables que constituyen las reglas de vida y funcionamiento de toda familia” (62).

El régimen matrimonial responde a tres cuestiones que plantea la vida matrimonial en común: el reparto de poderes, la riqueza y las deudas; para que haya verdaderamente régimen matrimonial todas ellas tienen que ser consideradas. Un régimen matrimonial no es solamente el conjunto de reglas sobre el reparto de los bienes entre los cónyuges, sus poderes y la carga de sus deudas, no es verdaderamente régimen más que un todo coherente cuya fuente es única y donde todo se contiene (63). El régimen matrimonial primario no es un verdadero régimen matrimonial porque no regula más que algunas cuestiones.

Es objeto de un régimen matrimonial el conjunto de bienes de los cónyuges, cualquiera que sea la fecha y el modo de adquisición, aunque cada tipo de régimen los tome en consideración de manera diversa, otorgándoles un destino específico en cuanto a la propiedad o el modo de su gestión; el reparto de poderes entre los esposos; determina así mismo el modo de afrontar las cargas y deudas, y la respectiva responsabilidad, formando estas reglas un todo coherente y una relación armónica entre ellas, entre las cuales no faltarán las disposiciones reguladoras de las relaciones de los esposos con los terceros, tomando en consideración otros intereses al margen de los estrictamente familiares; contemplando asimismo las formas de extinción del régimen y su liquidación.

El matrimonio que consagra la unión de dos personas establece necesariamente un mínimo de unión de sus intereses materiales respectivos, el objetivo de los diversos regímenes matrimoniales es asegurar la vida

(62) TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, p. 301; SANTORO PASSARELLI, “Comentarios arts. 143 y ss.”, en *Commentario diritto italiano della famiglia*, vol. 2.º, Padova, 1992.

(63) MALAURIE-AYNES, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, París, 1988, pp. 24 y ss.

material de la familia, organizando para este fin el régimen de bienes de los esposos y sus poderes sobre estos bienes, el régimen matrimonial debe igualmente aportar a cada cónyuge el medio de realizar sus legítimas aspiraciones patrimoniales (64). El régimen matrimonial primario representa el núcleo de principios generales que atribuyen una dimensión comunitaria al grupo familiar, aunque reglas aparentemente heterogéneas, son elemento de cohesión donde se describen recíprocos deberes de solidaridad, constituyendo el punto de confluencia de los patrimonios. A diferencia de las notas que conforman el concepto de régimen económico matrimonial, el denominado régimen económico matrimonial primario se presenta como una regulación básica destinada a los aspectos más generales y trascendentes, como son, entre otros, la contribución a las cargas del matrimonio, la disposición de la vivienda familiar habitual, la potestad doméstica o la confesión sobre la condición de los bienes.

Este contexto revela, por tanto, que la expresión “régimen” para el estatuto de base no resulta la más apropiada, aunque la fórmula es, en todo caso, aproximativa. Sus reglas, propiamente hablando y, como dice CORNU (65), no forman parte del régimen matrimonial, aunque influyen sobre su funcionamiento, formando la base común sobre la que se articula el régimen económico matrimonial, ya sea el régimen legal o convencional. Mantiene inalterables las bases a pesar de los posibles cambios de régimen matrimonial y sirve de corrección a la posible “fuerza disgregadora de los regímenes separatistas” (66). Constituye la unidad dentro de la diversidad y poliformismo de los regímenes económicos matrimoniales, formando un estatuto fundamental. Por eso en el Derecho francés se han propuesto otras fórmulas, como estatuto de base o estatuto fundamental, que expresan su carácter imperativo (67).

Se ha configurado en realidad como efecto directo del matrimonio en el ámbito pecuniario, que no puede ser evitado por los cónyuges ni en capitulaciones matrimoniales, en cuanto son una serie de medidas elementales de salvaguardia. Esta idea está muy presente en el Derecho francés, cuyos artículos 212 a 226 se incluyen en el Capítulo dedicado a “los deberes y los derechos respectivos de los cónyuges” y no entre los artículos 1.387 y ss., lo que ilustra que el régimen económico matrimonial primario a pesar de su denominación se vincula más a los efectos gene-

(64) DEVOS, M. E., “De régime de communauté”, en *Le statut matrimonial du français*, 75 *Congrès des notaires de France*, t. 1, 1978, p. 32.

(65) CORNU, G., *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 16.

(66) Como dice el profesor DE LOS MOZOS, J. L., *La reforma del Derecho de familia...*, cit., p. 112.

(67) Sobre su imperatividad ÁLVAREZ-SALA WALTHER, *RDN*, 1981, p. 11. DE LA CUESTA SAENZ, J. M., “La protección...”, cit., pp. 138 y ss.

rales del matrimonio que a los regímenes matrimoniales, por ello bien alejado de la influencia de la autonomía de la voluntad está dotado de un fuerte matiz imperativo en cuanto vienen definidas como unas previsiones mínimas que el legislador adopta para la ordenación económica del matrimonio.

Prueba de ello es el artículo 1.318 de nuestro C.c., que sujeta los bienes de los cónyuges a las cargas del matrimonio como consecuencia del deber de contribución que a ambos incumbe, hasta el punto de estar prevista la intervención judicial a instancia de cualquier cónyuge cuando el otro incumpliere su deber de contribución. Algo semejante ocurre con el artículo 1.319.1 C.c., en virtud del principio de igualdad ambos tienen encomendados la realización de los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, previendo el régimen de responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad, sin que un cónyuge puede suprimir o restringir la actuación del otro en orden a estos actos, cuya imperatividad tiene también como explicación la protección de los terceros (68). El artículo 1.320 C.c. también se incardina entre el entramado de derechos y deberes de los cónyuges, configurado como una limitación para la protección de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges. Parte de la importancia de la estabilidad de la sede familiar y de la igualdad en la participación de la elección del domicilio conyugal, pues a ambos corresponde la dirección de la vida familiar (art. 70 C.c.) (69). Así, el artículo 1.320 del C.c. tiene una perfecta relación con el artículo 70 C.c. El artículo 1.320 C.c. en el ámbito patrimonial es lo que el artículo 70 C.c. representa en la esfera personal, conviniendo la fijación del domicilio por mutuo acuerdo entre los esposos; si el artículo 70 C.c. es de aplicación general debería predicarse lo mismo para el artículo 1.320 C.c. Por ello el control en todo caso a la

(68) Sobre estas cuestiones HERRERO GARCÍA, M. J., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 578 y ss.

(69) "La importancia que reviste la creación de la protección de la vivienda familiar en los ordenamientos francés y español, es decisiva como contrapeso de la nueva distribución de los poderes domésticos, y como indicio de la concepción de la familia como institución estable, que ha inspirado a ambos legisladores", DE LA CUESTA SAENZ, J. M., "La protección...", cit., p. 168. LUCINI CASARES, A., "La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma", *RCDI*, n.º 596, 1990, pp. 87 y ss. HERRERO GARCÍA, M. J., "Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código civil", *Homenaje al prof. Beltrán Heredia y Castaño*, pp. 291 y ss. LARRONDO LIZARRRAGA, J., "Actos dispositivos sobre la vivienda habitual", *Materials de les vuitenes jornades de dret Català a tossa*, 1994, Valencia, 1996, pp. 271 y ss. ÁVILA ÁLVAREZ, P., "El régimen económico matrimonial en la reforma del código civil", *RCDI*, 1981, pp. 1374 y ss. Además de los ya citados.

protección del derecho a la vivienda familiar indirectamente se articularía a través del juego del artículo 70 del C.c. (de aplicación general en virtud de lo dispuesto en el art. 13 C.c.).

Son normas de orden público en el sentido de que los esposos no son libres para modificarlas, al menos en la estricta medida compatible con los principios esenciales que determinan los elementos fundamentales de la unión conyugal.

Este estatuto de base es de influencia en todos los regímenes en cuanto trata de la capacidad y de los poderes de los cónyuges y de la contribución a las cargas del matrimonio y al mismo tiempo son independientes de la reglamentación de cada uno de los regímenes matrimoniales, su finalidad es asegurar la ejecución de normas o principios esenciales de alcance general, uniforme y automáticamente aplicables, como dice RAUCENT (70), tienen en común la idea de igualdad, independencia, comunidad, asociación, colaboración, solidaridad, complementariedad y reciprocidad. Tiene por objeto asegurar la libertad, la interdependencia y la independencia: la unión crea una interdependencia que no puede afectar a la independencia.

Si es un efecto del matrimonio, si es el resultado a nivel patrimonial de los aspectos más característicos de la institución matrimonial, si su función es la de otorgar una cierta unidad a la disciplina del régimen económico matrimonial o al estatuto patrimonial del matrimonio sobre el que descansan los principios básicos constitucionales exigiría su ubicación en la regulación general del matrimonio, en el Libro I, entre los efectos del matrimonio, siendo de aplicación también en todos los territorios forales, haciéndose real su pretendida unificación.

Si los esposos no pueden por ningún medio descartar o decidir la inaplicación de estas disposiciones ni pueden sustituir los principios que son la base de este estatuto, es porque son el reflejo del orden constitucional y porque su extensión es la consecuencia de la esencia de la comunidad conyugal. Su influencia sobre el régimen matrimonial o su relación con el régimen matrimonial propiamente dicho no evita su consideración fundamental como efecto del matrimonio. Esto quiere decir que deberían ser de aplicación a todo matrimonio y por tanto también de aplicación en el territorio de los derechos forales, donde pudiera estar previsto por vía contractual, a través de la previsión hecha en capituciones o pactos que no pueden incluirse más que en el respeto a los principios fundamentales consagrados en la Constitución, en caso contrario la vía judicial debería permitir el reconocimiento ulterior de estos derechos. Pero por estas

(70) RAUCENT, L., *Traité pratique des régimes matrimoniaux*, Bruselas, 1985, p. 38.

vías el régimen primario perdería eficacia. Conservar relevancia jurídica como manifestación meramente negocial que se formaliza en escritura pública, en capitulaciones o mediante otros pactos no respondería a la intención y a la finalidad con la que se ha previsto por el legislador, que, sin embargo, no acertó por ello en su ubicación. Sus efectos no deberían ser diferentes en un territorio que en otro, no debería haber en los Derechos forales desviaciones a la doctrina y principios emanados de este régimen. Algunos territorios con Derecho propio han aprovechado sus últimas reformas para incluir normas semejantes a las integrantes en este régimen (71).

V. Tratamiento jurisprudencial

La jurisprudencia ofrece una panorámica muy diversa y refleja ambas tendencias, desde sentencias que hacen aplicación del régimen del Código civil en territorio foral a sentencias excluyéndolo. De la primera tendencia puede citarse la sentencia del TS de 7 de octubre de 1985. En esta resolución se declara no haber lugar al recurso de revisión planteado por falta de legitimación. Los antecedentes son los siguientes: ante el juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Barcelona se sustancia juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, dictada sentencia se declara a la demandante propietaria del piso adquirido al demandado; piso cuya pertenencia era privativa, y donde se instala inicialmente al menos el domicilio conyugal; en el matrimonio regía el sistema de separación de bienes. Asimismo se condena al demandado a desalojar el piso dentro del plazo legal, con apercibimiento de lanzamiento en caso contrario. La esposa del demandado, ocupante del piso, plantea recurso extraordinario de revisión. Alega la actora en revisión que, en virtud del artículo 1.320 C.c., para la enajenación del piso, donde dice tener constituido el domicilio conyugal, se debió contar con su consentimiento y el juicio declarativo promovido por la compradora para hacer efectiva la compraventa debió dirigirse no sólo contra el vendedor, su marido, sino también contra ella, por entender que de acuerdo al citado precepto se trata de un supuesto de litis consorcio pasivo necesario.

Por supuesto que el tema fundamental que resuelve la sentencia y que motiva el fallo del Tribunal Supremo es el de la legitimación en el recurso de revisión, pero tan sólo ahora justifica su referencia un aspecto más

(71) Sobre uno de estos preceptos, a propósito de la vivienda familiar, puede verse ELO-RIAGA DE BONIS, F., "La protección de la vivienda del matrimonio. Antecedentes y comentarios de la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra", *RJN*, 1992, pp. 178 y ss.

concreto, la aplicación del artículo 1.320 C.c. de la que parte el TS en sus fundamentos al caso presente en el que los cónyuges son “al parecer de vecindad catalana”, aunque otra interpretación sobre la aplicabilidad del artículo 1.320 C.c. en Cataluña no hubiera alterado el fallo del Tribunal. En resumen, la Sala Primera del TS que aparentemente consideró aplicable la limitación que a la capacidad de disponer de los cónyuges implica el artículo 1.320 C.c. en supuesto de régimen de separación de bienes regido por el Derecho civil catalán, estimaba en cambio que no se deriva necesariamente del citado artículo un litis consorcio pasivo necesario entre los cónyuges y que, por tanto, la relación procesal entre la compradora y el marido exclusivamente estaba bien planteada. La recurrente carecía entonces de legitimación para replantear en revisión la relación jurídica sustantiva ventilada en dicho proceso, al no haber sido parte en el mismo de forma justificada y le restaba para la defensa de sus intereses y derechos la vía de un juicio declarativo ordinario al amparo de lo previsto en los artículos 1.320 y 1.322 del C.c.

Recaída sentencia de revisión tres meses después la misma actora presenta ante el mismo juzgado de Primera Instancia solicitud al objeto de que se le notifique la sentencia contra la que había recurrido en revisión al objeto de poder defender a partir de tal momento sus intereses; el juzgado dicta providencia acordando no haber lugar a la notificación por no haber sido parte en el proceso al que la referida sentencia puso fin. Tras esta resolución se suceden numerosos recursos y resoluciones del mismo juzgado que culminan en un Auto de la Sala Primera de lo civil de la AT de Barcelona dictado en resolución del recurso de queja interpuesto contra la última providencia denegatoria del juzgado de Primera Instancia. Tras el Auto de la Sala Primera de lo civil de la AT de Barcelona interpone recurso de amparo ante el TC con resultado desestimatorio, “tras la sentencia del TS hubiera sido posible para este TC entrar a considerar el fondo del asunto, esto es, las alegaciones de la recurrente sobre su necesaria participación en la demanda que la (demandante en el inicial procedimiento de mayor cuantía) planteó en su momento para obtener la efectiva transmisión del piso que había adquirido. Al no hacerlo así la recurrente y haber iniciado en cambio actuaciones procesales manifiestamente improcedentes, dejó transcurrir el plazo de caducidad previsto en nuestra Ley Orgánica para entablar el recurso de amparo, por lo que éste resulta ahora sobradamente extemporáneo y ha de ser, en consecuencia, desestimado”.

La sentencia del TS de 30 de septiembre de 1997 tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.320 C.c. El juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Baracaldo dicta sentencia declarando la compraventa de la vivienda nula por simulación absoluta, ordenándose la cancelación de la inscrip-

ción en el registro de la propiedad. Apelada la sentencia, la AP de Vizcaya desestima el recurso de apelación. Se interpone recurso de casación, entre otros motivos, por aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial de litis consorcio pasivo necesario en relación con los artículos 1.257 y 1.320 C.c. Se declara no haber lugar al recurso de casación sobre la base de la interpretación de tales preceptos.

Asimismo se tiene en cuenta de nuevo el artículo 1.320 C.c. en este caso en territorio aragonés, cuando se dice en la sentencia del TS de 4 de diciembre de 2000, estimatoria del recurso de casación, que “ciertamente, según el artículo 96 del C.c., en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. El artículo 1.320 del mismo cuerpo legal establece, sin embargo, que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá (solamente) el consentimiento de ambos cónyuges.

La sentencia del TS de 31 de diciembre de 1994 mantiene la aplicabilidad general del artículo 1.320 del C.c. con independencia del régimen económico del matrimonio, lo que no debe interpretarse necesariamente como referible solo a los regímenes matrimoniales regulados por el Código civil, y así puede entenderse sobre todo teniendo bien en cuenta, como ha tenido el Tribunal Supremo, el lugar de donde proceden los hechos. Los antecedentes de esta sentencia son los siguientes: el juzgado de primera Instancia de Barcelona estima la demanda que inicia el juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre nulidad de escrituras de compraventa y de constitución de hipoteca. En apelación, la Audiencia dicta sentencia desestimándola y el TS declara no haber lugar al recurso de casación. Se denuncia la infracción del artículo 1.320.2 del C.c. por aplicación indebida; el razonamiento en síntesis sostiene: “el art. 1.320.2 no es aplicable al caso de autos, es aplicable y no se aplica el art. 96.4 y este precepto permite anular la enajenación sin que la anulación de la venta pueda impedir la buena fe del adquirente, porque este precepto no contiene norma equiparable con el párr. 2.º del art. 1.320 que protege al adquirente de buena fe”. “El motivo decae porque el art. 96.4, aunque excluya la aplicación del art. 1.320.2, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes* pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compartible con el uso, una vez disuelto el matrimonio”. Previamente haciendo constar que “nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en

primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los arts. 87, 90 b), 91, 96, 103.2 C.c.; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Protección que se hace patente en los supuesto de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del art. 1.320 del C.c. de aplicación general con independencia del régimen patrimonial del matrimonio ()”.

Por el contrario, la sentencia del TSJ Baleares de 3 de septiembre de 1998 trata el tema con toda amplitud y claridad para rechazar con absoluta rotundidad la aplicación, en concreto de la norma del artículo 1.320 del C.c. del régimen matrimonial primario, a los matrimonios sujetos al Derecho balear.

Contra la sentencia que declara la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre los demandados –entidad bancaria y el ex cónyuge de la demandante–, la entidad bancaria interpone recurso de apelación que la Audiencia de Palma de Mallorca desestima, formalizando dicha entidad recurso de casación fundamentado en infracción de los artículos 1,2,3 y 4 de la CDC de las Islas Baleares en relación con los artículos 13 y 14 C.c. y 91.1 de RH. El Tribunal casa la sentencia revocando la del juez *a quo*, entendiéndose que el derecho balear no representa normas de carácter excepcional dentro de un régimen de derecho común, sino que constituye un derecho propio, independiente del sistema del C.c., siendo un derecho distinto y es el derecho común en su circunscripción territorial, por lo que si la concreta cuestión litigiosa planteada tiene una adecuada solución dentro de la normativa foral, habrá que aplicar éste y conteniendo una declaración completa, coherente y armónica de los efectos patrimoniales de los matrimonios sujetos al derecho civil balear en el que se establece una absoluta separación de bienes y se reconoce la plena capacidad de cada cónyuge para poder realizar por sí solo cualquier acto de dominio, administración, disfrute y disposición de sus propios bienes.

Con mejor criterio, el juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Palma de Mallorca apreció que el artículo 1.320 C.c. es aplicable a los matrimonios sujetos al derecho balear al constituir una regla primaria de aplicación prioritaria, en aras de la defensa constitucional de la vivienda y del interés familiar.

La sección 4.ª de la AP de Palma de Mallorca habiendo visto en grado de apelación los autos dicta sentencia desestimando el recurso planteado y confirmando lo dictado por el juzgado *a quo*. Así se declara que el artículo 1.320 C.c. es una norma que trasciende el ámbito puramente patrimonial y en la que se plasma el carácter transpersonalista del Derecho de familia, por ello es aplicable a los matrimonios sujetos al Derecho

civil de Mallorca, citando en apoyo el artículo 39.1 de la CE. El artículo 1.320 C.c. –explica– por integrar el llamado régimen matrimonial primario no es incompatible con el régimen de separación de bienes contemplado en el C.c. cuyas líneas axiales no difieren del sistema de separación de bienes contemplado en la Compilación balear. De no entenderse aplicable en Mallorca el artículo 1.320 C.c. quedaría obstaculizada la efectividad de lo dispuesto en el artículo 70 C.c. en orden a la fijación del domicilio conyugal como exigencia derivada del derecho a la igualdad garantizado por el artículo 14 CE y por el artículo 66 del C.c. Se daría la paradoja de estar menos protegido el cónyuge no titular de la vivienda familiar en situación de convivencia matrimonial normal que lo que lo está el cónyuge a que en caso de separación, divorcio o nulidad se le atribuye el uso de la vivienda conyugal (arts. 90 y ss. del C.c.), careciendo de relevancia el dato de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Compilación balear fuera rechazada la inclusión en el texto que se reformaba una norma de contenido idéntico al del artículo 1.320 C.c., norma que había figurado en el Proyecto.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY 23/2001, DE 31 DE DICIEMBRE, DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA, SOBRE CESIÓN DE FINCA O DE EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA

ISABEL ZURITA MARTÍN

*Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de Cádiz*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ANTECEDENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. **A.** Delimitación conceptual del contrato. **B.** La diversidad de prestaciones de las partes. **C.** El problema de la transmisión de la propiedad. **a.** *La falta de transmisión inmediata de los pisos por construir.* **b.** *Cambio de orientación de la jurisprudencia.* **c.** *La solución propuesta por el artículo 13 del Reglamento Hipotecario.* **d.** *La STS de 31 de enero de 2001, que anula los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 13 del Reglamento Hipotecario.* **e.** *La solución convencional: transmisión del derecho a edificar.* **III.** LA RESPUESTA CATALANA: LA LEY 23/2001, DE 31 DE DICIEMBRE, SOBRE CESIÓN DE FINCA O DE EDIFICABILIDAD A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN FUTURA. **A.** Preámbulo. **B.** Presentación del contrato. **C.** Régimen general. **D.** Adquisición en la transmisión total y parcial de la finca. **E.** Incumplimiento del contrato. **F.** Oponibilidad del contrato ante terceros. **IV.** A MODO DE CONCLUSIÓN: UTILIDAD DE LA LEY Y COMPETENCIA LEGISLATIVA AUTONÓMICA.

I. Introducción

Durante el pasado mes de abril del año en curso entró en vigor en Cataluña la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, convirtiéndose en la primera norma que, con rango de ley, regula en nuestro país esta modalidad contractual, usualmente conocida por doctrina y jurisprudencia como permuta o cesión de solar a cambio de obra futura.

Efectivamente, la cesión de suelo por obra ya fue objeto de regulación específica, con ámbito estatal, a través del RD 1867/1998, de 4 de septiembre, que introdujo en el Reglamento Hipotecario un nuevo artículo 13, mediante el cual quedaba incorporada a nuestro ordenamiento esta figura de origen jurisprudencial. Posteriormente, como después veremos, este precepto ha sido declarado parcialmente nulo por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, al entenderse que su contenido constituye una flagrante transgresión del principio de jerarquía normativa.

La reciente Ley catalana que pretendemos comentar se erige, pues, en la única norma existente en la materia –dejando a salvo los dos últimos párrafos del anulado art. 13 del Reglamento Hipotecario, que deja vigentes la citada sentencia–, con la innegable pretensión, además, de constituir el marco normativo básico sobre el régimen jurídico del negocio en cuestión.

Ello no obsta, sin embargo, para que la regulación por ella contemplada no merezca una crítica doctrinal apropiada, poniéndola en relación con la normativa declarada nula y con la trayectoria jurisprudencial habida en esta disciplina.

Por todo ello, partiendo del contenido de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, trataremos de analizar las soluciones que el legislador catalán ha aportado a los principales problemas que presenta este contrato en el tráfico jurídico, cotejando dichas medidas con las que propuso el RD 1867/1998, a través del parcialmente derogado artículo 13 del Reglamento Hipotecario, y con las que anteriormente había ido aplicando el Tribunal Supremo al resolver sobre los distintos litigios que llegaban hasta su Sala Primera.

II. Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales

A. Delimitación conceptual del contrato.

La figura que constituye el objeto de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, ha ido creándose, al amparo del prin-

cipio de libertad contractual, por los propios particulares que han intentado dar respuesta a las necesidades constructivas de la sociedad actual. Sus perfiles se han delimitado progresivamente por la jurisprudencia de nuestros tribunales, complementada por la doctrina, especialmente civilista, que han ido propugnando, para los problemas más significativos de este negocio, las soluciones de las que adolecía nuestra legislación (1).

Ciertamente, los treinta años de presencia del negocio en las salas de los tribunales han propiciado el enunciado de conceptos en mayor o menor medida descriptivos de este contrato. Las calificaciones conceptuales han sufrido, así, oscilaciones durante varios años, marchando siempre unidas a las denominaciones jurídicas que el Tribunal Supremo ha otorgado al contrato, importando más el estudio de su naturaleza que el enunciado de un concepto.

Puede servirnos como ejemplo la STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 8980), que se refiere a este contrato en los siguientes términos: **“... modalidad contractual pues, cada vez de uso frecuente y progresivo, y que responde a las nuevas formas de conexión de intereses entre los particulares, en las que por el intercambio «in natura» de lo que una parte ostenta, el terreno o solar y careciendo, en cambio, de los inmuebles que sobre el mismo pueda construir el profesional o capitalista, concierta con éste que, a cambio de aquel terreno, el mismo pueda construir y le entregue en contraprestación parte de lo así construido –naves, pisos, plazas de garaje–”**.

Por tanto, en el marco ya de su naturaleza jurídica, cabe decir que en los primeros años de la década de los noventa el Tribunal Supremo se suele referir al negocio como “contrato atípico”, “atípico *do ut des*”, atípico de cesión de solar a cambio de obra o de aportación de solar (2).

Pero, con independencia de la calificación que se le otorgue, todas las sentencias vienen a coincidir en apreciar las grandes analogías que presenta este negocio con la “permuta con prestación subordinada de obra”, resultando subsumible, en consecuencia, dentro del ámbito del artículo 1.538 del Código civil (3). En esta línea, a partir de la segunda mitad

(1) Sobre un recorrido jurisprudencial del contrato, véase ZURITA MARTÍN, “El contrato de aportación de solar en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *RDPatr.*, n.º 6, 2001-1, pp. 463 y ss.

(2) Así, las SSTs 30 enero 1990 (RJ 1990/101) y 30 septiembre 1993 (1993/6660) se refieren al contrato atípico de aportación de solar, mientras que mayor cantidad de ellas hablan de contrato atípico a secas, de contrato atípico *do ut des*, o de atípico de cesión de solar a cambio de obra, como las de 18 diciembre 1990 (RJ 1990/10286), 23 enero 1991 (RJ 1991/311), 2 febrero 1991 (RJ 1991/699), 14 diciembre 1992 (1992/10402), 12 abril 1993 (RJ 1993/2996), 24 noviembre 1993 (RJ 1993/9210) y 19 noviembre 1994 (RJ 1994/8537).

(3) Contienen un repaso jurisprudencial y doctrinal respecto a la naturaleza jurídica del contrato, la STS 7 junio 1999 (RJ 1990/4741) y la STSJ de Cataluña 5 febrero 1990 (RJ 1992/2574).

del último decenio, el Tribunal Supremo comienza a referirse al negocio, asumida ya dicha naturaleza, directamente como permuta, a veces sin más cualificaciones añadidas –como en las SSTS 31 julio 1995 (RJ 1995/5923), 29 abril 1996 (RJ 1996/3024), 18 septiembre 1996 (RJ 1996/6726), 17 mayo 1997 (RJ 1997/3883), 19 septiembre 1998 (RJ 1998/7550), 30 abril 1999 (RJ 1999/2619)–, y en otras ocasiones de una forma mucho más descriptiva, teniendo en cuenta el tipo de contraprestación que haya de recibir el aportante a cambio del solar permutado. De esta forma, se habla de permuta de solar por obra realizada o edificación en las SSTS 19 junio 1996 (RJ 1996/5102) y 21 diciembre 1998 (RJ 1998/9647), aunque ya también en la de 13 diciembre 1994 (RJ 1994/9420); de permuta de solar por obra y dinero en la STS 21 febrero 1995 (RJ 1995/1696); o de permuta de terreno por fincas futuras en la STS 11 diciembre 1995 (RJ 1995/9474).

El hecho, sin embargo, de que este negocio pueda situarse en el ámbito normativo de la permuta, no lleva aparejado que podamos dejar de calificarlo de atípico, sobre todo porque son principalmente las partes quienes regulan el contenido obligacional del contrato atendiendo a sus propios intereses en juego. Ciertamente, la riqueza del tráfico jurídico inmobiliario se traduce en que, bajo la cobertura de este negocio, se diversifiquen las modalidades contractuales promovidas por los particulares para satisfacer sus aspiraciones, en función de las distintas prestaciones que a cada parte de la relación corresponda realizar.

Por tal motivo, a nuestro juicio, la calificación que parece más acertada para referirse a esta clase de negocios, con independencia de las distintas formas en que puedan materializarse las prestaciones de las partes, debe ser la de contrato de aportación de solar (4), aunque la mayoría de la doctrina lo califique de permuta (5), con independencia de que a cada

(4) ZURITA MARTÍN, “El contrato de aportación de solar”, *CCGPJ*, n.º 51, Madrid, 1995, y, recientemente, NÚÑEZ MUÑOZ, *La aportación de solar*, Madrid, 2002. En contra de esta calificación, RUDA GONZÁLEZ, *El contrato de cesión de suelo por obra*, Valencia, 2002, p. 87.

(5) Entre los más recientes, SERRANO CHAMORRO, *Cambio de solar por edificación futura*, 2.ª edición, Pamplona, 2000; y LÓPEZ FRÍAS, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Barcelona, 1997. Lo califica de permuta de cosa presente por cosa futura LUCAS FERNÁNDEZ, “La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir”, *RDN*, abril-junio 1967, p. 302; MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid 1978, p. 345; DE LA ROSA DÍAZ, *La permuta*, Madrid, 1976, p. 392; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Modalidades en la construcción de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana”, *RDN*, abril-junio 1969, p. 198; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Piso futuro y viviendas acogidas”, *RCDI*, n.º 478, mayo-junio 1970, p. 472; CAGNASSO, *Trattato di Diritto Privato*, n.º 11; *obligationi-contratti*, 3, Torino, 1984, p. 384; RAGUSA MAGGIORE, “Effetti del fallimento sul contratto di permuta tra area edificabile e appartamento da costruire con conguaglio in denaro”, *Rivista di dottrina e giurisprudenza, Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1968, I, pp. 12 y ss.; GIANNATASSIO, *Trattato di Diritto*

supuesto específico le sea aplicable la normativa de la permuta o de otros contratos igualmente tipificados en el Código civil. Esta tesis viene re-frendada por la STS 7 abril 1999 (RJ 1999/2659), que, en cierta medida, viene a romper con la línea jurisprudencial más reciente, anteriormente señalada, en cuanto a la denominación de este contrato. Dice esta sentencia en su F. 1.º: “Dicho contrato, absolutamente *atípico*, surgido por causas económicas derivadas de lo denominado «boom inmobiliario» ha sido construido por la doctrina científica así como por la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala. Además hay que constatar que como figura negocial dicho contrato admite diferentes supuestos, pero la aplicable al presente caso es la enclavada en la modalidad de *cambio de solar por pisos*, que presenta *conexión con* tres figuras contractuales tipificadas en el Código civil, que son *la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra*. Pues bien, aparte que las *normas reguladoras de dichos contratos*, serán aplicables al contrato ahora cuestionado, sin embargo tal operación mental aplicativa se hará *cuando la voluntad de las partes plasmada en la escritura pública mencionada, no ampare todos los estadios a través de los cuales se ha de desarrollar el cumplimiento* del contrato aceptado hasta su total agotamiento; todo ello con base en el principio de libertad contractual plasmado en el artículo 1.255 del Código civil”.

En cualquier caso, llámese de una u otra forma, cierto es que la naturaleza jurídica de estos negocios aparece fuertemente marcada por el contrato de permuta, lo que lleva necesariamente implícita –en virtud de lo dispuesto por el art. 1.541 del Código civil– la aplicación, en todo lo que no se halle especialmente determinado para ella, de la normativa de la compraventa, a falta de lo que específicamente hayan estipulado las partes en la correspondiente negociación. Ello no obsta para que, como dice la STSJ de Aragón 25 marzo 1992 (RJ 1992/7076), dado que el objeto contractual no consiste en un inmueble ya existente, sino que supone una obligación de hacer y entregar una cosa específica, el negocio sea asimilable a un arrendamiento de obra, lo que lo convierte en un contrato mixto o atípico.

Civile e Commerciale, t. XXIV, I, p. 22; SALIS, “Aacquisto di appartamenti in edificio da costruire”, *RTDPC*, 1960, p. 54; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, y COTTINO, *Commentario del Codice Civile. Obbligazioni. Del riporto. Della permuta*, Bolonia, 1970, p. 99. No obstante, como también señala LÓPEZ FRÍAS, no hay argumentos definitivos para decantarse por calificar la cesión de solar por pisos de una única manera, y tampoco está muy clara la necesidad y la trascendencia práctica de hacerlo, si bien, por razones de claridad hay que optar por una determinada denominación, y no cabe duda que cabe afirmar que nos encontramos en el ámbito de la permuta, *op. cit.*, pp. 16-18.

B. La diversidad de prestaciones de las partes.

Bajo la denominación de “contrato de aportación de solar” o de “cesión de suelo por obra futura” puede acogerse toda una amplia gama de negocios que se caracteriza por la variabilidad de las prestaciones de las respectivas partes intervinientes, acentuándose en los últimos años la aparición de prestaciones de carácter mixto, en las que el cesionario debe entregar, no sólo determinados porcentajes de la construcción futura sino sumas de dinero en metálico, a cambio del terreno cedido.

La participación del cedente en la futura construcción puede virtualizarse, fundamentalmente, de dos formas:

a) Mediante la intervención del aportante en los riesgos de la construcción, al recibir como contraprestación de la cesión del inmueble parte de los beneficios de venta de los correspondientes pisos o locales futuros. En estos supuestos se trataría de una figura parciaria (6).

b) Sin que el cedente comparta la fortuna del promotor, pudiendo recibir aquél a cambio del solar distintas prestaciones: viviendas, locales o garajes del nuevo edificio, un porcentaje sobre lo construido, una contraprestación mixta de viviendas y dinero o, incluso, el derecho de vuelo sobre la construcción ya realizada (7). Igualmente, puede el aportante ce-

(6) La aportación de solar se acerca al esquema jurídico de la sociedad cuando se pacta la entrega del terreno a cambio de una participación en los beneficios de venta de los pisos. Doctrinalmente se ha estudiado la naturaleza jurídica de esta figura, llegándose a conclusiones diversas. Así, por ejemplo, CAPILLA ROCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo, T. XXI, vol. 1.º, Madrid, 1986, p. 150, acepta la consideración de negocio societario, al igual que PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, M.º de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1396; por su parte, MUÑOZ DE DIOS, *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Madrid, 1987, pp. 133 y ss., distingue entre participación en las ventas brutas y en las ganancias líquidas, entendiendo que para esta última se debe admitir la constitución de comunidad, y para aquélla lo más adecuado sería la calificación de cuentas en participación; mientras que, entre las formas societarias, únicamente acepta la sociedad comanditaria. En cuanto a la jurisprudencia, se desprende claramente el carácter societario de esta modalidad de aportación de la STS 27 marzo 1987 (RJ 1987/1838).

(7) Discute la doctrina acerca de la posibilidad de constituir un derecho de vuelo sobre finca no edificada. Para algunos autores —DOMENGE AMER, *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca, pp. 170-171; o SOTO BISQUERT, “El derecho de vuelo”, *RCDI*, 1971-2, p. 933, entre otros—, no es posible la constitución de derecho de vuelo sin la preexistencia de un edificio, atendiendo al sentido literal del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario. Para otros —así, BALLESTEROS ALONSO, “Derecho de vuelo”, *RCDI*, 1992, n.º 612, p. 2074—, en cambio, esta posibilidad es perfectamente viable. Contemplando este problema para el caso del contrato de aportación de solar, cuando el propietario del suelo cede el vuelo a cambio de parte de la futura edificación, a nuestro modo de ver, la cuestión se resuelve considerando que el derecho de vuelo se constituye, no sobre el solar en cuestión, sino condicionado a la construcción del edificio, terminado el cual nace el derecho, “El contrato de aportación de solar”, cit., p. 18. Ésta es también la postura adoptada por la RDGRN 5 febrero 1986 (RJ 1986/1006), que refrenda RUANO BOKKELLA, en un comentario a dicha resolución, *RCDI*, n.º 574, mayo-junio 1986, pp. 874 y ss.

der el “derecho de edificación o construcción” como contraprestación a la entrega de viviendas o locales.

Teniendo en cuenta esta diversidad en cuanto a las prestaciones de las partes, la Ley catalana 23/2001, de 31 de diciembre, lleva por enunciado “Cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura”, pretendiendo, parece, englobar bajo estos términos todas las posibilidades negociales que permite este tipo de contrato. Esto es, podría referirse, en principio, tanto a la cesión del suelo como del “derecho a construir” sobre el inmueble propiedad del cedente por un lado y, por otro, a cualquier contraprestación que éste deba recibir dentro de lo que se considere “construcción futura”.

No obstante, a pesar de la amplitud en que se expresa el título de la Ley, el articulado de la misma no desarrolla seguidamente, con el suficiente detalle, las distintas posibilidades negociales que aparecen en el tráfico jurídico de nuestros días, ni trata con el necesario rigor jurídico la adecuada regulación de los distintos supuestos a los que pretende dar respuesta legal.

C. El problema de la transmisión de la propiedad.

a. *La falta de transmisión inmediata de los pisos por construir.*

Característica esencial de este negocio es la futuridad de una de sus prestaciones. Este hecho, que no impide la validez del contrato en virtud de la permisibilidad de los negocios sobre bienes futuros que propugna el artículo 1.271 del Código civil, provoca, no obstante, el nacimiento de graves problemas relacionados con la transmisión de la propiedad de los pisos o locales por construir. En efecto, dada la inexistencia de la edificación en el momento de contratar, no puede transmitirse la propiedad de las viviendas hasta que no se concrete físicamente su construcción, momento en el que puede cumplirse el requisito de la *traditio*, ineludible para la transmisión de la propiedad según la teoría del título y el modo que impera en nuestro sistema (8). Ello trae como indeseable consecuen-

(8) El Tribunal Supremo ha negado en varias ocasiones que la escritura pública de permuta transmita de inmediato la propiedad de los pisos o locales al cedente del suelo, puesto que los mismos carecen todavía de existencia real o física. En este sentido, dice la STS 9 octubre 1997 (RJ 1997/7065): “... **plantéase también cuándo han de entenderse transmitidos los pisos o locales a construir, toda vez que se origina un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra de cosa futura, la obra a realizar**, de tal manera que al perfeccionarse el contrato el propietario de la parcela la tiene a su disposición como dueño y el otorgamiento de la escritura equivale a la «traditio» o entrega, efecto este que no se produce en relación a la prestación a realizar por el otro contratante por tratarse de la entrega de una cosa futura que habrá de construirse sobre dicha parcela, **de modo que el otorgamiento de la escri-**

cia la falta de protección jurídica idónea del aportante, que se ve privado de la propiedad del solar de forma inmediata a cambio de un mero derecho de crédito dirigido a exigir la construcción y entrega de la parte de edificación estipulada, incluso en el caso de que el contrato quede plasmado desde el inicio en escritura pública.

Efecto directo de esta doctrina es la pérdida por el cedente de la prestación que le es debida cuando los pisos o locales resultan embargados por deudas de la inmobiliaria o cesionaria del suelo, al no poder ejercitar con éxito la tercería por carecer de título de dominio, como específicamente pone de manifiesto la STS 3 octubre 1997 (RJ 1997/6965): **“El artículo 1.537, exige al tercerista presentar título de dominio y tal requisito no lo ha cumplido, porque si título puede ser cualquier acto jurídico que ha producido el dominio, no cabe duda que el contrato de autos no acredita el dominio de la tercerista, puesto que contiene un pacto obligacional que le generará cuando se cumpla con el deber de construir y de entregar lo pactado.** Hablar de posibles trampas de los constructores incumpliendo sus contratos, es tan irrelevante como pensar que de seguirse la tesis del recurrente los engañados podían ser los que ejecutaron las obras poniendo los materiales”; dicha posición ha venido ratificada por otras resoluciones (9).

b. Cambio de orientación de la jurisprudencia.

La doctrina legal expuesta comienza a tambalearse con la STS 18 mayo 1994 (RJ 1994/4094) (10), en la que aparece un supuesto de cesión de

tura no implica la «traditio ficta» del párrafo 2.º del art. 1.462, dado que el supuesto tradente carece de la posesión a título de dueño de la cosa, sea en su modalidad de posesión inmediata o mediata, al carecer de existencia la cosa, aunque sea posible. **De donde resulta que requisito necesario para adquirir el dominio mediante la «traditio», concurriendo el título, es la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edificación”.**

(9) Así, a la misma conclusión se llegó también en la STSJ de Cataluña 5 febrero 1990 (RJ 1992/2574) –que dio validez a un negocio jurídico por el que se constituyó una servidumbre de luces y vistas a cargo de un predio existente, y a favor de los pisos de un edificio por construir, si bien desde el inicio sólo tuviera efectos obligacionales, produciéndose los reales en el momento de la entrega de los pisos–, la STS 15 junio 1992 (RJ 1992/5134) y la STS 30 junio 1995 (RJ 1995/6034), que especificó que, si bien en el campo civil no existe transmisión hasta que se produce el concurso del título y el modo, en el ámbito tributario es diferente la definición de ese concepto, por lo que la obligación surgida en virtud del contrato de permuta existente entre las partes debe considerarse como hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales, puesto que éste incorpora no sólo la transmisión de bienes sino también la de derechos. Asimismo, de idéntica forma se ha manifestado la RDGRN 23 septiembre 1999 (RJ 1999/6475).

(10) Véase, ZURITA MARTIN, “Protección jurídica del aportante de solar: su nueva proyección”, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, Almería, 2000, pp. 1887 y ss.

solar a cambio de tres viviendas y dos plazas de garaje del edificio por construir, negocio que, documentado en escritura pública, accede al Registro de la Propiedad. Con posterioridad, también se otorga escritura pública de obra nueva y división horizontal en la que, además de la descripción del inmueble en su totalidad y de cada una de sus plantas y viviendas, se concretan las que el aportante habría de recibir como consecuencia de la citada cesión. En este caso, entendió el Tribunal Supremo que “la escritura pública de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y concreción de derechos, en la que aparecen dichas fincas atribuidas al actor recurrido, y que fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, refuerzan la concurrencia en el presente supuesto de la «*traditio*», en su proyección de «*ficta*», al no existir en el contrato nada en contrario, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1462 C.c. [*vid.* Sentencias de 5 junio 1987 (RJ 1987/4042), 17 noviembre 1988 (RJ 1988/8603) y 5 julio 1989 (RJ 1989/5400)]”. Con base en este argumento, el Tribunal acogió la tercera ejercitada por el cedente del solar.

La diferencia de criterio jurisprudencial entre este supuesto y los casos comentados en el apartado anterior radica en que en la STS 18 mayo 1994 (RJ 1994/4094) accedió al Registro la escritura pública de propiedad horizontal en la que aparecen los pisos atribuidos a los aportantes, cosa que no ocurre en los supuestos anteriormente solventados por nuestro más Alto Tribunal, lo que posibilita la existencia, si no real o física, sí al menos jurídica de los pisos o locales aún no construidos (11). Con ella, se inicia el camino hacia la consolidación de una nueva doctrina jurisprudencial.

Así, aún llega más lejos la STS 14 noviembre 1997 (RJ 1997/8123), en la que se declara que la escritura pública de compraventa del solar en construcción equivale a la *traditio*, aunque todavía no se haya inscrito –si bien sí otorgado–, el título de constitución del correspondiente régimen de propiedad horizontal. En virtud de ello, el Tribunal admitió la tercera de dominio de los vendedores del solar frente al embargo del que fueron objeto las fincas, aseverando: a) que la escritura pública de venta transmite la propiedad del local porque éste no es inexistente, sino que se encuentra en construcción; y b) que el local, además, formaba parte de la comunidad horizontal que se constituyó en la misma fecha, aunque fuera inscrita en el Registro con posterioridad a la demanda de embargo, puesto que la constitución de tal régimen no tiene carácter constitutivo. Con lo cual, se está admitiendo la transmisión de la titularidad del local a través de la escritura pública de compraventa, sin que el mismo haya de estar atribuido al aportante en la inscripción del régimen de propiedad horizontal constituido sobre el edificio.

(11) En este sentido, LÓPEZ FRÍAS, A., *op. cit.*, pp. 50 y ss.

Este cambio de orientación del Tribunal Supremo vino precedido por la determinante RDGRN 16 mayo 1996 (RJ 1996/3950), que ha de ser considerada responsable del nuevo rumbo jurisprudencial en esta materia. Después de extensos argumentos jurídicos, la resolución concluye que el negocio de permuta transfiere inmediatamente al aportante las fincas convenidas, ya que las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso obstaculice la inmediata eficacia traditoria que, respecto de todos los bienes intercambiables, tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública. Además, considera que, aun habiéndose inscrito los pisos y locales a favor de la entidad promotora, nada impide que, posteriormente, se practique una segunda inscripción de los mismos a favor de la cedente; la única particularidad estaría en que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de tales bienes.

En función de estos argumentos, la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma el recurso, revocando el Auto presidencial y la nota de la registradora, constituyéndose así en la postura jurisprudencial más novedosa y avanzada en materia de transmisión del dominio en sede de contrato de aportación. Esta resolución no viene, en realidad, a confirmar la nueva orientación que podía extraerse de la sentencia del Tribunal Supremo 18 mayo 1994 (RJ 1994/4094), estudiada más arriba, sino que va aún más allá de admitir la transmisión de la propiedad de los pisos una vez que éstos hayan tenido reflejo en el Registro, al sostener la más audaz afirmación de que la escritura pública de permuta transmite el dominio de los mismos al aportante desde el preciso momento de la celebración del negocio. Su postura ha sido posteriormente refrendada por la RDGRN 5 enero 1999 (RJ 1999/41).

A nuestro pesar, la tesis expuesta no la podemos compartir. En nuestra opinión, el elemento traditorio exigido para la transmisión de la propiedad no puede ser eliminado, sin más. De ahí que las afirmaciones realizadas por esta resolución no hayan quedado huérfanas de serias críticas por parte de la doctrina (12).

c. La solución propuesta en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario.

El confusionismo jurisprudencial existente en cuanto a los efectos traslativos de la escritura pública de permuta respecto a los pisos o loca-

(12) Entre otros, CHICO Y ORTIZ, "Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", *RCDI*, n.º 638, enero-febrero 1997, p. 186; GARCÍA GARCÍA, "Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", *RCDI*, n.º 640, mayo-junio 1997, pp. 1136-1137; sí ha valorado positivamente la resolución CARRASCO PERERA, "Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996", *CCJC*, n.º 43, enero-marzo 1997, p. 70.

les por construir, no ha venido a dar remedio a la situación de desprotección en que se hallaba el aportante, sino que más bien ha contribuido a crear una mayor inseguridad en el tráfico jurídico.

Para paliar dicha situación, el “legislador” introdujo, por primera vez en nuestro ordenamiento, esta figura contractual, canalizándola a través del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que incorporó al Reglamento Hipotecario un nuevo artículo 13, con el siguiente contenido (13):

En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años.

Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.

Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.

El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.

No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Como puede observarse, el precepto prevé la posibilidad de configurar la cesión de suelo por obra tanto con carácter real –párrafos 1.º, 2.º y 3.º– como con carácter meramente obligacional (en sus dos últimos apartados).

(13) Sobre el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, véase: RICO MORALES, “Sobre la reforma del Reglamento Hipotecario”, *Lunes cuatro treinta*, n.º 248; y JIMÉNEZ Clar, “Permuta de solar a cambio de construcción”, *Lunes cuatro treinta*, n.º 251, febrero 1999.

De la lectura de los tres primeros párrafos de la norma transcrita, parece desprenderse que el “legislador” acoge la solución propuesta por la RDGRN 16 mayo 1996 (RJ 1996/3950), confirmando la tesis que propugna la transmisión del dominio de los pisos mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de cesión de suelo a cambio de obra futura. Tal efecto se desprende, ciertamente, del párrafo primero del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, tanto cuando se refiere a la “transmisión *actual* de los pisos o locales del edificio a construir”, como al establecer que, al practicarse la inscripción de la permuta, se hará constar la “especial comunidad” constituida entre cedente y cesionario, por lo que hay que concluir que, si existe comunidad, ha existido previamente propiedad, tanto a favor de uno como del otro.

La transmisión inmediata de la propiedad de las viviendas al cedente del solar, desde el mismo instante de la celebración del negocio, le reporta indudables ventajas, que se traducen fundamentalmente en la posibilidad, antes vedada para él, de ejercitar acciones protectoras de su derecho —en este caso, ya real—, como la acción reivindicatoria, o la tercería de dominio ante el eventual embargo de sus bienes por deudas del constructor.

Por estas circunstancias, la incorporación de este precepto a nuestro ordenamiento ha sido considerada como una medida plausible por la doctrina, si bien no se deja de reconocer que el artículo 13 del Reglamento Hipotecario plantea ciertas dudas, tanto de índole dogmática como práctica, pues las diferentes componentes jurídicas de la figura que en él se perfila no encajan a la perfección, lo que hace que su comprensión presente cierta dificultad.

Entre las principales cuestiones que la norma ha suscitado para distintos autores se encuentra la calificación de la naturaleza y determinación del régimen jurídico de la “especial comunidad” que se constituye entre cedente y cesionario, al no existir ni identidad de objeto ni participación cualitativamente idéntica entre ambos “comuneros” (14).

(14) Para RICO MORALES, se trata de una situación jurídica *sui generis*, más que de una comunidad, al no haber ni identidad de objeto ni participaciones cualitativamente iguales entre cedente y cesionario, *op. cit.*, p. 10. Esta especial comunidad, en opinión de JIMÉNEZ CLAR, participa de muchas de las características de lo que la doctrina ha venido en llamar una situación de prehorizontalidad, *op. cit.*, p. 19. Así, a juicio de RUIZ-RICO, el artículo 13 supone —citando a ARNÁIZ— la aceptación evidente de una situación tipificada de prehorizontalidad, “Transmisión actual al cedente, de pisos o locales, en el edificio a construir, en la permuta de solar por pisos (en relación con el artículo 13 del Reglamento Hipotecario)”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n.º 49, junio 1999, p. 1735. Sin embargo, se puede observar que la diferencia fundamental entre un supuesto de prehorizontalidad común y el supuesto de aportación que accede al Registro de la Propiedad, estriba en que el cedente se convierte de inmediato en propietario de los pisos proyectados; así, la protección de los compradores de los pisos

En este sentido, observa LÓPEZ FRÍAS que, de la literalidad del artículo 13, no resulta fácil comprender el significado o alcance de esa comunidad que se dice constituida entre las partes que suscriben la permuta. En su opinión, la llamada “comunidad especial” que hay que hacer constar en el Registro no tiene apoyo suficiente ni en la voluntad de las partes ni en la Ley de Propiedad Horizontal. En la primera, porque el negocio no consiste en la cesión de una cuota de la finca a cambio de una parte de la construcción futura, sino en la enajenación de la totalidad del suelo a cambio de determinados pisos o locales del edificio por construir. Y tampoco tiene la comunidad apoyatura suficiente en la Ley de Propiedad Horizontal, porque en ésta la propiedad sobre los elementos comunes es inseparable del dominio sobre los elementos privativos, lo que significa que el cedente sólo puede formar parte de esa comunidad si es dueño exclusivo de los pisos o locales que el constructor se obliga a entregarle. Esto —dice la citada autora— nos lleva a la necesidad de concretar a partir de qué momento ha de considerarse que el cedente del terreno es propietario de los pisos.

Por consiguiente, concluye LÓPEZ FRÍAS que, dadas las características del dominio como derecho real, que requiere para su nacimiento que su objeto esté claramente determinado y sea de alguna forma existente, será desde que se produzca la inscripción del título constitutivo de la propiedad horizontal cuando despliegue su efecto transmisivo el documento escriturario, y pueda ser considerado el cedente del terreno como propietario de las dependencias que el contrato le atribuye. Entre tanto, en el periodo que va desde el otorgamiento de la escritura pública de permuta hasta la inscripción del régimen de propiedad horizontal, el cedente del suelo aún no ostenta un auténtico derecho real sobre los pisos o locales. “Tiene desde luego el derecho de crédito a exigir el cumplimiento de lo pactado con el cesionario y también, si se quiere, una expectativa fundada sobre parte del edificio en proyecto. Pero ello no justifica suponer constituida una comunidad de bienes en sentido jurídico” (15).

Desde nuestro punto de vista, si el “legislador” hubiese querido que la transmisión de la futura construcción tuviese lugar en el mismo momento del otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal, ¿por qué diferenció dos circunstancias del negocio —otorgamiento de escritura pública de permuta y constitución de propiedad horizontal— en párrafos distintos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario? En ver-

en proyecto se desenvuelve por cauces obligacionales, mientras que el derecho del cedente ha adquirido, desde la celebración del contrato, carácter real por virtud del artículo 13 del Reglamento Hipotecario.

(15) LÓPEZ FRÍAS, “La permuta de solar por pisos en el nuevo artículo 13 del Reglamento Hipotecario”, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, 2000, pp. 960-961.

dad, el párrafo primero del citado precepto se refiere al título de permuta, que dará lugar a una inscripción de especial comunidad (16) entre las partes del contrato, mientras el párrafo segundo concede al cesionario la posibilidad de otorgar por sí solo las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, dando por sentado que el cedente es ya propietario; ¿por qué, si no, se le tiene que autorizar al cesionario a algo que podría hacer por sí mismo?

Disentimos, por tanto, de la opinión de LÓPEZ FRÍAS en cuanto a la interpretación del contenido del artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Esta norma supone una excepción al sistema de transmisión de los derechos reales basado en la exigencia de título y modo.

Sin embargo, el hecho de que el “legislador” haya decidido conceder protección al aportante, considerando que la transmisión de la propiedad de la parte del futuro edificio que a él corresponde debe entenderse consumada mediante el otorgamiento de la escritura pública de cesión del solar, no quiere decir que esta postura haya de considerarse la correcta con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Más bien al contrario, la aparición de una norma era necesaria para poder entender que esa escritura pública otorga efectos traditorios a favor del cedente del suelo. Tan sólo el legislador ha podido excluir la virtualidad de la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento para la transmisión de los derechos reales (17).

Ahora bien, aunque, en principio, la solución normativa aportada a la desprotección del cedente fuera positivamente acogida por su fondo –lo que pudiera ser cuestionable–, no puede ser aprobada por su forma, esto

(16) De ahí que deba defenderse, entiende ALONSO PÉREZ, “Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y subedificación”, *RCDI*, 2001, n.º 665, p. 1036, la inmediata transmisión de la propiedad por medio de la escritura de permuta.

(17) Como buena muestra de ello, la SAP de Cuenca 23 marzo 1999 (AC 1999/4518), aplicando la doctrina de la STS 9 octubre 1997 (RJ 1997/7065), sigue negando efectos traditorios a la escritura pública de permuta de solar por obra, sin que pueda esgrimirse la aplicación del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, puesto que su régimen no estaba en vigor cuando ocurrieron los hechos. A este respecto, en lógica consonancia con su teoría, observa LÓPEZ FRÍAS, A., que a la norma que comentamos no le corresponde, dada su naturaleza reglamentaria, decidir cómo se adquiere el dominio en la permuta de solar por pisos ni en ningún otro negocio jurídico; ésa es una cuestión que depende básicamente del artículo 609 del Código civil, cuyo contenido no puede ser modificado por una norma que carezca de rango de ley. Ello no obstante –dice– a nadie se le oculta que la dicción del artículo 13 constituye un elemento importante a tener en cuenta para interpretar que para el legislador hipotecario el artículo 609 no se opone a la transmisión de derechos reales sobre inmuebles futuros o en construcción. Y, en este sentido, el tan repetido precepto ha supuesto un respaldo significativo a la tesis sustentada por un sector de la doctrina sobre la operatividad de la tradición instrumental en relación a la parte del edificio a construir que corresponde al cedente del suelo, “La permuta de solar por pisos...”, cit., pp. 959-960.

es, por tratarse de una norma de carácter reglamentario, no atribuible en consecuencia al legislador –en sentido estricto– sino al ejecutivo. A esta conclusión llega la STS 31 enero 2001 (RJ 2001/1083).

d. *La STS de 31 de enero de 2001, que anula los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 13 del Reglamento Hipotecario.*

En noviembre de 1998, dos asociaciones de notarios presentan recurso contencioso-administrativo frente al RD 1867/1998, de 4 de septiembre, impugnándose una serie de preceptos introducidos por el mismo en el Reglamento Hipotecario, entre los que se encuentra el artículo 13, que regula, como sabemos, la cesión de suelo por obra futura.

Expone el fundamento duodécimo de la citada sentencia que las demandantes reprochan al artículo 13 del Reglamento Hipotecario reformado la introducción en nuestro ordenamiento de un sistema de transmisión de la propiedad contrario al establecido por el artículo 609 del Código civil, mientras que los demandados aseguran que aquél se ampara en la mejor tradición espiritualista de adquirir el dominio, consagrada por el artículo 1.462 del Código civil, al mismo tiempo que reconoce la libertad de pactos del artículo 1.255 del mismo Código por permitir que, en virtud de la voluntad de las partes, el negocio se configure con carácter real en los tres primeros apartados del precepto u obligacional en los dos últimos.

“La contradicción denunciada está –continúa el duodécimo fundamento– en que los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir. A su vez, en los tres primeros párrafos del precepto cuestionado se crean una serie de derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de los derechos civiles reservada a una ley formal. En definitiva, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario con sus tres primeros párrafos altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el artículo 609 del Código civil, al convertirlo en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa y, al mismo tiempo, establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, con lo que se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos”.

Y el fundamento concluye, de forma tajante: “Ni el significado de la «traditio ficta», recogido en los artículos 1.462 y 1.463 del Código civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, en contra de lo aducido por el Colegio demandado para rescatarla del reproche de ilegalidad, como lo demuestra el párrafo cuarto del propio artículo 13, al contraponer la previsión de los tres primeros a la que en él se contempla, de contenido puramente obligacional, con cabida en el sistema de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código civil, y que, por tanto, no es objeto de censura alguna.

La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo para la adquisición de la propiedad cuando, además, existen garantías reales para lograr la protección del cedente en los contratos de cesión de suelo por obra de carácter meramente obligacional, como lo demuestra el último apartado del artículo que comentamos, al prever la inscripción de la condición resolutoria u otra garantía real.”

El Tribunal Supremo declara, pues, la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario por contener previsiones contrarias al artículo 609 del Código civil, tratándose aquélla de una norma de rango inferior a la ley.

Declara nuestro más Alto Tribunal que no basta el contrato para transmitir el dominio de los pisos o locales, puesto que éstos no tienen existencia física. Además, al anular los tres apartados de la norma, la sentencia pone de manifiesto que ni siquiera la inscripción separada de los apartamentos a favor del cedente puede llevarnos a apreciar la existencia jurídica de los mismos en aras de entender cumplido el requisito de la tradición.

En consecuencia, el Tribunal ha interpretado el artículo 13 en el sentido de que el contenido de su párrafo primero permitía la transmisión de la propiedad de las viviendas desde el instante de la celebración del contrato, tal como hemos sostenido anteriormente. Esto, desde luego, no lo permite el Tribunal Supremo, pero tampoco es partidario de la doctrina que defiende la posibilidad de que pueda transferirse el dominio desde el momento en que se otorga el título de propiedad horizontal (18).

(18) La sentencia merece, a juicio de RUDA GONZÁLEZ, una valoración global positiva, pues un reglamento no puede regular autónomamente aspectos de derecho sustantivo, como lo es delimitar derechos y obligaciones de las partes contratantes, *op. cit.*, p. 70.

En definitiva, la STS 31 enero 2001 da al traste con la iniciativa “legal” del ejecutivo para dar protección al aportante, con la línea jurisprudencial recientemente iniciada sobre transmisión inmediata de pisos por construir y, también, con la doctrina que defiende la existencia jurídica de los apartamentos como medio de dar cumplimiento a la teoría legal del título y el modo para la transmisión de los derechos reales en nuestro ordenamiento.

Por lo que respecta a la situación jurídica a que debemos atenernos a raíz de la declaración de nulidad de esta sentencia, hay que partir de la siguiente pregunta: ¿qué efectos tiene la declaración de nulidad de una norma reglamentaria por el Tribunal Supremo? La propia sentencia que comentamos precisa su falta de jurisdicción para determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que se anulen, “de manera que por más que la simple alteración o supresión de una mínima parte de su contenido permitiera salvar la norma del reproche de ilegalidad, el mandato contenido en el artículo 71.2 de la vigente Ley Jurisdiccional 29/1998, aplicable *ratione temporis* a esta sentencia (Disposición Transitoria Segunda 2), nos impide acometer dicha tarea, lo que, además, es acorde con el significado de la Jurisdicción, que carece de potestad reglamentaria aunque no de la facultad de interpretar la norma [arts. 117.3 de la Constitución, 5.1, 12.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375) y 1.6.7 y 3 del Código civil], de manera que no eludiremos expresar la interpretación que, a nuestro entender, se ajuste a la legalidad porque, si de esa forma el precepto impugnado puede conservarse, no procedería anularlo sino aplicarlo con arreglo a ella, y así nos hemos pronunciado en nuestra mencionada Sentencia de 12 de diciembre de 2000 en relación con el artículo 332.1 y 2 del Reglamento Hipotecario modificado por el Real Decreto combatido”.

Consecuentemente, la declaración de nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario conlleva que vuelva a existir un vacío normativo respecto del negocio de cesión de suelo por obra, lo que llevaría, en tanto no se dé nueva redacción a este precepto o, mejor, dado el tenor de la sentencia, se regule la cuestión en otra sede normativa, a la aplicación de la línea jurisprudencial anteriormente señalada (19). Sin embargo, la apuntada corriente que sostiene en la actua-

(19) A juicio de LÓPEZ FRÍAS, A., a pesar de la declaración de nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, y dado que los mismos recogen la doctrina de la DGRN sobre la inscripción de la permuta de solar por pisos, es de esperar que su contenido esencial venga aplicándose en la práctica hasta que se dé una nueva regulación de la materia, “La permuta de solar por pisos...”, cit., p. 957, nota.

lidad nuestros tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado también discurre en contra de lo declarado por la sentencia de 31 de enero de 2001.

La solución, pues, no puede ser otra que la de llevar a la práctica la aplicación estricta de la teoría del título y el modo que impera en nuestro sistema, negando la transmisión de la propiedad de los pisos y locales por entregar al cedente hasta tanto no se encuentre construido el edificio por el cesionario. En este sentido, la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 6 febrero de 2002, se ha pronunciado en contra del efecto transmisivo de la escritura pública de permuta, aunque, curiosamente, la misma no hace referencia alguna ni al artículo 13 del Reglamento Hipotecario, ni a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, que anula sus tres primeros párrafos.

Como consecuencia de todo ello, el aportante o cedente vuelve a quedar en una situación realmente precaria, siendo portador tan sólo de un derecho de crédito frente al cesionario para exigir la entrega de los apartamentos cuando éstos se hayan terminado, al modo como lo prevé el párrafo 4.º del artículo 13 del Reglamento Hipotecario que aún continúa en vigor, y sin más protección que la que le puede dispensar la inclusión en el contrato de un pacto resolutorio, inscribible en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como dispone el párrafo último del artículo 13, que tampoco ha sido objeto de declaración de nulidad.

Por último, permanecen vigentes, por supuesto, las soluciones a este problema que las propias partes incluyan en el clausulado contractual, que en la práctica se traducen, fundamentalmente, en la posibilidad de eludir la transmisión inmediata del solar al celebrarse el contrato, cediendo solamente el derecho a edificar sobre el terreno de su propiedad.

e. La solución convencional: transmisión del derecho a edificar.

En efecto, otro modo de solventar la cuestión de la falta de seguridad del cedente del solar, ante la ausencia de transmisión inmediata de su contraprestación, ha venido de la mano de los propios interesados. Justamente, la vía adoptada por los particulares, por medio del clausulado contractual, como modo de dotar de mayor seguridad al aportante, consiste en diferir la transmisión de la propiedad del suelo a un momento posterior, que suele ser el de la entrega de las viviendas o locales acordados. De esta manera, en el momento de la celebración, los cesionarios tan sólo reciben un “derecho a elevar, edificar o construir” sobre el inmueble propiedad del cedente, pudiéndose encuadrar esta modalidad de

negocios entre aquellos que hemos denominado de cesión de “derecho a edificar” a cambio de construcción (20).

Así, en esta misma línea, la STS 16 noviembre 1994 (RJ 1994/8837) se refiere a un contrato privado de permuta por el que se concede a los constructores autorización para la demolición y construcción, en el plazo marcado para ello, de un edificio en el solar cedido, pactándose que, una vez construido, la cedente otorgaría escritura pública de permuta del mismo a cambio de dos pisos y una plaza de garaje pertenecientes a la mencionada edificación. Incumplida la obligación de edificar en el plazo marcado, la aportante reclama la resolución del contrato, decretándose el reintegro a la misma de la posesión del inmueble con las construcciones realizadas. Igualmente, la obligación de la aportante en el contrato que recoge la STS 19 noviembre 1994 (RJ 1994/8537) se reduce a la entrega de la posesión del solar de su propiedad al otro contratante, y en el de la STS 22 noviembre 1999 (RJ 1999/8296), no se transmitió *ab initio* la propiedad de un solar edificable, sino que se “facultó” a un tercero o terceros a demoler la edificación y construir sobre el solar resultante un edificio destinado a viviendas y local comercial (21).

Igualmente, los mismos efectos producen las estipulaciones de las partes que someten el contrato a condición suspensiva, acordándose que, mientras el edificio no quede terminado, el cedente no está obligado a otorgar escritura pública de transmisión del solar (22).

III. La respuesta del legislador catalán: la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura

La regulación del contrato de aportación de solar queda reducida, a nivel estatal, a los dos últimos párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, sobre los que no se extiende la declaración de nulidad que emana de la STS 31 enero 2001, y que no añaden al aportante o cedente, como hemos comprobado, nada que no suelen estipular las partes en la realidad del tráfico jurídico actual.

(20) Supuestos de hecho de las SSTS 27 junio 1992 (RJ 1992/5562) y 24 noviembre 1993 (RJ 1993/9210).

(21) Curiosamente, en este caso, la prevención sobre la no transmisión del solar a los cesionarios resultó perjudicial para los aportantes, que pretendieron, sin éxito, a raíz de la ruina del edificio, evadir su responsabilidad por los daños que la misma había provocado a terceros, alegando que el contrato de permuta había transmitido la propiedad del terreno al promotor.

(22) SSTS 24 febrero 1994 (RJ 1995/684) y 18 septiembre 1996 (RJ 1996/6726).

En cambio, en el ámbito autonómico, la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, constituye el marco normativo básico regulador de este contrato en el seno de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

A. Preámbulo.

El Preámbulo de la Ley comienza reconociendo la incidencia de este negocio en el mundo de la construcción, poniendo de manifiesto las indudables ventajas que representa el contrato para ambas partes de la negociación. Efectivamente, para el cedente, este contrato soluciona el problema de no disponer de los medios suficientes ni de la capacidad de gestión necesaria para llevar a cabo la construcción o rehabilitación de su propiedad; y para el cesionario, este tipo de negocio le evita tener que realizar el fuerte desembolso inicial que significaría la adquisición de la propiedad del solar para construir.

También reconoce el Preámbulo de la Ley que la persona del cedente se encuentra en una clara situación de indefensión, al verse desprovista total o parcialmente de su propiedad sin recibir contraprestación inmediata, de ahí que se justifique la necesidad de articular medidas intensas de protección a lo largo del articulado de la norma, medidas que el Preámbulo sintetiza en la facultad resolutoria del contrato –con sus correspondientes efectos– y en la aplicación de la normativa catalana sobre la vivienda –Ley 24/1991, de 29 de noviembre– en cuanto a plazos de finalización y entrega de las edificaciones en construcción.

B. Presentación del contrato.

El articulado de la Ley comienza mediante un enunciado conceptual, del siguiente tenor: “El contrato de cesión de una finca o de una determinada edificabilidad a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de la rehabilitación requiere, en el momento de formalizarlo, que se determinen las viviendas, los locales o las demás edificaciones con indicación de cada uno de los adjudicatarios y, cuando lo que se haya de construir o lo que resulte de la rehabilitación sean viviendas o locales de una edificación, que se constituya el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria”.

Se prevé, pues, la transmisión de una finca o de una “determinada edificabilidad”, a cambio de una construcción futura o resultante de la rehabilitación. Consecuentemente, la “edificabilidad” que se anuncia transmitir, y que, a primera vista, nos hizo pensar que se podía identificar con un “derecho a edificar”, se establece en realidad como la posibilidad de transmisión de la propiedad del edificio deteriorado o en ruinas que se

encuentra sobre el solar –junto con éste, se desprende–, de ahí que se aluda, como contraprestación, a la rehabilitación resultante. Así, anuncia el Preámbulo de la Ley que la misma “regula la cesión de una finca o de una determinada edificabilidad *incluida* en la finca de la persona cedente a cambio de la adjudicación de una construcción futura o resultante de rehabilitación”.

Se establece asimismo en el artículo 1 de la Ley, como requisito de contenido del contrato, que, en el momento de formalizarlo, se determinen las viviendas, locales o las demás edificaciones de la futura construcción, con indicación de cada uno de los adjudicatarios, constituyéndose el régimen de propiedad horizontal como identificación necesaria. Nada se dispone, sin embargo, sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, ni si deben acceder al Registro los pisos y locales por separado a nombre de los cedentes.

Lo previsto por la norma merece la siguiente reflexión: viene siendo usual en estos contratos que las partes determinen las viviendas, locales, etc., de la futura edificación que constituyen la contraprestación para el aportante a cambio de la cesión del suelo efectuada; ello es tan necesario como que, de no ser así, el negocio devendría nulo por falta de objeto. De modo que la *ratio* del precepto debería radicar en la concreción con que se identifiquen dichas prestaciones futuras, por lo que el tenor literal del artículo 1, al referirse a la determinación de las prestaciones de las partes, resultaría insuficiente. Pero, no es ésta la *ratio* de la norma, ya que, posteriormente, el artículo 3 se ocupa de concretar el contenido del contrato en cuanto a los requisitos y caracteres de la construcción.

Por otra parte, ¿qué efectos tendría la exigencia de una mayor concreción de las prestaciones a la hora de acceder el contrato al Registro de la Propiedad, o la obligatoriedad legal de que los pisos o locales accedan al mismo a nombre del cedente? Pues, en principio, ninguno que no señale la normativa hipotecaria, ya que una ley autonómica no puede modificar el sistema general de inscripción registral, cuya competencia corresponde al legislador estatal.

En definitiva, lo que dice el artículo 1 de la Ley 23/2001 es que en el contrato se dispondrá, *verbigracia*, el cambio de solar por los pisos “A” y “B”, de la planta 2.ª, que se adjudican al cedente, y cuya identificación aparece en el título de propiedad horizontal.

El artículo 2 se refiere a las modalidades de la cesión, que puede realizarse, básicamente, de dos maneras:

a) Mediante la transmisión total de una finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura. En el primer caso, la futura cons-

trucción se puede situar en una finca distinta de la que ha sido cedida, supuesto éste no habitual.

b) A través de la transmisión de una cuota de una finca o de la edificabilidad en la proporción que la persona cedente y la cesionaria determinen, constituyendo una situación de comunidad.

C. Régimen general.

Presentado así el contrato, el artículo 3 se ocupa de lo que denomina “Régimen general”, cuyo primer apartado especifica determinados contenidos que debe incluir el negocio. Especialmente, se requiere que, en los contratos celebrados antes de obtenerse la licencia de obras correspondiente, se han de hacer constar las características de la obra, las condiciones, los plazos inicial y final de la construcción y la calidad de los materiales empleados. En los contratos de cesión otorgados una vez obtenida la licencia de obra, hay que incorporar el contenido de la misma, además de las determinaciones del proyecto o, si procede, la certificación del facultativo y memoria de calidades según el proyecto redactado por éste.

Ahora sí se ocupa la Ley de concretar las prestaciones futuras. De modo que, ¿cuáles son los efectos del incumplimiento de estos requisitos de contenido del contrato? A ello da respuesta el párrafo 4.º de este artículo: “La persona cedente, después de un requerimiento fehaciente, puede instar la resolución del contrato si la licencia no se ajusta a los pactos acordados, en el caso establecido en el apartado 1, o si las obras no se han iniciado en el plazo pactado por una causa que no le sea imputable”. Señala el Preámbulo de la Ley que, a través de estas previsiones, la persona cedente tiene, además, una facultad de resolución del contrato con carácter cautelar, independientemente del régimen normal de la resolución por incumplimiento en el plazo estipulado. Por consiguiente, las exigencias del artículo 3 se incluyen con la finalidad de habilitar al cedente para exigir la resolución del contrato por incumplimiento.

En realidad, a nuestro juicio, la novedad de la norma, en cuanto a los efectos que deriva, no se aprecia ni en el supuesto del apartado primero, esto es, cuando el contrato se celebra con anterioridad a la obtención de la licencia de obra, ni en el caso del segundo, celebrado el negocio una vez obtenida la licencia. En el primer caso, el cedente puede resolver el contrato si dicha licencia, una vez obtenida, no se ajusta a los pactos acordados por las partes, cosa que podría hacer en aplicación de la normativa general sobre incumplimiento contractual, esto es: si la licencia no permite al cesionario construir lo acordado, entregará al cedente cosa distinta a lo estipulado —*aliud pro alio*—, por lo que la imposibilidad inicial de aquél para cumplir es manifiesta y, por tanto, hábil para ejercitar la

resolución contractual con éxito, bien por incumplimiento o, en su caso, por imposibilidad sobrevenida de la prestación si el constructor actuó con la diligencia debida en la obtención de la licencia.

Y en el supuesto del apartado segundo, si las obras no se inician en el tiempo pactado, sin que le sea imputable al cedente dicho retraso, el contrato podría resolverse igualmente por incumplimiento del cesionario *ex* artículo 1.124 del Código civil, al igual que en los demás supuestos de incumplimiento de los acuerdos de las partes sobre calidades de la construcción, metros construidos, etc., siempre que sean idóneas las circunstancias concurrentes para desencadenar dicho efecto resolutivo del contrato.

En cambio, hay que reconocer que la utilidad del artículo 3.1 se manifiesta en la importancia que estas especificaciones sobre el contenido y características de las prestaciones futuras tienen para el cedente, especialmente antes de haberse obtenido la licencia de obras, de ahí que resulte altamente aconsejable incorporarlas al contrato. Por ello, lo importante del precepto no resulta de los efectos que predica —que se producirían igualmente—, sino del mandato de inclusión de las especificaciones de la obra en el contrato, que permite acreditar con mayor facilidad que el incumplimiento se ha producido. No debemos olvidar, además, que el Preámbulo de la Ley alude a la aplicación a estos negocios de la normativa catalana sobre entrega de viviendas en construcción. En concreto, la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, ordena el cumplimiento de una serie de requisitos para la construcción de viviendas, refiriéndose los artículos 9, 10 y 11 de la misma, especialmente, a las condiciones de habitabilidad y calidad de la edificación.

En cualquier caso, debe tenerse presente en materia de contenido contractual la normativa general sobre protección de consumidores y usuarios, especialmente los artículos 8, 10 y 10 bis) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, referentes a la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios y a las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de los mismos.

A fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del cesionario, el párrafo tercero del artículo 3 prevé que las partes puedan acordar la constitución de un aval bancario o cualquier otra garantía, facultad de la que disponen los contratantes sin necesidad de contar con apoyo legal específico, en virtud de la libertad de pactos que preconiza el artículo 1.255 de nuestro Código civil, y que, de hecho, ha encontrado ya virtualidad en el tráfico jurídico de esta modalidad contractual (23).

(23) Así, el elevado riesgo de incumplimiento contractual que aparece en esta clase de negocios, ha llevado a los particulares a establecer mecanismos para intentar garantizar la satisfacción del acreedor. En este sentido, la STS 26 enero 1995 (RJ 1995/172) condena solidaria-

Igual comentario merece el párrafo quinto del mismo artículo, que declara que la obligación de la cesionaria sólo se entiende cumplida cuando la entrega de la obra se hace en las condiciones y con las características pactadas, especificándose que si no se ha estipulado nada en este sentido, la obra ha de ser entregada íntegramente, con todos los requisitos de habitabilidad o los que sean necesarios para el uso a que se destine. Ello resulta tan claro como lo dispuesto en los párrafos anteriores, pues de lo contrario se trataría de un cumplimiento defectuoso de la prestación a cargo del cesionario que daría lugar a indemnización de daños y perjuicios, a la reparación correspondiente o, incluso, a la resolución cuando lo entregado frustre las expectativas del otro contratante. La explicación de la norma no es otra que la finalidad de paliar el eventual vacío convencional en cuanto a las especificaciones de las prestaciones futuras a que se refiere el párrafo primero del mismo artículo, lo que evidencia la falta de carácter imperativo de este precepto.

El último apartado del artículo 3 dispone que la obra puede ser realizada por una persona o entidad distinta a la cesionaria, salvo que se haya pactado lo contrario. También parece evidente que, excepto en el caso de tratarse de un contrato personalísimo, en el que se haya estipulado que la prestación pactada ha de realizarla una persona o una entidad determinada, la prestación puede materializarla otra distinta. Esta previsión pretende cubrir los casos, tan frecuentes en el mundo de la construcción, de cambio de titular de la empresa constructora con la que trabaja un promotor, o de la propia empresa inmobiliaria.

D. Adquisición en la transmisión total y parcial de la finca.

Los artículos 4 y 5 completan la regulación de las modalidades de cesión que prevé el artículo 2, refiriéndose respectivamente a la “adquisición” en la transmisión total y en la parcial de la finca o edificabilidad. En el primer caso, la entrega de las viviendas, los locales o las demás edificaciones que correspondan a la persona cedente se hace una vez finalizada la obra. ¿De ello debe extraerse que la transmisión de la propiedad de los pisos o locales no tiene lugar hasta que se produzca la entrega? Eso debe querer decir la Ley utilizando sólo la palabra “adquisición”, puesto que la entrega una vez terminada la obra es algo que huelga de tan obvio.

mente a la empresa inmobiliaria y a una compañía aseguradora a abonar al aportante determinada suma en concepto de indemnización por incumplimiento contractual, en virtud de una cláusula del contrato de permuta que unía a las partes según la cual, en caso de no haberse entregado la obra en el plazo estipulado, el cedente del solar tendría derecho a una indemnización por daños y perjuicios derivada del incumplimiento del contrato, para cuya seguridad se concertaría por la mercantil cesionaria un seguro de caución.

En el segundo caso, en el que la cesión se hace mediante la transmisión de una cuota de la finca o de la edificabilidad, en la descripción de las diferentes viviendas, de los locales o de las edificaciones proyectados ha de constar la respectiva adjudicación a cada uno de los propietarios, que ha de hacerse efectiva a medida que la obra se complete.

Realmente, no puede decirse que la norma brille por su claridad, resultando aún menos concreta que el artículo anterior. En efecto, si ya el artículo 2.1, b) de la Ley disponía que la cesión podía hacerse mediante la transmisión de una cuota de una finca o de la edificabilidad en la proporción que las partes determinen, constituyendo una situación de comunidad, ¿qué quiere decir que se “hace efectiva” la adjudicación a cada uno de los propietarios a medida que la obra se complete?: ¿que el cedente se hace propietario de las viviendas cuando su “cuota” o “proporción” en la comunidad quede construida?; ¿y eso cómo se determina? La respuesta pasa por establecer como contraprestación a la cesión de una cuota del solar, la misma cuota en la propiedad de la futura construcción, sin que exista determinación específica de las viviendas que el aportante va a recibir, puesto que si éste es copropietario del solar, resultará copropietario por accesión de lo que se vaya edificando en el mismo. Aunque no parece ser eso lo que se deduce de la literalidad del precepto. Más bien parece que se constituye una comunidad *sui generis*, parecida a la que previera el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, pero con la diferencia de que, en el caso de la Ley catalana, desde el momento en que se transmite una cuota del solar, la comunidad de ambos contratantes recae ya sobre éste.

E. Incumplimiento del contrato.

El artículo 6 contempla el supuesto de incumplimiento contractual. El primer párrafo del precepto establece cosas tan obvias como el derecho a indemnización de daños y perjuicios del cedente en caso de incumplimiento por el cesionario de las condiciones, características o el plazo inicial o final estipulados, pudiéndose optar entre el cumplimiento o la resolución, tal como igualmente permite el artículo 1.124 del Código civil.

Las partes contratantes pueden estipular, según dispone el párrafo segundo del artículo 6, que la no realización de la obra en las condiciones, las características y los plazos de ejecución estipulados tenga el carácter de condición resolutoria “automática”. La acreditación de dicho incumplimiento puede hacerse por acta notarial, según el apartado tercero del precepto, disponiendo asimismo como algo novedoso esta Ley que, si procede, también puede acreditarse aquél por certificación de la autoridad administrativa. Mediante la inclusión de estas vías para acreditar el in-

cumplimiento de la cesionaria, dice el Preámbulo de la Ley que se pretende fortalecer la eficacia de la condición resolutoria expresa que las partes puedan haber estipulado. El interrogante que surge ante el texto de este artículo es el siguiente: ¿es que, acaso, el cedente no dispone de éstos, y de todos los demás medios de prueba admitidos en Derecho para acreditar el incumplimiento del cesionario? Evidentemente que sí. Pues qué añade, entonces, el precepto en aras del fortalecimiento de la condición expresa estipulada por las partes. En principio, más bien restringe los medios de prueba, debiéndose entender, pues, que se trata de menciones meramente ejemplificativas de la capacidad de actuación del cedente en defensa de sus expectativas contractuales.

El artículo 7 regula los requisitos para el ejercicio de la llamada “resolución automática” que auspicia el artículo anterior. Son dos:

- a) La notificación fehaciente de la resolución a la persona cesionaria y a los terceros titulares de derechos constituidos sobre la finca.
- b) La no oposición de la persona cesionaria a la resolución, en el plazo de quince días.

A la vista de tales presupuestos, la resolución que se regula no es tan “automática” como su nombre hace pensar. Si el cesionario se opone, ya no procede dicha automaticidad, debiendo probarse entonces la idoneidad del incumplimiento para provocar la resolución.

Podría cuestionarse, incluso, la constitucionalidad de esta norma. Así, la Ley, al restringir la oponibilidad del cesionario a la resolución a un plazo de quince días, está introduciendo una excepción al régimen común de resolución por incumplimiento de las obligaciones, traspasando la frontera de actuación de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, constituida por la competencia exclusiva del Estado en cuanto a las bases de las obligaciones contractuales.

En realidad, este dispositivo de resolución se acerca bastante al mecanismo de la condición resolutoria explícita de la compraventa, con la diferencia de que en aquél se establece un plazo preclusivo para que el cesionario se oponga a la resolución, oportunidad que no se le da al comprador por el artículo 1.504 del Código civil, quien no puede ya pagar con efectos liberatorios una vez requerido judicialmente o por notario. Ahora bien, el hecho de que no pueda ya pagar no impide que no pueda oponerse a la resolución acreditando la falta de incumplimiento apto para resolver el vínculo, circunstancia que, en última instancia, tendrá que resolver el juez.

Si se entendiera aplicable a este contrato el artículo 1.504 del Código civil –lo que ha negado el Tribunal Supremo (24)–, en virtud de la remi-

(24) La STS 31 julio 1995 (RJ 1995/5923) declara, además de la falta de necesidad de una voluntad rebelde al cumplimiento, de forma taxativa, la inaplicabilidad al contrato de per-

sión que el artículo 1.541 del mismo, en sede de permuta, realiza a las disposiciones concernientes a la venta, habría que concluir que la norma viene también a excepcionar lo preceptuado por aquél, posibilidad ésta que podrían prever las partes, mediante la concesión de un nuevo plazo de pago u otro acuerdo semejante.

No hay que olvidar tampoco que los contratantes siempre tienen la facultad de incorporar al clausulado contractual condición resolutoria por incumplimiento de las obligaciones respectivas, sin que se pueda dejar de lado el último párrafo del artículo 13 del Reglamento Hipotecario –no tachado de nulidad por la STS 31 enero 2001–, que establece que, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán las mismas conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Por otra parte, por lo que se refiere al incumplimiento de los plazos de ejecución, los contratantes contarían, en todo caso, con la posibilidad de celebrar el contrato con término esencial, de tal forma que, cumplido el plazo estipulado, la prestación extemporánea del cesionario fuera insatisfactoria para el aportante.

En cuanto a los efectos de la resolución, el artículo 8 dispone que el cedente recupera la propiedad de lo que había cedido y hace suya, por accesión, la obra realizada, con la obligación de resarcir por ello a la persona cesionaria y, si procede, a los terceros.

El contenido de este precepto tampoco debe quedar exento de crítica. En primer lugar, porque la recuperación del inmueble por el cedente, haciendo suya la obra realizada sobre el mismo, es algo que se viene incluyendo en el clausulado de este tipo de contrato, incluso eximiéndose al aportante de resarcir al cesionario por ello. Y, en segundo lugar, la obligación de resarcir que impone esta norma restringe considerablemente el derecho a la accesión de lo edificado del cedente, puesto que éste no dispondrá usualmente del montante a que ascienda dicha indemnización cuando la obra se encuentre en una fase avanzada de ejecución.

muta del artículo 1.504 del Código civil –afirmación que comparte la STS 19 octubre 1996 (RJ 1996/7508)–, dada la inexistencia de precio en este tipo de negocios, justificando así la resolución del contrato en litigio, a pesar de no haberse realizado el requerimiento que, como alegaban los recurrentes, exige tal precepto. Como consecuencia de la resolución, se decreta la vuelta del solar a sus primitivos dueños. A pesar de tales precedentes, la RDGRN 23 septiembre 1999 (RJ 1999/6475) consideró que, tanto el artículo 1.504 del Código civil como el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, son perfectamente aplicables a otros contratos onerosos que impliquen obligaciones bilaterales y recíprocas, si bien aquel precepto no resultaba de aplicación al caso en estudio por no haber sido pactada por las partes condición resolutoria expresa, habiendo sido prevista en el contrato tan sólo una cláusula penal, por la que los contratantes otorgaban carácter obligacional a la falta de cumplimiento. En consecuencia, al no hallarse la permuta garantizada con condición resolutoria, no se practica la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo que pesaban sobre la finca.

No obstante, el apartado segundo concede al cedente la posibilidad de optar por el derribo de lo edificado a costa del cesionario, pero siempre que el coste de la finalización de las obras o de la adaptación, en su caso, de las realmente ejecutadas a los pactos establecidos en el contrato sea superior a la mitad del coste de la construcción pactada.

La comprensión de este precepto resulta más que difícil. La “construcción pactada” a la que se refiere la norma, ¿debe identificarse con la parte de la edificación –pisos, locales, garajes, porcentaje de construcción, etc.– que constituye para el aportante la contraprestación al terreno cedido? De ser así, la aplicación de este apartado a la realidad práctica dista mucho de ser factible. Imaginemos que nos encontramos ante el supuesto típico de cesión de solar a cambio de dos viviendas y garajes del edificio por construir. Las viviendas quedan descritas en el contrato –tal como, por otra parte, dispone la Ley 23/2001–, especificándose su ubicación (planta 6.^a, puerta B) y características (metros cuadrados, calidades, etc.). Cuando el edificio, de diez plantas, se encuentra ya elevado, con anterioridad a la fase de tabicación tiene lugar la resolución por incumplimiento del cesionario en la terminación de la obra y entrega de la correspondiente prestación al cedente. En este estadio, el coste de la finalización de las obras será ciertamente superior a la mitad del coste de la “construcción pactada”, tanto si por ésta se entiende las dos viviendas y garajes estipulados, como, inclusive, si se identifica con el edificio en su totalidad. ¿Tendría, entonces, derecho el cedente a obligar al cesionario a derribar lo edificado? No habría tribunal, en nuestra opinión, que no aplicara aquí la doctrina del abuso de derecho.

Desde nuestro punto de vista, la Ley podría haber dado entrada en este artículo, al tratar de la resolución del contrato, a distintos efectos resolutorios en función de los diferentes estadios constructivos. Dependiendo de la fase de ejecución de las obras, el legislador debería haber previsto la aplicación del principio de accesión a favor del cedente o de la figura de la “accesión invertida” a favor del cesionario, que posibilitaría al aportante, en aplicación del artículo 361 del Código civil, optar entre indemnizar al cesionario u obligar a éste a pagarle el precio del terreno.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse en varias ocasiones sobre los efectos resolutorios atendiendo a los diversos períodos del proceso constructivo. Así, cuando la obra ni siquiera ha comenzado, la falta de cumplimiento de la obligación de entrega por parte de la constructora resulta patente en ciertas circunstancias. En esta fase, la resolución se produce por la inactividad e inoperatividad de la empresa constructora para solicitar y lograr la calificación de viviendas

de protección oficial (25), o por la falta de obtención de la oportuna licencia para edificar (26).

Cuando las obras se encuentran en una fase más avanzada de ejecución, la resolución suscita mayores problemas, lo que ha provocado la aparición, cada vez más frecuente en este tipo de contratos, de cláusulas penales que, en caso de incumplimiento del constructor, determinen la recuperación del solar por los aportantes con las construcciones que se hubiesen llevado a cabo sobre el mismo. El Tribunal Supremo consideró atendible una cláusula resolutoria de este tipo en la STS 19 junio 1996 (RJ 1996/5102), en la que, probado el incumplimiento de su obligación por la constructora en el plazo estipulado, se confirmó la sentencia de primera instancia decretándose la vuelta del terreno a la propiedad de la aportante con las construcciones ya realizadas sobre el mismo, que no alcanzaban en ese momento el 50 por 100 del proyecto inicial, tal como se acordó en la condición resolutoria expresa establecida por las partes en el correspondiente contrato de permuta. No obstante, en uso de la facultad moderadora que corresponde al juzgador, también se confirmó la procedencia de no acumular a la cláusula devolutiva de los terrenos y edificaciones no terminadas, los daños y perjuicios causados.

Por el contrario, difícilmente pueda darse esta solución en el caso de obra casi acabada, a pesar de contener el contrato condición resolutoria a ese respecto. Incluso, esta clase de condiciones también puede ser utilizada inicuaamente por la parte que cede el suelo. Así, en la STS 23 enero 1991 (RJ 1991/311), se deniega la resolución del contrato reclamada por la aportante, con base en una cláusula resolutoria –que las partes estipularon expresamente conforme y a los efectos del art. 1.504 del Código civil–, en virtud de la cual, si la constructora no entregaba los locales acordados dentro de los plazos previstos, se produciría la resolución de pleno derecho, retornando la finca a la cedente con las edificaciones que existieran sobre ella. Reclamada la resolución del contrato en estos términos, se entendió que, a pesar de resultar evidente que las obras no estaban acabadas en sentido estricto, el mecanismo resolutorio no procedía al considerarse que, en los apartamentos destinados a la venta, lo normal era no concluirlos hasta que el adquirente indicase la forma en que

(25) STS 24 noviembre 1993 (RJ 1993/9210). En ocasiones, la eficacia del contrato se halla supeditada por las propias partes al establecimiento de una condición resolutoria, como en la STS 18 noviembre 1997 (RJ 1997/7898), que decretó la resolución del contrato de permuta celebrado entre las partes, por no obtenerse la licencia de obras dentro del plazo que habían indicado para ello, o la de 19 octubre 1996 (RJ 1996/7508), que también declaró resuelto el contrato al no haber cumplido la promotora la condición impuesta de adquirir, dentro del plazo convenido, otra parte de la finca permutada.

(26) SSTs 29 abril 1991 (RJ 1991/3105) y 31 julio 1995 (RJ 1995/5923).

deseaba el acabado, lo que vino a actuar como causa obstativa al normal funcionamiento de la resolución convenida.

Como bien puede observarse, la riqueza casuística de la jurisprudencia en la materia es amplia, como loable la labor de nuestros tribunales en la búsqueda de la solución idónea a los conflictos que este contrato atípico ocasiona, a través de la normativa general del Código civil en materia de obligaciones. La paupérrima regulación del negocio por parte de la Ley autonómica que comentamos se hace patente así con mayor fuerza, sobre todo, como acabamos de ver, en el ámbito de la resolución contractual, donde el legislador catalán ha perdido la oportunidad de incorporar a la Ley 23/2001 las soluciones jurisprudenciales interpretativas del Derecho común.

F. Oponibilidad del contrato ante terceros.

El articulado de la Ley culmina con el artículo 9, que dispone la oponibilidad ante terceros del contrato de cesión de finca o edificabilidad desde que se haya hecho su inscripción en el Registro de la Propiedad. ¿Qué significado tiene esta oponibilidad ante terceros? Las posibles respuestas se restringen a dos:

a) Podría significar que la posición del cedente es oponible a un tercer adquirente de los pisos o locales por entregar, lo que nos llevaría a entender entonces que el aportante dispone de titularidad real sobre los mismos aun antes de su entrega. Esta posibilidad se cohonestaría mal con la regulación de la Ley que comentamos, de cuyo contenido no se infiere la transmisión de la propiedad de los apartamentos al aportante hasta tanto no se produzca su entrega efectiva (art. 4). Por otra parte, si así fuera, el artículo 9 carecería de sentido, pues resulta obvio que el derecho de propiedad inscrito del cedente es oponible frente a terceros. Para mayor desgracia, la norma podría tildarse de inconstitucional, en la medida en que contradiría la teoría del título y el modo que preconiza el artículo 609 del Código civil que, entendiéndose como “base de las obligaciones contractuales” (art. 149.1.8.º CE), queda dentro de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil.

b) Se podría entender que el significado del artículo no es otro que el de manifestar que si el contrato no se inscribe es como si no existiera, por ejemplo, frente a un tercero que alcanza un nuevo acuerdo con el cesionario que resulte más ventajoso para éste; o frente a otro constructor que compre la empresa del primitivo cesionario. Aunque para llegar a esta conclusión tampoco hace falta incluir esta norma en el articulado de la Ley, puesto que el acceso del contrato de cesión al Registro de la Propiedad lleva aparejada la oponibilidad del mismo frente a terceros

como cualquier otro contrato que acceda al mecanismo de la protección registral.

Debemos inclinarnos por esta segunda interpretación, tomando como fundamento no sólo la falta de disposición de la Ley catalana a atribuir al cedente del suelo titularidad real alguna, sino porque el articulado de la misma, como hemos tenido ocasión de comprobar, apenas proporciona novedad en cuanto a la normativa básica del Código civil en materia de obligaciones y contratos, ni respecto de las reiteradas respuestas jurisprudenciales a los litigios que provoca este negocio, especialmente cuando los propios contratantes no han previsto solución a los conflictos que suelen aparecer en torno a él.

IV. A modo de conclusión: utilidad de la ley y competencia legislativa autonómica

Puede fácilmente colegirse que la conclusión más significativa que se logra extraer del estudio del texto de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, es la falta de originalidad de su articulado. La Ley, ciertamente, no aporta soluciones efectivas y novedosas a los principales problemas que suscita el contrato que pretende regular. La mayoría de las cuestiones que presume solventar quedan ya resueltas a través de las normas generales del Código civil, cuya aplicación por nuestros tribunales a la gran variedad de litigios que provoca el contrato, acierta con respuestas más específicas y adecuadas a cada caso. Por otra parte, los propios particulares han creado mecanismos más idóneos de protección de la situación del aportante, especialmente, incorporando cláusulas contractuales referentes a la transmisión diferida del dominio por el cedente del suelo hasta que se produzca la entrega de los apartamentos por construir.

La Ley adolece también de la suficiente claridad que es de esperar de una norma que tiene visos de regular por primera vez y, por tanto, de perfilar, una modalidad contractual carente de regulación propia. Se adivina en el legislador, leyendo entre líneas, cierto temor a manifestarse con mayor contundencia acerca de la naturaleza de los derechos del aportante, lo que llama particularmente nuestra atención. Si el legislador catalán se ha adelantado al estatal a la hora de regular este negocio, ¿por qué se queda “tan corto”?

Creemos que la respuesta a este interrogante debe estar relacionada con el tema del reparto de competencias legislativas entre las Comunidades Autónomas y el Estado Español. La cuestión es: ¿puede el Parlamento de Cataluña legislar sobre el contrato de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura?

Necesariamente, debe partirse del artículo 149.1.8.º de la Constitución Española, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de legislación civil, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de sus Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. La comprensión de este precepto no puede deslindarse del significado que se haya de dar a las palabras “conservación, modificación y desarrollo”, habiéndose formulado diversas tesis en torno a su concreción o conceptualización. Siguiendo a SÁNCHEZ GONZÁLEZ (27), las distintas corrientes doctrinales pueden sintetizarse en las siguientes:

a) La que asimila los derechos civiles forales al contenido de las Compilaciones, limitándose su desarrollo a aquellas instituciones que son objeto de algún tipo de regulación en las mismas (28).

b) La que identifica el Derecho civil foral con la totalidad del Derecho civil vigente, con la única excepción de aquellas materias que el artículo 149.1.8.º atribuye a la competencia exclusiva del Estado en todo caso (29).

c) La que distingue el Derecho foral actual y el que puede ser en un futuro. El primero no es únicamente el contenido en la Compilación, de tal modo que las competencias de la Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar el propio Derecho foral, no tendría más límites que los derivados de sus principios informadores (30).

En opinión de la citada autora, los términos en conflicto –“conservación, modificación y desarrollo”– implican que una Comunidad Autónoma que tenga Derecho foral vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución, podrá legislar sobre todo el Derecho civil, de manera que el desarrollo del propio Derecho foral no tendría más límites que los enunciados en la parte segunda del artículo 149.1.8.º de nuestra Carta Magna (31).

Visto lo expuesto, la determinación de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para legislar sobre el contrato de aportación de solar dependerá de la corriente doctrinal a la que nos adhiramos. Así, para la primera tesis, al restringir el Derecho foral a lo contenido en la

(27) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución*, Madrid, 1991, pp. 18-19.

(28) Tesis que defiende ELIZALDE Y AYMERICH, *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979, p. 756.

(29) Esta es la opinión que sostiene ROCA I TRÍAS, “El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978”, *RJC*, 1979, n.º 1, p. 15.

(30) Así lo entiende DELGADO ECHEVARRÍA, “Los Derechos civiles forales en la Constitución”, *RJC*, julio-septiembre, 1979, p. 337.

(31) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 19-20.

Compilación, parece evidente que el Parlamento catalán no tendría competencia en la materia que tratamos, pues dicho contrato no se refleja en el articulado de aquélla. Por el contrario, una regulación autonómica del contrato de cesión sí podría tener cabida bajo la explicación de las otras dos corrientes doctrinales, especialmente la primera.

Siguiendo la postura adoptada por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, la Comunidad Autónoma de Cataluña puede desarrollar su Derecho foral sin otro límite que el de las materias que, en todo caso, corresponden exclusivamente al Estado; por tanto, de entrada, el Parlamento catalán podría legislar sobre el contrato de aportación.

Ahora bien, dado que en la regulación pormenorizada de esta modalidad contractual puede hacerse referencia a cuestiones encuadrables en el ámbito de las “bases de las obligaciones contractuales”, materia que se incluye entre las seis que corresponden al Estado en todo caso, algunos preceptos de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, se tacharían de inconstitucional siempre que traspasaran el límite de la competencia legislativa que corresponde a las Comunidades Autónomas.

Así, tal sucedería si la Ley atribuyera al aportante la propiedad inmediata de los pisos o locales en el momento de la celebración del contrato, pues el sistema de adquisición de los derechos reales que establece el artículo 609 del Código civil debe ser incluido entre las “bases de las obligaciones contractuales”. Igual ocurriría si la Ley estableciera un sistema de responsabilidad distinto al preceptuado por los artículos 1.101 a 1.105 de nuestro Código, pudiendo decirse, en términos generales, como concluye SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “que la regulación que sobre obligaciones y contratos se contiene en los títulos I y II del Libro IV es competencia exclusiva del Estado, bien por ser base de las obligaciones contractuales, bien por tratarse de legislación mercantil, procesal, etc.” (32); a ello se debe que hayamos entendido de dudosa constitucionalidad el régimen de resolución automática del contrato de cesión que introduce el artículo 7 de la Ley 23/2001.

Respecto al ámbito procesal, y despejada ya la duda acerca de la naturaleza civil o procesal de la prueba de las obligaciones, al quedar definitivamente incorporada la normativa referente al tema exclusivamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, resulta claro que cualquier modificación legislativa en la materia corresponde al Estado, por ser la legislación procesal de su competencia exclusiva. De ahí que, para salvar la constitucionalidad del artículo 6.3 de la Ley catalana, como antes vimos, ha de entenderse que el acta notarial o la certificación administrativa correspondiente para acreditar el incumplimiento del contrato

(32) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 87.

son enunciados como meros ejemplos a utilizar entre todos los medios de prueba admitidos por la Ley procesal.

En definitiva, ¿podría ser que el legislador catalán se haya visto forzado a restringir el alcance de la regulación del contrato para evitar su tacha de inconstitucionalidad? Ello explicaría que la Ley 23/2001, siendo posterior a las corrientes jurisprudenciales más recientes favorables a la transmisión inmediata de la propiedad de los pisos por construir al cedente, haya optado por no dotar a éste de dicha titularidad real, especialmente después de la aparición de la STS 31 enero 2001, que anula los párrafos 1.º, 2.º, y 3.º del artículo 13 del Reglamento Hipotecario que así lo preveía. Ello daría explicación, igualmente, a la ambigüedad que se desprende de la literalidad de la Ley, o a la falta de valentía con la que se expresa el legislador catalán.

A pesar de todo, de lo que no cabe duda es de la diligencia del legislador autonómico, que supera, con creces, al estatal a la hora de dar cobertura legal –sea ésta más o menos acertada– a las situaciones carentes, y necesitadas, de norma jurídica específica. En esta llamada de atención al legislador estatal radica, a nuestro juicio, la mayor utilidad que se puede predicar de la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, sin perjuicio de cumplir con la finalidad de seguir construyendo un cuerpo de Derecho Civil catalán huérfano de vacíos normativos.

**MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO
DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA
DE LAS PERSONAS FÍSICAS
(EXENCIONES, RENDIMIENTOS DEL TRABAJO
Y DEL CAPITAL MOBILIARIO, DEDUCCIONES,
AUTOLIQUIDACIÓN Y RETENCIONES)
(RD 594/2002, DE 28 DE JUNIO) (*)**

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS
Notario Honorario

No cabe duda de que el Ministerio de Hacienda es el más prolífico de todos. Basta echar una ojeada al número de disposiciones que engendra –ojo, de engendrar– para que podamos dar fe de lo dicho sin temor a incurrir en falsedad (compruébelo desayunando cada día con el BOE, como afirman las malas lenguas hace el que suscribe esta Circular).

Las modificaciones contenidas en el RD del que nos vamos a ocupar (RD 594/2002) vienen obligadas –así reza en su Preámbulo– por las que se han ido introduciendo en la ley reguladora del Impuesto de que se trata (Ley 40/1998, de 9 de diciembre). Modificaciones llevadas a cabo por la Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprobaron medidas

(*) Circular núm. 80, de 3 de septiembre de 2002, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa; por el RD Ley 12/2001, de 29 de junio, en materia de retenciones e ingresos a cuenta; por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía; y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Además –y aprovechando que el Pisuerga para por Valladolid– este RD incorpora otras medidas que –seguimos leyendo en el Preámbulo– “son propias del desarrollo reglamentario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en virtud de las concretas habilitaciones normativas contenidas en los artículos 7.o) (exención de las gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español por la participación en misiones de paz o humanitarias), 17.2.a) (cuantía del salario medio anual del conjunto de las declaraciones en el IRPF a efectos de determinación del rendimiento sobre el que se aplicará la reducción del 30 por 100), 82 (cuantía de las retenciones e ingresos a cuenta) y 83 (retenciones e ingresos a cuenta sobre los rendimientos del trabajo derivado de relaciones laborales o estatutarias y de pensiones y haberes pasivos) de la Ley del Impuesto”. No creo haga falta precisar que el contenido de los paréntesis es un añadido aclaratorio de cosecha propia.

Incorpora, por último, el RD una disposición transitoria única, relativa a la regularización de deducciones por incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para aplicar la deducción, y una disposición final que determina su entrada en vigor.

La sistemática del RD es muy simple, por cuanto en sus doce artículos se recogen las modificaciones introducidas respecto de los artículos reglamentarios afectados por orden de menor a mayor. Nosotros vamos a respetar esta línea con la salvedad de que empezaremos –en contra de toda lógica– la casa por el tejado; es decir, nos referiremos en primer lugar a la disposición final y seguiremos con la transitoria, para terminar con los artículos reformados, éstos ya ordenados, como hemos indicado, de menor a mayor.

A) Disposición final única. El RD entró en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, o sea, el 14 de julio de 2002, siendo de aplicación a los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de este mismo año, con dos excepciones:

a) El artículo séptimo (modificación del art. 60 del Reglamento, “Autoliquidación e ingreso”), que se aplicará a las declaraciones correspondientes a los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2001.

b) y el artículo duodécimo (modificación del art. 101 del Reglamen-

to, “Obligaciones formales del retenedor y del obligado a ingresar a cuenta”), aplicable a las declaraciones correspondientes a los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2003.

B) **Disposición transitoria única** (regularización de deducciones por incumplimiento de requisitos en el IRPF). “Cuando, por incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos (*vide* arts. 54 a 57 de la Ley, y 51 a 57 del Reglamento, especialmente este último), se pierda el derecho, en todo o en parte, a las deducciones aplicadas en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2002, las cantidades indebidamente deducidas se sumarán a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica o complementaria, del ejercicio en que se produzca el incumplimiento, en el mismo porcentaje que, en su momento, se aplicó”.

C) **Artículos reformados.**

1) *Artículo 4 (“Exención de las gratificaciones extraordinarias percibidas por la participación en misiones de paz o humanitarias”)* (artículo primero). Como ya indicamos anteriormente, se trata de una norma de desarrollo reglamentario amparada en la habilitación contenida en el artículo 7.o) de la Ley, que establece que estarán exentas las siguientes rentas: “o) Las gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español por la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

La modificación introducida afecta a la letra b) del artículo 4 del que nos estamos ocupando y consiste en sustituir la referencia a daños físicos o psíquicos por la de “daños personales”. De este modo se declaran exentas “las indemnizaciones o prestaciones satisfechas por los daños personales que hubieran sufrido durante las mismas”, o sea, las satisfechas a los miembros de misiones internacionales de paz o humanitarias durante las mismas. No se nos alcanza en este momento –perdón por la ignorancia– el alcance de esta modificación, por cuanto si personal, según el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia, es “perteneciente o relativo a la persona”, seguirán siendo “daños personales” tanto los físicos como los psíquicos.

2) *Artículo 10, apartado 4 (“Aplicación de la reducción del 30 por 100 a determinados rendimientos del trabajo”)* (artículo segundo). Otra norma de desarrollo reglamentario, esta vez en base a la habilitación del también mentado artículo 17.2.a) de la Ley (al que había dado nueva redacción el número cinco del art. 1 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social).

Dicho artículo 17 de la Ley define el rendimiento neto del trabajo como el que resulta de disminuir el rendimiento íntegro en el importe de los gastos deducibles y enumera entre las reducciones la del 30 por 100 “en el caso de rendimientos que tengan un periodo de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo”. Pero estos rendimientos sobre los que se aplicará la reducción del 30 por 100 no son ilimitados sino que “no podrán superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el IRPF por el número de años de generación del rendimiento”. Y es esta cuantía del salario medio anual la que se fijará reglamentariamente, teniendo en cuenta las estadísticas del impuesto sobre el conjunto de los contribuyentes en los tres años anteriores.

La cuantía de este salario medio anual del conjunto de declarantes estaba fijada, por el artículo 2 del RD 579/2001, de 1 de junio, en la suma de 2.895.116 pesetas (17.400 euros). Por nuestro RD se modifica esta cuantía que queda fijada en 17.900 euros (para entendernos en pesetas, en 2.978.309).

3) *Artículo 11, apartados 2 y 3 (“Reducciones aplicables a determinados rendimientos del trabajo”)* (artículo tercero). Esta modificación viene impuesta por la necesidad de adaptar el Reglamento a la Ley. Ésta había sido afectada por el artículo 15 de la Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa. Sus modificaciones se referían a los porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos del trabajo y a los rendimientos del capital mobiliario derivados de contratos de seguro percibidos en forma de capital.

Estos nuevos porcentajes no se habían incorporado al Reglamento, lo que sí se hace ahora en este RD.

En su artículo tercero 1 se concreta la modificación del apartado 2 del artículo 11: “2. A efectos de la aplicación de la reducción del 75 por 100 (antes era del 70 por 100) prevista en el artículo 17.2, párrafos c) y d), de la Ley del Impuesto, se entenderá que las primas satisfechas a lo largo de la duración del contrato guardan una periodicidad y regularidad suficientes cuando, habiendo transcurrido más de doce años desde el pago de la primera prima, el periodo medio de permanencia de las primas haya sido superior a seis años.= El periodo medio de permanencia de las primas será el resultado de calcular el sumatorio (nota: la edición de 2001 del Diccionario de la Real Academia Española continúa sin recoger este vocablo) de las primas multiplicadas por su número de años de permanencia y dividido entre la suma total de las primas satisfechas”.

Y en el número 2 del mismo artículo tercero, se recoge la del apartado 3 del repetido artículo 11 del Reglamento. “3. El porcentaje de reducción del 65 por 100 (antes el 60 por 100), establecido en el artículo 17.2.d) de la Ley del Impuesto, resultará aplicable a las indemnizaciones por invalidez absoluta y permanente para todo trabajo y por gran invalidez, en ambos casos en los términos establecidos por la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones”.

4) *Artículo 19, apartado 3 (“Reducciones aplicables a los rendimientos del capital mobiliario derivados de contratos de seguro”)* (artículo cuarto). Continúa la adaptación del Reglamento a la modificación introducida en la Ley del Impuesto por la indicada Ley 6/2000.

El referenciado apartado 3 del artículo 19 del Reglamento establece que: “3. El porcentaje de reducción del 65 por 100 (antes el 60 por 100), establecido en el artículo 24.2.c) de la Ley del Impuesto, resultará aplicable a las indemnizaciones por invalidez percibidas por quienes tengan un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100”.

5) *Artículo 53 (“Condiciones de financiación de la vivienda habitual para la aplicación de los porcentajes de deducción incrementados”)* (artículo quinto). Este artículo del Reglamento se redacta de nuevo al haberse visto afectado por las reformas introducidas en el número 4 del artículo 58 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en lo referente a la deducción por inversión en vivienda habitual (modificación de los porcentajes previstos en el art. 55.1 de la Ley del Impuesto y creación del tramo autonómico o complementario). Asimismo –lo leemos en el Preámbulo– se han reordenado sus epígrafes 1.º y 2.º, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000.

La nueva redacción es del siguiente tenor:

“1. Los porcentajes de deducción previstos en el artículo 55.1.1.º, b) de la Ley del Impuesto serán de aplicación de la siguiente manera:

1.º Cuando se trata de adquisición o rehabilitación de vivienda, para aplicar los porcentajes incrementados, del 16,75 por 100 y del 13,40 por 100 (anteriormente el 25 y el 20 por 100, respectivamente), deberán producirse las siguientes circunstancias:

a) Que el importe financiado del valor de adquisición o rehabilitación de la vivienda suponga, al menos, un 50 por 100 de dicho valor. (Sin alteración). En el caso de reinversión por enajenación de la vivienda habitual el porcentaje del 50 por 100 se entenderá referido al exceso de inversión que corresponda. (También sin alteración).

b) Que durante los tres primeros años no se amorticen cantidades que superen en su conjunto el 40 por 100 del importe solicitado. [Este primer párrafo lo era de la letra c), que ha pasado a ser la b) por haberse suprimido la que ocupaba este lugar como consecuencia de su anulación por la indicada Sentencia del TS (Sala 3.^a, Sección 2.^a) de 11 de marzo de 2000, cuya anulación fue reiterada por Sentencia del 18 del mismo mes y año y objeto de aclaración en virtud de auto del 16 de mayo siguiente. La suprimida letra b) establecía, como circunstancia para la aplicación de los porcentajes incrementados, que la financiación se realizara a través de una entidad de crédito o entidad aseguradora o mediante préstamos concedidos por las empresas a sus empleados].

Estos porcentajes no serán de aplicación, en ningún caso, a las cantidades destinadas a la construcción o ampliación de la vivienda ni a las depositadas en cuenta vivienda. [Antiguo párrafo segundo de la letra c)].

El porcentaje de deducción del 16,75 por 100 se aplicará, exclusivamente, durante los dos años siguientes a la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual y sobre las cantidades, respectivamente, destinadas a estos fines. (Es el anterior párrafo tercero de la repetida letra c), con la única modificación del porcentaje de deducción, que antes era el 25 por 100).

2.º Cuando se trata de obras e instalaciones de adecuación realizadas por minusválidos, a las que se refiere el artículo 55.1.4º,e) –nos parece que en la indicación de la letra hay un error, pues debe ser la c)– de la Ley del Impuesto, deberán producirse las siguientes circunstancias:

a) Que el importe financiado de las obras o instalaciones de adecuación suponga, al menos, un 30 por 100 de dicha inversión. (Sin alteración).

b) Que durante los tres primeros años no se amorticen cantidades que superen en su conjunto el 40 por 100 del importe solicitado. (Al igual que ha sucedido con la letra b) del número 1.º primigenio, la actual era la letra c) por la nulidad del texto anterior, declarada por la repetida Sentencia de 11 de marzo de 2000. El contenido se mantiene inalterado).

Los porcentajes de deducción del 16,75 o del 13,40 por 100 se aplicarán, como máximo, sobre 6.010,12 euros, aplicándose el 10,05 por 100 sobre el exceso, hasta 12.020,24 euros. (Las cantidades en euros son equivalentes a las anteriormente señaladas en pesetas –un millón y dos millones–. Cambian los porcentajes, que en el texto precedente eran el 25, el 20 y el 15 por 100).

El porcentaje de deducción del 16,75 por 100 se aplicará, exclusivamente, durante los dos años siguientes a la realización de las obras o instalaciones de adecuación. (Sólo se modifica el porcentaje de deducción, que era el 25 por 100).

2. Las condiciones y requisitos establecidos en el apartado anterior serán también de aplicación al tramo autonómico o complementario de la deducción por inversión en vivienda habitual, previsto en el artículo 64 bis de la Ley del Impuesto”. (Este número es nuevo y se ha introducido para adaptar el Reglamento al indicado art. 64 bis de la Ley que fue añadido por el número 9 del art. 58 de la mentada Ley 21/2001).

6) *Artículo 57, apartado 2 (“Pérdida del derecho a deducir”)* (artículo sexto). El nuevo sistema de financiación autonómica –de nuevo la Ley 21/2001– ha producido, como consecuencia, la necesidad de reformar el artículo de que se trata del Reglamento, relativo a la forma de reintegrar las cantidades indebidamente deducidas en caso de pérdida del derecho a deducir.

En el número 1 de este artículo 57 se establece el principio general de la obligación de sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica o complementaria las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora (art. 58.2.c) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria), cuando se haya perdido el derecho a deducir en periodos impositivos posteriores al de su aplicación.

Las novedades introducidas por la Ley 21/2001, como ya hemos indicado, obligan a la nueva redacción del apartado 2 del propio artículo 57, regulador de la deducción en los siguientes supuestos:

a) *Deducción por inversión en vivienda habitual* (apartado 1 del art. 55 de la Ley): se añadirá a la cuota líquida estatal la totalidad de las deducciones indebidamente practicadas. (Antes se añadía el 85 por 100 a la cuota líquida estatal y el 15 por 100 restante a la cuota líquida autonómica o complementaria).

b) *Deducciones por actividades económicas, por donativos y por inversiones y gastos realizados en bienes de interés cultural* (apartados 2, 3 y 5 del art. 55 de la Ley, respectivamente): se añadirá a la cuota líquida estatal el 67 por 100 de las deducciones indebidamente practicadas y a la cuota líquida autonómica o complementaria el 33 por 100 restante. (De nuevo cuño).

c) *Deducciones establecidas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de las competencias normativas previstas en el artículo 38.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en materia de inversión en vivienda habitual* (art. 64 bis de la Ley): se añadirá a la cuota líquida autonómica o complementaria la totalidad de las deducciones indebidamente practicadas. (Regla correlativa a la deducción por vivienda habitual de la letra a) referida a la cuota líquida

da estatal y que en la redacción anterior también era de la totalidad, pero por remisión a la derogada Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas).

7) *Artículo 60, apartado 1 (“Autoliquidación e ingreso”)* (artículo séptimo). Los cambios que introdujo la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (*vide* las Circulares 95/2001 y 25/2002 de esta Comisión), tienen como consecuencia –dice el Preámbulo– las modificaciones del Reglamento relativas a autoliquidación e ingreso de la deuda tributaria, retenciones sobre los rendimientos del trabajo y posibilidad de solicitar, en determinados casos, la suspensión del ingreso de la deuda tributaria. (*Vide* las modificaciones introducidas por el art. 1 de dicha Ley 24/2001 en los arts. 80, apartado 6, y 83 de la Ley del Impuesto).

De acuerdo con estos cambios la redacción del reglamentario artículo 60, apartado 1, queda como sigue:

“1. Los contribuyentes que estén obligados a declarar por este Impuesto, al tiempo de presentar su declaración, deberán determinar la deuda tributaria correspondiente e ingresarla en el lugar, forma y plazos determinados por el Ministro de Hacienda. (Mantiene el texto anterior, salvo que el Ministro de que se trata es, según la nueva organización, sólo de Hacienda y antes lo era de Economía y Hacienda).

Si al tiempo de presentar la declaración, se hubiera solicitado la suspensión del ingreso de la totalidad o parte de la deuda tributaria resultante de la autoliquidación, de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 80 de la Ley del Impuesto, se seguirá el procedimiento regulado en el mismo. (Novedad que es corolario de la introducida en la indicada Ley 24/2001 y que en su Exposición de Motivos se incluye entre las disposiciones adoptadas para facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a los contribuyentes casados).”

La solicitud de suspensión se referirá al ingreso de alguna de las siguientes cuantías:

a) A la totalidad de la deuda tributaria, cuando la misma sea igual o inferior a la devolución resultante de la autoliquidación presentada por el cónyuge por este mismo Impuesto. (Novedad que se corresponde con la nueva redacción del apartado 6 del art. 80 de la Ley).

b) Al mismo importe de la devolución resultante de la autoliquidación presentada por el cónyuge, cuando la deuda tributaria sea superior. (Vale lo dicho respecto de la letra precedente).

8) *Artículo 75, apartado 1 (“Importe de las retenciones sobre rendimientos del trabajo”)* (artículo octavo). El número 1 del artículo 75 de

que se trata había sido redactado por el artículo 7 del RD 1968/1999, de 23 de diciembre, por el que se modificaron determinados artículos de este Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, en materia de dietas, obligación de declarar, pagos a cuenta y obligación de información. Según este RD el apartado 2.º del indicado número 1 establecía la retención del 40 por 100 para las retribuciones que se perciban por la condición de administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos. Este apartado 2.º fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, sección 2.ª) de 23 de marzo de 2001 (en el preámbulo se mentan dos sentencias, la indicada y otra del día anterior). Como consecuencia de esta nulidad, el RD Ley 12/2001, de 29 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes en materia de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades, estableció como porcentaje de reducción el 35 por 100, en lugar del anulado 40 por 100, aplicable a las retribuciones relacionadas anteriormente. Este tipo de retención se incorpora ahora al texto reglamentario.

Según el apartado 1 del artículo 75 los tipos de retención son:

— Con carácter general, el que resulte según el artículo 80 del mismo Reglamento (el apartado 1 de este artículo se modifica, asimismo, en el RD que estamos comentando; modificación que examinaremos bajo el número 10 de esta Circular),

— para las retribuciones que se perciban por la condición de administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos, el ya enunciado del 35 por 100, y

— para los rendimientos derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares, o derivados de la elaboración de obras literarias, artísticas o científicas, siempre que se ceda el derecho a su explotación, el 18 por 100, que ya estaba vigente y que ha mantenido el artículo 83.3 de la Ley 24/2001 (número 10 de su art. 1).

9) *Artículo 79, apartado 1 (“Cuota de retención”)* (artículo noveno). Como una de las medidas de desarrollo reglamentario se expresa en euros la escala de retención. Escala que no altera en modo alguno la vigente hasta la fecha.

La escala contenida en el expresado apartado 1 del artículo 79 es la siguiente:

Base para calcular el tipo de retención	Cuota de retención	Resto base para calcular el tipo de retención	Porcentaje
----- Hasta euros	----- Euros	----- Hasta euros	
0,00	0,00	3.678,19	18,00
3.678,19	662,07	9.195,49	24,00
12.873,68	2.868,99	12.260,65	28,30
25.134,33	6.338,75	15.325,80	37,20
40.460,13	12.039,95	26.973,43	45,00
67.433,56	24.177,99	en adelante	48,00

10) *Artículo 80, apartado 1 (“Tipo de retención”)* (artículo décimo). Con la modificación llevada a cabo en este artículo se incorpora al texto reglamentario la expresión en números enteros del porcentaje de retención sobre los rendimientos del trabajo –en el texto anterior el tipo de retención se expresaba con dos decimales–, así como una regla aclaratoria del redondeo.

Dice el primer párrafo del nuevo apartado 1 que “El tipo de retención se obtendrá multiplicando por 100 el cociente obtenido de dividir la cuota de retención por la cuantía total de las retribuciones a que se refiere el artículo 78.2 del presente Reglamento. Cuando la base para calcular el tipo de retención fuese cero o negativa, el tipo de retención será cero”. Salvo, pues, la supresión del inciso “que se expresará con dos decimales” el texto es igual al primigenio.

Es novedad el párrafo segundo de este mismo apartado 1, en el que se afirma expresamente que “el tipo de retención, calculado conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se expresará en números enteros”. Y se añade una regla de redondeo: “En los casos en que el tipo de retención no sea un número entero, se redondeará por defecto si el primer decimal es inferior a cinco, y por exceso cuando sea igual o superior a cinco”.

11) *Artículo 81, apartado 5 (“Regularización del tipo de retención”)* (artículo undécimo). El apartado o número 5 de este artículo 81 –redactado con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2001, por el art. 7 del RD 579/2001, de 1 de junio, por el que se modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el RD 214/1999, de 5 de febrero, en materia de exenciones, rendimientos del trabajo y actividades económicas, obligación de declarar y retenciones, y el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el RD 326/1999, de 26 de febrero, en materia de retenciones– se modifica estableciéndose ciertos límites a los nuevos tipos de retención cuando se

efectúen determinadas regularizaciones, para evitar situaciones distorsionantes derivadas, exclusivamente, del redondeo del tipo de retención.

Dice así: “5. El tipo de retención, calculado de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 77 de este Reglamento, no podrá incrementarse cuando se efectúen regularizaciones por circunstancias que determinen una disminución de la base para calcular el tipo de retención previa a la regularización, o por quedar obligado el preceptor por resolución judicial a satisfacer anualidades por alimentos a favor de los hijos y resulte aplicable lo previsto en el apartado 2 del artículo 79 de este Reglamento.= Asimismo, en los supuestos de regularización por circunstancias que determinen un aumento de la base para calcular el tipo de retención previa a la regularización, el nuevo tipo de retención aplicable no podrá determinar un incremento del importe de las retenciones superior al incremento producido en dicha base de cálculo”.

12) *Artículo 101, apartados 1, 5 y 6 (“Obligaciones formales del retenedor y del obligado a ingresar a cuenta”)* (artículo duodécimo). Se incorporan con estas modificaciones otras dos medidas que son propias del desarrollo reglamentario del IRPF: de una parte, el establecimiento de un nuevo criterio delimitador de las obligaciones de declaración e ingreso mensual de determinadas retenciones e ingresos a cuenta que practican las Administraciones Públicas, más claro y específico, como es la cuantía del presupuesto; y de otra, una habilitación específica al Ministro de Hacienda para la regulación de la presentación de las declaraciones relativas a pagos a cuenta del impuesto por vía telemática y para la ampliación del plazo de presentación de estas declaraciones, atendiendo a razones de carácter técnico.

La redacción dada al número 1 de este artículo 101, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2001, por el artículo 9 del citado RD 579/2001, permanece inalterada en cuanto a sus dos párrafos primeros (presentación de declaración de las cantidades retenidas y de los ingresos a cuenta correspondientes al trimestre natural inmediato anterior e ingreso de su importe en el Tesoro Público, en los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero –párrafo primero–; plazos que se sustituyen –en el párrafo segundo– por la declaración e ingreso en los veinte primeros días naturales de cada mes, cuando se trate de retenedores u obligados en los que concurren las circunstancias de los números 1.º y 1.º bis del apartado 3 del artículo 71 del Reglamento del IVA, aprobado por el RD 1624/1992, de 29 de diciembre, o sea, de sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones hubiera excedido durante el año natural inmediato anterior de 6.010.121,04 euros o de aquellos que hubiesen efectuado la adquisición de la totalidad o

parte de un patrimonio empresarial a que se refiere el artículo 121.1 párrafo segundo de la Ley, cuando la suma del volumen de sus operaciones y el de las de su transmitente hubiese excedido de la expresada cantidad, y la excepción referente a la declaración e ingreso correspondiente al mes de julio que se efectuará durante el mes de agosto y los veinte primeros días naturales del mes de septiembre inmediato posterior).

Es novedad el párrafo tercero. (“Lo dispuesto en el párrafo anterior –o sea, el segundo– resultará igualmente aplicable cuando se trate de retenedores u obligados a ingresar a cuenta que tengan la consideración de Administraciones públicas, incluida la Seguridad Social, cuyo último Presupuesto anual aprobado con anterioridad al inicio del ejercicio supere la cantidad de seis millones de euros, en relación con las cantidades retenidas y los ingresos a cuenta correspondientes a las rentas a que se refieran los párrafos a) y c) del apartado 1 y el párrafo c) del apartado 2 del artículo 70 del presente Reglamento”. Las rentas de que se trata –añadimos nosotros para evitar la pérdida de tiempo que conlleva toda consulta–, respectivamente, las procedentes de: rendimientos de trabajo; rendimientos de actividades profesionales, de actividades agrícolas y ganaderas, y de actividades forestales; y de los premios que se entreguen como consecuencia de la participación en juegos, concursos, rifas o combinaciones aleatorias, estén o no vinculadas a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios).

Es seminuevo el párrafo cuarto: “No obstante lo anterior, la retención e ingreso correspondiente, cuando la entidad pagadora del rendimiento sea la Administración del Estado y el procedimiento establecido para su pago así lo permita, se efectuará de forma directa”. Y hemos dicho seminuevo por cuanto en la redacción anterior ya se establecía la forma directa, si bien se ha añadido que este sistema se aplicará cuando “el procedimiento establecido para su pago así lo permita”.

Tampoco varía el contenido del párrafo quinto, excepto en cuanto al lugar que le corresponde, porque en la redacción anterior era el párrafo tercero. (“El retenedor u obligado a ingresar a cuenta presentará declaración negativa cuando, a pesar de haber satisfecho rentas sometidas a retención o ingreso a cuenta, no hubiera procedido, por razón de su cuantía, la práctica de retención o ingreso a cuenta alguno. No procederá presentación de declaración negativa cuando no se hubieran satisfecho, en el periodo de declaración, rentas sometidas a retención e ingreso a cuenta”).

Por lo que se refiere al apartado 5, su primer párrafo no altera la regulación precedente, excepto en la denominación del Ministro (antes de Economía y Hacienda, ahora sólo de Hacienda). Según este apartado “Las declaraciones a que se refiere este artículo se realizarán en los mo-

delos que para cada clase de rentas establezca el Ministro de Hacienda, quien, asimismo, podrá determinar los datos que deben incluirse en las declaraciones, de los previstos en el apartado 2 anterior, estando obligado el retenedor u obligado a ingresar a cuenta a cumplimentar la totalidad de los datos así determinados y contenidos en las declaraciones que le afecten”.

Sí se modifica en parte el párrafo segundo del propio apartado 5, cuyo inicio es igual al anterior, salvo lo ya indicado en orden a la denominación del Ministro competente (“La declaración e ingreso se efectuarán en la forma y lugar que determine el Ministro de Hacienda”). Seguidamente –y esto ya supone novedad– se añade: “... quien podrá establecer los supuestos y condiciones de presentación de las declaraciones por medios telemáticos y ampliar el plazo correspondiente a las declaraciones que puedan presentarse por esta vía, atendiendo a razones de carácter técnico, así como modificar la cuantía del Presupuesto anual y la naturaleza de las rentas a que se refiere el párrafo tercero del apartado 1 de este artículo”.

El último retoque afecta al apartado 6 del propio artículo 101. Y lo calificamos así, de simple retoque, porque únicamente se refiere a la actualización de la denominación del Ministro competente; como ya hemos repetido, hoy de Hacienda, antes de Economía y Hacienda. Dicho apartado 6 queda, pues, redactado como sigue: “6. La declaración e ingreso del pago a cuenta a que se refiere el apartado 3.º del artículo 71.2.d) de este Reglamento se efectuará en la forma, lugar y plazo que determine el Ministro de Hacienda”.

Y ponemos así punto final a este simple repaso de la última reforma conocida afectante a la normativa del IRPF, no sin dejar de preguntarnos por qué razón se habilita últimamente en las leyes a los Ministros en vez de a los Ministerios (¿alguien se imagina al Ministro redactando personalmente los modelos de declaraciones de ingresos a cuenta, por ejemplo, y por citar alguno de los miles existentes?) y por qué se tarda tanto tiempo –no se olvide que en el preámbulo se parte de la Ley 6/2000, de 13 de diciembre– en adaptar los reglamentos a las leyes vigentes.

**SUSTITUCIÓN VULGAR
DE UN COLEGITIMARIO POR SUS HIJOS,
QUE REPUDIA LA HERENCIA
(Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002)**

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

Notario

Resolución de 11 de octubre de 2002 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, D. S. M. V. y D.^a M. A. P., contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid n.º 2, D. M. A. H.-G. M., a inscribir una escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia.

HECHOS

I

El 3 de octubre de 2001, ante D. S. M. V., Notario de Madrid, D.^a M. A. P. otorgó escritura por la que acepta la herencia de su madre y se adjudica el único bien inventariado en la misma, la cual falleció el 14 de mayo de 1992, habiendo otorgado testamento abierto, el 8 de junio de 1990, ante el Notario de Madrid, D. J. L. M. G. En el citado testamento lega los tercios de libre disposición y de mejora, en pleno dominio, a su hija D.^a M. e instituye herederos universales a ésta y a su hermano D. J. (sus dos únicos hijos) sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes.

En escritura otorgada el 6 de julio de 1992, ante el Notario de Alicante, D. A. O. V., el hijo y heredero D. J. renunció pura y simplemente y gratuitamente a todos los derechos que le pudieran corresponder en la herencia de su madre.

II

Presentada la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia en el Registro de la Propiedad de Madrid n.º 2, fue calificada con la siguiente nota: “**Suspendida** la inscripción del presente documento porque, estando establecida la sustitución vulgar sin distinción de casos en el testamento del causante, la renuncia del heredero instituido Don J. B. P. hace que se consume aquélla, siendo necesaria la intervención en la partición de herencia de los sustitutos vulgares caso de haberlos, y, no habiéndolos, habrá de consignarse así. Todo ello, de acuerdo con el artículo 774 del Código Civil. No se toma anotación preventiva de suspensión, por no haberse solicitado. Contra la calificación expresada en esta nota, se puede interponer recurso gubernativo ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de cuatro meses. Madrid, 30 de Noviembre del año 2001. Firmado: M. A. H.-G. M.”.

III

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que este caso se trata más bien del análisis de las consecuencias de una renuncia hereditaria, según se trate de renuncia de la legítima o de la parte de libre disposición. Que en este sentido, el artículo 985 del Código Civil distingue ambos supuestos. Que al circunscribirse el caso concreto a la renuncia de la legítima es de aplicación el artículo citado, párrafo 2.º. Que la doctrina considera que la razón de que opere tal incrementación en el régimen legitimario del Código Civil radica en la especial naturaleza jurídica que la legítima tiene en el mismo, pues implica una reserva que tiene siempre carácter global, de forma que no puede disminuirse o desincrementarse aquel módulo o cuantía por la existencia de un legitimario renunciante, desheredado o declarado indigno, ya que ocurre como si este no existiera, quedando atribuida toda la legítima en globo o en bloque a los restantes legitimarios. Así resulta de los artículos 806, 808, 809 y 985 del Código Civil y, en general, en toda la regulación de la legítima por el mismo. Sigue diciendo la doctrina que el artículo 985 es incompleto, pues, sólo hace referencia al supuesto de repudiación pero acierta en cuanto establece que la porción legitimaria vacante la adquieren los colegitimarios por derecho propio, es decir, por obra de aumento necesario de su propia cuota legitimaria, de modo que la legítima global no queda en caso alguno disminuida. Que, por todo ello, en el caso que se analiza, la cláusula testamentaria de sustitución vulgar, sólo sería de aplicación a la legítima renunciada en el supuesto de que no existieran otros coherederos, como la forma de evitar la sucesión intestada. Que habiendo otra coheredera a ella corresponde toda la legítima.

IV

D.^a M. A. P. interpuso recurso gubernativo contra la referida calificación y alegó: Que se adhiere a los fundamentos de derecho señalados en el escrito del Notario D. S. M. V., interponiendo recurso gubernativo.

V

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que se mantiene la nota de calificación de fecha 30 de noviembre de 2001, porque se entiende que es manifiesta e indubitada la voluntad del testador en orden a que tengan parte en la herencia del causante los sustitutos vulgares nombrados, caso de haberlos, como se deriva de estar establecida dicha sustitución vulgar de manera inequívoca tanto de la cláusula primera del testamento (en que lega los tercios de mejora y libre disposición) como en la segunda, que contiene la institución de heredero con una sustitución vulgar sin expresión de casos comprensiva del supuesto de renuncia (cfr. artículo 774 del Código Civil). Si el testador hubiese querido otro resultado, hubiese previsto expresamente el acrecimiento, o no había establecido la sustitución. Que en este recurso, se trata de las consecuencias de una renuncia hereditaria en los términos del artículo 985-2.º del Código Civil. Que este precepto no puede ser aplicado aisladamente sino que hay que interpretarlo en el ámbito que le es propio, es decir, cuando el causante no haya querido un resultado diferente al previsto por la norma, mediante sustitución. Que nada habría habido que objetar a la solución dada por el Notario de no estar establecida la sustitución; ahora bien, existiendo ésta, aplicar el artículo 985-2.º es tanto como hurtar la voluntad del testador en contra de los principios básicos del derecho sucesorio. Que institucionalmente hay que incardinar el precepto en el marco del derecho de acrecer. Que según el Código Civil y la doctrina mayoritaria, tres son los supuestos para que se dé dicho derecho: 1.º Que dos o más sean llamados a una misma herencia sin especial designación de partes (artículo 982-1.º del Código Civil); 2.º Que alguno de los que debía recibir la herencia, no lo haga. Existencia de porción vacante (artículo 982-2.º del Código Civil); 3.º Que el testador no haya dispuesto nada contra el derecho de acrecer. Que cuando el causante dispone de la herencia por tercios, está señalando numéricamente la porción de cada uno en la herencia al margen del supuesto de excepción, y consiguiente interpretación estricta, del artículo 983-2.º del Código Civil. Que la interpretación literal de los artículos 982 y 983 del Código Civil, lleva a excluir el derecho de acrecer cuando se fijan alícuotas, numéricas. Pero aunque se seguía el criterio interpretativo más amplio de que las partes alícuotas iguales aunque sean numéricas no excluyen el derecho de acrecer, la institución en partes alícuotas desiguales, sí lo excluye. Que en resumen, entiende la doctrina que el derecho de acrecer se da no sólo cuando los herederos están instituidos sin especial designación de partes, sino también cuando están designados en partes numéricas iguales, excluyéndose cuando lo están en partes desiguales, cual es el caso examinado. Que la existencia de porción vacante no tiene duda, se genera por

la renuncia del heredero instituido. Que el tercer requisito, es manifiesta la voluntad contraria del testador al tan repetido derecho que se evidencia en la previsión testamentaria de la sustitución vulgar que, de otro modo, carecería de sentido con conculcación del principio de que la voluntad del causante es ley de sucesión (cfr. artículo 675 del Código Civil). El Código supedita el derecho de acrecer a la inexistencia de sustitución vulgar como se refiere el artículo 912, 3.º del Código Civil, con lo que se ve claramente que el Código antepone claramente la sustitución al acrecimiento y se justifica la regla de que “donde hay sustitución no se quiere el acrecimiento”. Que este es el criterio de la Resolución de 25 de septiembre de 1987, que aunque dictada en un caso de derecho foral catalán, sus conclusiones son perfectamente aplicables al derecho común.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos: artículos 774, 912, 981 y 1.058 del Código Civil.

1. En el supuesto del recurso concurren los siguientes elementos definidores: 1. Fallece el causante bajo testamento en el que después de legar a uno de sus hijos, M., los tercios libre y de mejora, “instituye herederos universales por partes iguales a sus dos hijos J. y M., sustituyéndoles vulgarmente por sus respectivos descendientes”. 2. Fallecido el testador, su hijo J. “renuncia pura y simple y gratuitamente, a todos los derechos que le puedan corresponder en la herencia de su madre...”. 3. Por la otra hija, doña M. se otorga escritura de “manifestación, aceptación y adjudicación de herencia”, en la que se adjudican los dos únicos bienes relictos.

2. El Registrador suspende la inscripción porque “estando establecida la sustitución vulgar sin distinción de casos en el testamento del causante, la renuncia del heredero instituido... hace que se consume aquella, siendo necesaria la intervención en la partición de herencia, de los sustitutos vulgares en caso de haberlos y no habiéndolos, habría de consignarse así”.

3. El defecto debe ser estimado. El artículo 774 del Código Civil es categórico al respecto: la sustitución vulgar simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premorencia como los de incapacidad y renuncia, de modo que la renuncia del hijo a su llamamiento hereditario, determina el juego de la sustitución a favor de sus descendientes, los cuales por imperativo del artículo 1.058 del Código Civil deberán intervenir en la partición de la herencia, y solamente en el caso en que no existan sustitutos vulgares, podrá entrar en juego el derecho de acrecer (cfr. artículos 981 y siguientes del Código Civil) y, subsidiariamente se procederá a la apertura de la sucesión intestada (cfr. artículo 912-3 del Código Civil).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

La lectura de esta resolución me asustó, porque abre las puertas de los Juzgados a los testamentos que autoricé, cuando a uno o varios hijos se les dejaba solamente la cuota correspondiente a la legítima corta, que los redactaba así: lega como legado de parte alícuota a sus hijos su legítima corta y los sustituye en los casos de premoriencia o incapacidad por sus descendientes, pero no los sustituía en caso de renuncia, porque los hijos del renunciante no eran legitimarios. El susto que llevé fue instantáneo y sustituido inmediatamente por la preocupación de evitar la propagación de las dudas que encierra la doctrina de la resolución, haciendo legitimarios, contra la ley, contra una ley imperativa, de Derecho necesario, a los hijos de un heredero legítimo, que repudia la herencia de su padre, designados sustitutos vulgares del repudiante.

El problema planteado en la resolución es: si los hijos de un legítimo hijo de un testador que lo instituye heredero en el tercio de legítima junto a la otra hija, que la acepta, están o no designados legitimarios en nuestro Código civil en el caso de repudiar su padre la herencia, pues, si no lo son, no pueden suceder en el tercio de legítima corta de la herencia de su abuelo, aunque éste los haya instituido herederos para ese evento por la vía de la sustitución vulgar, que sería nula en el supuesto de repudiación del sustituido, no en los otros dos casos, premoriencia o incapacidad. Si, por el contrario, son legitimarios del testador sus nietos en el caso de que su padre renuncie a la institución o legado donde se le paga la legítima, con las **cláusulas** de los testamentos que autorice, excluyendo de la sustitución vulgar en el supuesto de repudiación, se incurre en preterición.

Después de la publicación por JUAN VALLET DE GOYTISOLO de los *Apuntes de Derecho sucesorio*, iniciada en el fascículo de abril-junio de 1951 de la Revista *Anuario de Derecho Civil*, concluida en el del mismo trimestre de 1955, recogidos en una separata de la misma Revista este último año, que amplió en libros como las *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer* en 1974 y actualizó después de la reforma

de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, en la 2.^a edición de los *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XI, artículos 806 a 857 del Código Civil (actualización que a nuestro caso concreto no afecta) y en múltiples artículos monográficos, se puede leer jurídicamente el Derecho sucesorio legitimario de nuestro Código civil como una disciplina articulada de nuestro Ordenamiento y no desarticulada (1) como dados tirados sobre el tapiz de una mesa (2). Enseñanzas que, en lo fundamental y en lo que respecta a este caso, hemos seguido nosotros en nuestro libro *La legítima en el Código Civil*, Oviedo, 1964, y en un artículo publicado en la *Revista de Derecho Notarial* de abril-junio de 1959 titulado “Designación «mortis causa», vocación hereditaria y adquisición automática”, pp. 75 a 139.

No vamos a escribir sobre las relaciones jurídicas de los legitimarios con la sustitución vulgar y los múltiples problemas que plantean, lo cual sería materia de un extenso artículo o monografía, sino que vamos a limitarnos al caso concreto debatido, lo que es propio de una sentencia, de una resolución, de un dictamen o de un comentario crítico, que es lo que intentamos escribir.

La sucesión forzosa no es un modo de adquirir en nuestro Derecho positivo común.— En nuestro Código civil, la sucesión *mortis causa* “se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley”, conforme al artículo 658 (3). La dualidad de la sucesión testamentaria y legítima o intestada, como únicos modos de

(1) Ejemplo de desarticulación fue el inciso del artículo 177 primitivo del C.c.: “... El adoptado tampoco lo adquiere (el derecho) a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero...” y es hoy el párrafo antepenúltimo del artículo 814 reformado por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y no por sus destellos de inspiración pecuaria.

(2) Estamos en una época avanzada de la codificación, como articulación sistemática y orgánica de las normas jurídicas de una rama del Derecho que traducen su realidad social, a cuya obra contribuyen más que los propios legisladores, los juristas que la prepararon y sobre todo los que la estudiaron, explicaron, interpretaron y aplicaron, aunque hoy la escasez de juristas, las importaciones, el progreso retrógrado, las leyes de acompañamiento, etc., etc., nos trasladan con frecuencia a una época vencida en los tiempos, la de las compilaciones, a la cual los comentaristas también transmitieron vida jurídica traduciendo la realidad social.

(3) La sucesión contractual es contraria al sentido jurídico de nuestro Derecho común, como refleja el artículo 1.271, párrafo 2.º, los conflictos que planteó el artículo 177 del primitivo C.c. y el párrafo último del artículo 180 de la Ley de 24 de abril de 1958 y la falta de vida de los artículos 826 y 1.341, párrafo 2.º, relativos a contratos sucesorios estipulados en capítulos matrimoniales como concesiones al Derecho foral.

adquirir por vía de sucesión, está contemplada en este artículo y la concurrencia de ambos modos de adquirir una misma herencia lo está en los artículos 764-2.º y 912-1.º.

La sucesión forzosa de los legitimarios no es en nuestro Código civil un tercer modo sucesorio de adquirir, que haya de agregarse a la sucesión testamentaria e intestada, pues el artículo 609 desconoce que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por un tercer género sucesorio distinto de la sucesión testada e intestada, que son los dos únicos modos de adquirirlos por vía sucesoria que regula. Así lo confirman los artículos 659 y 662, que desarrollan el 658 y extienden la herencia que se defiere por la sucesión testada e intestada a todos los derechos, o sea, a los derivados de obligaciones, a los de crédito; lo que corrobora el artículo 1.257, que proclama la relatividad del contrato, la eficacia del mismo limitada a los contratantes, “a las partes que los otorgan y sus herederos”, quienes los adquieren de su causante por sucesión testada o intestada, no forzosa o legítima.

Nuestro Derecho común vigente sigue en materia sucesoria respecto de las legítimas el sistema de freno, el cual no regula como un modo de adquirir por herencia las legítimas, sino que las asegura a los legitimarios imponiendo a las facultades dispositivas del causante una pluralidad de limitaciones legales y relativas a fin de que los parientes íntimos del mismo (4) y su cónyuge puedan recibir del patrimonio o de la herencia de aquél una determinada cuota o un usufructo respectivamente, bien por donación o disposición testamentaria del causante, bien por sucesión intestada abierta en defecto de testamento o por sus disposiciones nulas o inoficiosas, pero no las atribuye por una tercera vía sucesoria. Correlativamente, la posición jurídica del legitimario es la del sujeto de una relación jurídica cuyas normas le atribuyen las facultades necesarias para impedir que el causante ejercite, sin consideración a sus deberes con sus íntimos parientes, los poderes dispositivos *inter vivos* y *mortis causa* sobre los bienes que integran su patrimonio o herencia destinados a ellos en concepto de legítima; tales son la de pedir la nulidad de los negocios jurídicos simulados, la anulación total o parcial de la institución de heredero y de los legados (arts. 814-1.º y 2.º, y 851), la reducción de donaciones y legados inoficiosos y también de instituciones, etc. En los supuestos en que el causante disponga de sus bienes por actos *inter vivos* o *mortis causa* en perjuicio de sus legitimarios, éstos están legitimados para anu-

(4) Hoy, después de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, una parte de ellos determinada más con criterios pecuarios que humanos y otra equiparando la ficción a la realidad, la artificialidad a la naturaleza, atropellando la relatividad del contrato.

lar o reducir las disposiciones que contravengan las prohibiciones o limitaciones de esas facultades y los derechos objeto de los actos anulados o rescindidos por inoficiosos, al ser invalidados, reciben el mismo tratamiento jurídico y pasan a integrar la parte de la herencia, como si el causante no hubiese dispuesto por donación ni por testamento, que se asignará a los perjudicados abriendo la sucesión intestada en cuanto a ella, conforme a los artículos 912 y 913, cumpliendo los artículos 814 y concordantes del Código civil.

Nombramiento de los legitimarios.— El nombramiento de los legitimarios se hace mediante una designación forzosa, es decir, legal e imperativa o derecho necesario, a favor de los parientes más íntimos del causante, que se identifican con sus descendientes y ascendientes, y con su cónyuge, nombramiento que surte efectos en el instante de la muerte del causante y que se ha regido y se rige por las normas de la sucesión intestada en nuestro Derecho histórico y actual y, aunque no hay un artículo disponiendo una remisión a las mismas, una exigencia ineludible impone la práctica constante y aceptada unánimemente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de esa remisión de normas, porque los artículos que rigen la sucesión intestada, una vez abierta total o parcialmente han de coincidir siempre heredero intestado y legitimario, han de ser necesariamente las mismas personas las de los herederos *ab intestato* a quienes se defiere la herencia y las de los legitimarios en las herencias donde los hay. Esto unido al hecho de que la cuantía de las cuotas de aquéllos siempre cubre la legítima de éstos, aunque respecto al cónyuge es igual, si concurre con otros legitimarios y también al hecho de que si alguno de éstos es incapaz de heredar o está justamente desheredado perdiendo su cualidad de legitimario, conforme a los artículos 761 y 857, aunque lo son sus hijos o descendientes, designados legitimarios en estos dos artículos, quienes, como representantes del incapaz o del desheredado en la sucesión *ab intestato*, también son herederos intestados, en virtud del artículo 929, que dispone que no puede representarse en esta sucesión “a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad”. Pues bien, *que la designación forzosa de las personas de los legitimarios tenga que coincidir y, además, inexcusablemente, imperativamente, con las de los herederos ab intestato, es una consecuencia necesaria de no constituir la sucesión forzosa un tercer género sucesorio distinto de la sucesión testada o intestada, porque el legitimario o los legitimarios son los que están legitimados para ejercitar las acciones de nulidad total o parcial de la institución y la reducción de ésta, de los legados y de las donaciones inoficiosas, cuyos bienes integrarán la sucesión intestada, que habrá que abrir, conforme al artículo 912 y en la partición o en la particional adicional adjudi-*

carlos a los perjudicados para que reciban su legítima. Si el legitimario perjudicado no fuese heredero intestado, no podría adquirir los bienes que pasaron a integrar la herencia intestada a causa del ejercicio de las acciones que le perjudicaron y esto sería absurdo y para evitar este absurdo, esta contradicción, es indispensable que la misma o las mismas personas que sean legitimarios se les defiera la herencia como herederos ab intestato. Si el legitimario no fuese a la vez e inexcusablemente heredero intestado, los bienes que a causa de la preterición (5), desheredación o de la inoficiosidad de disposiciones inter vivos o mortis causa del difunto provocadas por el legitimario perjudicado, integrarán total o parcialmente la sucesión intestada de éste y a título de sucesor intestado recibirá su legítima, que si no lo fuese, no estaría legitimado para ejercitar las acciones de nulidad y reducción por falta de interés, ya que esos bienes los recibiría otra persona que sería el heredero intestado, lo que es un absurdo que pulverizaría la naturaleza científica de esta parte del Derecho sucesorio.

El Código civil determina directa y globalmente los legitimarios en el artículo 807 y fija las legítimas en los artículos 808, 809, 834, 837 y 838 e individualiza en cada caso concreto los ascendientes, cuando son legitimarios, en el artículo 810, que coinciden, en los artículos 935 a 941 que regulan el orden de suceder en la sucesión intestada, con las mismas personas que los herederos intestados en la línea recta ascendente.

Los legitimarios en la línea recta descendente, que es la que nos interesa, excepto los artículos 761 y 857 relativos a dos casos concretos, uno de incapacidad del legitimario y otro de desheredación de personas que serían legitimarios de no haber sido incapaces o desheredados justamente, ni el artículo 808 ni ningún otro individualiza quiénes son descendientes designados forzosamente como legitimarios en el momento de abrirse la sucesión. Este artículo determina los posibles legitimarios, que son todos los descendientes, pero no individualiza quiénes son los legitimarios de un concreto causante en el momento de abrirse la sucesión y la individualización ha de realizarse por los mismos artículos por los que se defiere la sucesión intestada o se deferiría, si no hubiese habido testamento, en caso de existir éste, con los cuales se determinan los herederos *ab intestato*, los que se concretarían en la *declaración de herederos*, como hemos, sin fisuras, fundamentado anteriormente.

La designación legal y forzosa de los legitimarios se hace por los ar-

(5) No voy a ocuparme en este comentario del borrón jurídico que, por insensibilidad científica, cayó sobre el párrafo antepenúltimo del artículo 814 reformado por la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, al eliminar la preterición de los descendientes de otro descendiente que no hubiese sido preterido por ley encarnada en un **derecho de representación a la herencia testamentaria de su ascendiente**.

títulos relativos a los herederos a quienes se les defiere la herencia del causante en la línea recta descendente, 930 a 934.

“La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente” (art. 930) y como “en las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar” (art. 921) los hijos del difunto excluyen a los nietos y biznietos del causante, porque son de grado más remoto (art. 932). Resulta que su hijo don J. es heredero intestado y el legitimario de la causante doña M.

Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación (art. 934), en rigor todos heredan por su propio derecho, lo que el artículo dispone es que los hijos están designados directamente y heredarán por cabezas y los nietos indirectamente y lo harán por estirpes. Por tanto, en nuestro caso, los hijos de don J. no son legitimarios no solo porque el artículo solo defiere la herencia a los descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, que no es el caso de los de don J., sino también porque no se puede representar a una persona viva, como es don J., fuera de los casos de desheredación o incapacidad (art. 929) y porque si hubiere varios parientes del mismo grado y alguno no quisiere suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, es decir, que excluye a don J. de la herencia sin nombrar otro heredero intestado, resolviendo el artículo 922 con el acrecimiento, sin llamar a los hijos del repudiante. La causante no puede crear ni eliminar legitimarios, salvo en los casos de desheredación.

La causante doña M. A. P. ha cumplido con sus deberes para con sus dos legitimarios y si su hijo don J. repudió la institución de heredero que su madre le hacía en el tercio de legítima junto con su hermana doña M., a quien había legado además los tercios de libre disposición y de mejora, al repudiar aquél la herencia en la que se le instituía heredero asignándole su legítima, renunciaba también a su cualidad de legitimario y su cuota en la herencia acrecía a la otra coheredera, convertida ya en única legitimaria por la repudiación debiendo recibir de la causante el tercio de legítima corta.

El artículo 985-2, que es uno de los seis artículos que regulan el acrecimiento en la sucesión testamentaria, que parece excluir el acrecimiento respecto de la legítima, que la declara intangible respecto de los demás colegitimarios que no han repudiado cuando se instituye heredero en la misma a dos o más colegitimarios, en rigor, lo que excluye es el acrecimiento de un coheredero no legitimario en la cuota colectiva legitimaria, es decir, que por la vía de acrecimiento pueda adquirir un extraño el tercio de legítima corta o parte de él; sin embargo, este no es nuestro su-

puesto de hecho, porque estamos ante dos colegitimarios, uno que repudia su institución de heredero, en la que se le asigna su legítima y, por consiguiente renuncia simultáneamente a la institución y a su cualidad de legitimario y otra colegitimaria, a quien corresponde íntegramente el tercio de legítima corta de esta herencia por derecho propio al renunciar su hermano y a quien por no ser una extraña, sino la otra colegitimaria, acreció la institución de heredero repudiada por su hermano don J., recibiendo así la total legítima, que antes de la repudiación era la mitad.

El párrafo 2 del artículo 985 no figuraba en el anteproyecto del Código civil de 1882-1888, es una improvisación de algún miembro de la Comisión hecha al amparo de la RO de 30 de junio de 1888 e inspirada quizá en el artículo 2.300 del Proyecto de 15 de septiembre de 1836: "La porción legítima que quede vacante acrecerá a la de los demás que según la ley tienen derecho a percibir una cuota hereditaria; pero si no hubiere ninguno de éstos, se dividirá entre los herederos testamentarios".

Lo que se pretende con aquel artículo, aunque deducirlo de una interpretación gramatical o literaria sea difícil, es impedir que por vía de acrecimiento de una institución de heredero a dos o más colegitimarios y a uno o más extraños adquieran éstos la cuota repudiada por uno de aquéllos, porque necesariamente ha de integrar la legítima corta o larga y ésta no pueden adquirirla los extraños; v. g. el testador instituye herederos a sus dos únicos hijos y a su hijastra y uno de aquellos repudia la herencia, el 985-2 excluye el acrecimiento, porque si no lo excluyera la hijastra heredaría una parte de la cuota legitimaria. Ahora bien, en el caso de que los instituidos en el tercio de legítima sean solo los dos únicos legitimarios, no hay fundamento para excluirlo, ya que por acrecimiento adquiere la aceptante la cuota del repudiante en la herencia y completa el importe de su legítima.

Por la misma razón, es nula la sustitución vulgar en caso de repudiación a favor de los hijos de don J., si los tiene, pues no son legitimarios, porque no son herederos intestados de su abuela, y la sustitución vulgar testamentaria que ésta hace a favor de aquéllos en el testamento sería válida en cuanto a los supuestos de premoriencia y de incapacidad, pero no de repudiación (6), porque no se puede heredar *ab intestato* y por derecho de representación de una persona viva y repudiante de la herencia, por prohibirlo el artículo 929 e impedir la sustitución con el acrecimiento el 985-2 en la cuota legitimaria a favor de quien no sea legitimario por la misma razón.

(6) Insisto, estoy planteando el caso de la resolución.

En síntesis, el sistema sucesorio de nuestro Código civil solo admite dos géneros o modos de sucesión por causa de muerte, la sucesión voluntaria y la legal o intestada. Los legitimarios no adquieren como tales, sino como herederos testamentarios o intestados, legatarios o donatarios, ejercitando las facultades que integran la legítima si el causante no cumple con los deberes legitimarios hacia sus parientes más íntimos y recibiendo como herederos intestados su legítima o su complemento.

“La finca y sus modificaciones (Estudio Jurisprudencial)”, CORRAL DUEÑAS, Francisco. Editorial Lex Nova, SA, Valladolid, 1.ª edición, junio 2002, 378 páginas.

Una vez efectuada la recensión que subsigue y antes de su publicación, nos ha llegado la triste noticia del fallecimiento del autor de este libro, D. Francisco Corral Dueñas. Desde estas páginas queremos dejar constancia expresa del sentimiento por la pérdida de un hombre bueno, puente afable y amable entre notarios y registradores, que creemos estará –como era él– entre los justos.

I. El autor

Un especialista en temas agrarios conocerá perfectamente la vida y la obra del aparentemente modesto –aunque más bien relevante y omnicomprensivo– jurista que es FRANCISCO CORRAL DUEÑAS. Aquí el que suscribe no puede menos que recordar la impecable trayectoria profesional y humana del compañero de tantas tareas y efemérides, del amigo impagable –siempre atento a la corrección y dirección de la prestigiosa *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de la que es el *alma mater* y ejecutor diligente–, y del padre ejemplar y modelo para todos.

En este lugar, por obvias razones de una mera dación de noticias de actualidad en nuestra REVISTA, no podemos dejar de atender esta aparición de una nueva aportación de F. CORRAL DUEÑAS, esta vez vinculada estrechamente al ámbito registral, siempre tan próximo al notarial.

II. La obra

Resultaría dificultoso dar una visión completa de la obra, dado el completísimo tratamiento jurisprudencial de cada uno de los aspectos del tema fundiario en su proyección registral. Como autor que me he prodigado en ciertas visiones jurisprudenciales de temas concretos de nuestro derecho privado, soy perfectamente consciente

del riesgo de casuismo implícito en tales aproximaciones y de la enorme dificultad de quien se enfrente posteriormente a la tarea de dar una visión resumida de una obra tal.

En esta aportación, espléndida de elaboración y ejecución, F. CORRAL DUEÑAS presenta el tema partiendo de unas consideraciones introductorias y lo divide en cinco partes, concluyendo con un apéndice o índice cronológico de decisiones jurisprudenciales. Resumo su contenido como sigue.

- En la Parte Primera estudia *la finca*, bajo sus diferentes aspectos, analiza las diferentes clases de fincas (rústicas y urbanas, continuas y discontinuas, matriz y dependientes –propiedad horizontal, urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios, aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles y plazas de aparcamiento–) y las fincas especiales (el agua, las concesiones administrativas, las explotaciones industriales, la medianería horizontal o “engalaberno” (*) y el aprovechamiento urbanístico).

- La Parte Segunda la dedica a *la registración de las modificaciones fundiarias*: agrupación y agrupación de fincas, división y segregación. Dentro de cada punto examina los requisitos generales del supuesto y, específicamente, los casos concretos merecedores de atención. Así, en el supuesto de agrupación, los puntos de: necesidad de que estén inscritas las fincas a agrupar, imposibilidad de agrupar fincas completas con porciones indivisas de otras, agrupación de dos solares contiguos sobre los que existe un solo edificio, agrupación de varias fincas urbanas subterráneas que –aunque distintas– constituyen un solo garaje, unidad subterránea susceptible de aprovechamiento autónomo y formada por la agrupación de diversas porciones de subsuelo segregados de otras fincas.

- La Parte Tercera está dedicada a *la declaración de obra nueva*, examinando los supuestos de: identificación de la finca mejorada, gravámenes sobre obras nuevas no inscritas, obra nueva sobre solar proindiviso, atribución de carácter ganancial a una edificación hecha sobre solar privativo, agotamiento del volumen edificable y cesión de solar a cambio de futuras construcciones.

- En la Parte Cuarta se analiza el tema de los *Excesos de cabida*, en íntima relación con la legislación del Catastro.

- La Parte Quinta ofrece un *Resumen Crítico*, en el que F. CORRAL DUEÑAS se pregunta previamente si de lo que se trata es de modificaciones de hecho o más bien modificaciones de derechos, para continuar su reflexión acerca de la construcción como derecho y sobre la normativa actual en orden a la fragmentación de fincas.

III. Mi visión personal de la obra (más allá de lo estrictamente “notarial”)

Si se tomare como visión prevalente la estrictamente “notarial” o “notarialista”, habría que ir a un re-planteamiento total de la obra comentada, con inclusión de formularios de actos inscribibles (sentencias, escrituras, etc.) y añadidos de inevitables referencias a tratamientos doctrinales. Dado que todo ello desbordaría, en mi opinión, la idea y la concepción de F. CORRAL DUEÑAS, parece lógico restringir este breve comentario a si la obra aquí analizada se corresponde con la intención evidente del autor.

(*) Curioso supuesto fáctico, del que pueden hoy en día incluso verse ejemplos en las Islas Pitiusas (Ibiza y Formentera).

Intención demostrada por él a lo largo de las casi cuatrocientas páginas, para delimitar —quizá demasiado modestamente— *el perfil registral* del tema. Con lo que, a mi modo de ver, todo queda —según el argot forense usual— “visto para sentencia”. Nada más que decir, por tanto, *registralmente* hablando.

Tomo como dato sorprendente la escasez de litigios que han llegado a nuestro Tribunal Supremo en todas estas cuestiones fundiarias analizadas por F. CORRAL DUEÑAS. Con la habitual profundidad investigadora de F. CORRAL, tan sólo ha encontrado un escaso número de sentencias del TS: en el tema de fincas 9, en agrupación 1, en segregaciones 9 y en obras nuevas 5. En conjunto, un bloque tremendamente revelador y significativo.

Básicamente centrada toda la obra en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, su reflejo en cada uno de los puntos tratados responde a la particular materia objeto del debate derivado de la calificación registral.

A la visión crítica de F. CORRAL en orden a que “estas *modificaciones fundiarias*, aunque modificaciones de hecho, tienen indudables consecuencias jurídicas”, nada cabe objetar y parece evidente que tales modificaciones recaen en definitiva sobre derechos concretos y producen efectos jurídicos.

Resulta obvia, por otra parte, la importancia del Registro de la Propiedad como medio técnico jurídico que desenvuelve el principio de legalidad y asegura con su efecto de publicidad la función social de la propiedad. En tal sentido, es patente el interés de este volumen de F. CORRAL DUEÑAS: *imprescindible este actualísimo “prontuario” registral para su consulta por todo jurista práctico.*

A la hora de dar una perspectiva final muy personal, quien esto suscribe no puede sino asombrarse de la capacidad de trabajo, esfuerzo, síntesis y servicio a la sociedad que nos ofrece el ejemplo del compañero F. CORRAL DUEÑAS. ¡Y por muchos años!

José Cerdá Gimeno
Notario

“Comercio y firma electrónicos (análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información)”, GARCÍA MÁS, Francisco Javier, editorial Lex Nova, 2001, 580 páginas.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS es notario, letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, miembro de la delegación española por el Ministerio de Justicia en la redacción de la Directiva de Comercio Electrónico, miembro, asimismo, por el Ministerio de Justicia, del Comité de Redacción para la elaboración del Real Decreto Ley español de firma electrónica, presidente del grupo de trabajo “Acto auténtico electrónico” en la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea (CNUE)... y más cargos que desisto de enumerar, puesto que con los reseñados queda patente que pocos juristas como él están tan cualificados para publicar un trabajo sobre el comercio y la firma electrónicos.

Es este un trabajo jurídico, no de divulgación sobre la tecnología que hace posible la firma electrónica y otros mecanismos de seguridad y transmisión telemática. Como dice ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS en el análisis de la obra que figura al inicio del volumen: “*García Más, su autor, es jurista; este libro, por tanto, es un libro de Derecho*”. Especialmente, es un trabajo de exposición y análisis de normas jurídicas de España y de la Unión Europea: la Directiva de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, la Directiva del Parlamento Europeo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información y otras normas son analizadas y desmenuzadas casi artículo por artículo.

Nadie duda de que la materia informática es complicada de asimilar para un jurista, y que términos como firma electrónica, prestador de servicios de certificación, infraestructura de claves, certificados electrónicos, se encuentran muy alejados de lo que ha constituido tradicionalmente el campo de actuación del experto en Derecho. El trabajo de GARCÍA MÁS requiere, para su adecuada comprensión, un conocimiento y manejo previo de los conceptos básicos tecnológicos. Ciertamente que al principio del mismo se dedica un breve apartado a las definiciones de términos tecnológicos, pero es más bien como orientación en cuanto al sentido de los mismos, que como enseñanza para los completos legos en estos asuntos.

Existen tres partes diferenciadas o tres temas principales: el estudio de la normativa sobre la firma electrónica, otro sobre el comercio electrónico, y el tercero se compone de una serie de reflexiones y comentarios sobre qué puede aportar y cuál ha de ser el sitio del notario en este nuevo mundo de comunicación y comercio a través de la Red.

No obstante, y como el propio autor reconoce en la presentación que él mismo hace de la obra, ésta tiene finalidades varias, y una de ellas es mostrar, siquiera brevemente, otros aspectos relacionados con el núcleo del trabajo. Así, en breves trazos se ocupa de diversos aspectos que componen el paisaje normativo en el que los personajes principales son los tres indicados al principio.

El primer gran asunto objeto de su interés es el de la firma electrónica, más concretamente el de la comparación (casi exhaustiva) entre la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, y el Real Decreto Ley 14/1999, que, por el momento, regula en España este mismo tema, ofreciendo asimismo unos comentarios sobre las legislaciones alemana e italiana. En todo caso se trata siempre de analizar las normas y sus efectos jurídicos; ya se ha comentado que se trata de un trabajo sobre Derecho y no acerca de tecnología.

La firma electrónica no es solamente un mecanismo tecnológico capaz de asegurar en cierta medida y con matizaciones la identidad del firmante (aunque no de manera absoluta, como señala RAFAEL BONARDELL, citado por GARCÍA MÁS, pp. 62-63), sino que es una de las bases indispensables para que el edificio llamado comercio electrónico no se derrumbe por falta de sólidos cimientos. Así, nos dice en la página 30 que: *"No cabe la menor duda de que la Directiva sobre firma electrónica está en íntima relación con la Directiva sobre el comercio electrónico, ya que para desarrollar éste es indudable que debe existir un soporte técnico y jurídico como es el de la firma electrónica, ya que la única manera de que el comercio electrónico pueda desarrollarse es consiguiendo que todos los que en él participan tengan confianza en el mismo, y eso sólo se puede conseguir si existe un soporte articulado y unos mecanismos de seguridad y fiabilidad mínimamente imprescindibles para conseguirlo. Estos mecanismos deben articularse a través de la firma electrónica"*.

Un aspecto interesante es el de la neutralidad tecnológica de las normas que regulan la firma electrónica. Es sabido que en la actualidad el sistema utilizado para producir firma electrónica se basa en elementos como un par de claves asimétricas de codificación-descodificación, la emisión de certificados electrónicos, y la existencia de prestadores de servicios de certificación, que son los que expiden precisamente esos certificados. No obstante, en el futuro más o menos cercano, la evolución tecnológica puede habernos proporcionado formas de identificar a las personas y de intercambiar mensajes con seguridad ahora mismo inexistentes e incluso inimaginadas. Por ello, la legislación ha de ser neutral, en el sentido de no excluir ninguna tecnología. GARCÍA MÁS lo explica así (p. 60): *"Hay que tener en cuenta que la Directiva de firma electrónica no podía, ni en nuestra opinión debía, decantarse por ningún medio o tecnología específica, entre otras consideraciones, porque los cambios que se producen en este campo van a una velocidad vertiginosa, e incluso en la propia negociación de la Directiva este fue uno de los argumentos en algún punto conflictivo entre las Delegaciones, pero en todo caso estando claro que no podía haber una decantación tecnológica, sino crear un espacio o marco jurídico general, sobre el cual debía operar la firma electrónica"*.

El segundo tema es el del comercio electrónico, muy vinculado al primero, como se ha visto. Se trata de un análisis minucioso de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información y en particular el comercio electrónico.

Y el tercer gran apartado es el de cuál es, o puede ser en el futuro, la función notarial en el comercio electrónico. Es un asunto vital para nuestra profesión. Pero la "batalla" no consiste solamente en conseguir que en las normas jurídicas se reserve un cierto papel a los notarios, sino que tiene más profundidad: el notariado pertenece al llamado sistema jurídico latino, en realidad es una de sus piezas básicas. En él conceptos como documento público o seguridad jurídica preventiva son algo aceptado y comprendido. Frente a él se alza el sistema jurídico anglosajón, que no tiene a la seguridad jurídica como uno de sus cánones esenciales, sino que se asienta en la llamada seguridad económica, y desconoce el concepto de documento público, y por ende, la institución del notariado. Y este sistema es el que está apoyado por la mayor potencia económica y política: Estados Unidos.

Por tanto, la tarea fundamental del notariado en la nueva sociedad tecnificada es la defensa del sistema jurídico latino frente al anglosajón, de una manera específica de entender el Derecho. Y esto FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS lo expone muy claramente (p. 130): *"Debemos ser conscientes del reto que nos plantea al notariado la sociedad continuamente, pero también es obligación nuestra la de asumirlo y propagar cuál es nuestra función, que ésta sigue existiendo, y coexistirá con los nuevos fenómenos tecnológicos. Es preciso que el notariado romano latino continental, en el que está inmerso con carácter protagonista el notariado español, siga teniendo sus características esenciales, es decir, la de la autoría y redacción del documento, la del control de legalidad del mismo, y no como el notariado, mal llamado notariado anglosajón, que se decanta por una simple actividad de mero legitimador de firmas. No olvidemos que el reto del notariado latino, y en nuestro caso del notariado español, es el de hacer valer nuestra condición de auténticos fedatarios públicos, que ejercemos una función delegada de la soberanía del Estado (...) creo en la bondad del sistema notarial español, y en general, del sistema latino, sistema que puede ser exportable a otros países que aún no lo tienen (...) sistema que ha funcionado y que funciona aceptablemente, que como se ha comprobado y hay cifras suficientes, es mucho menos costoso que el sistema anglosajón y que tenemos, en mi opinión, una oportunidad histórica de poder afianzarlo, desarrollarlo y mejorarlo, quitándonos de todo tipo de complejos y ataduras y llamando a las cosas por su nombre"*.

Aparte de esta declaración general de principios, se efectúan una serie de propuestas en relación con la aplicación de las nuevas tecnologías en el quehacer diario de los despachos notariales, en especial el de la firma electrónica: remisión de documentos notariales por vía electrónica, contratación a distancia, presentación telemática en registros, autorización de documentos electrónicos, etc. Cuando se estaban haciendo las pruebas finales del libro, se promulga la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la que, como es sabido, se dedica una sección entera (la octava) a regular, entre otras cosas, la firma electrónica avanzada notarial. Dicha norma, que por cierto incorpora muchas de las proposiciones que hace el autor, es analizada en sus grandes rasgos por su indudable importancia.

Tras estos temas mayores, se ofrecen pinceladas de otros asuntos. Las inicia con unos comentarios sobre el anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (hoy ya es Ley vigente, concretamente la 34/2002, de servicios de la Sociedad de la Información y comercio electrónico). En especial recomendando los que hace respecto de los llamados “terceros de confianza” o “Trusted Third Parties” y su relación con el notariado, en las páginas 177-179. Otros versan sobre la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y las llamadas Leyes Modelo, diversas Comunicaciones de la Comisión Europea. Finaliza con dos breves apuntes sobre los medios de pago electrónico y la fiscalidad en relación con el comercio electrónico.

El volumen se cierra con un utilísimo y completo anexo de más de doscientas páginas que recoge las normas jurídicas más importantes que tienen relación con el comercio y la firma electrónicos, desde Directivas a órdenes ministeriales, y que también se ofrecen en un cd-rom adjunto.

Fernando Gomá Lanzón
Notario

“Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia”, RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. Ed. Netbiblo, A Coruña, 2001, 232 páginas.

El volumen de cuya reseña me ocupo aborda monográficamente el problema del régimen jurídico que poseen dos instituciones trascendentales para el agro gallego: la servidumbre de paso y la serventía. En realidad, se trata de la recopilación de una serie de trabajos que en los años anteriores ha venido publicando el autor en diversos foros, y que constituyen el fruto de una intensa labor investigadora en progresión, vinculada al estudio no sólo de las instituciones señaladas, sino en general a todo el Derecho civil gallego. Este hecho provoca que, a pesar de que el libro posee el carácter recopilatorio mencionado, al lector le dé la sensación de estar inmerso en una auténtica obra monográfica en la que se desarrolla y propone una particular visión de las figuras estudiadas y del sistema jurídico-civil gallego.

Cada uno de los trabajos que componen la obra ha sido transformado en un capítulo del volumen, y se ocupa de un problema distinto de entre los muchos que afectan a servidumbres y serventías. Sin embargo, ello no resta coherencia interna a la misma, lo que deja traslucir la labor de progresiva profundización llevada a cabo por el autor. Así, en el primero de los capítulos del libro se exponen todos y cada uno de los problemas que plantea, con carácter general, la regulación de las instituciones referidas en el título, para a continuación desarrollar extensamente alguno de los más relevantes en los capítulos subsiguientes. El libro culmina con un capítulo final que plantea una interesante reflexión acerca de la forma en que se está desarrollando el Derecho civil propio de Galicia.

La preocupación del autor por la claridad expositiva hace que el libro sea de fácil y agradable lectura, lo que no es frecuente en la literatura jurídica. En ningún momento el lector tiene la sensación, como en otras monografías, de estar perdido en una confusión de razonamientos que parten de premisas no expresadas o apriorísticamente admitidas por el que firma el trabajo. Todos y cada uno de los argumentos y posiciones del prof. RODRÍGUEZ MONTERO, sean más o menos susceptibles de discusión, están claramente expuestos y desarrollados en el libro. Por otra parte, estamos ante la obra de un jurista que no gusta de ofrecer posiciones presentadas como dogmáticamente incontestables, sino que con argumentos prefiere conducir al

lector a una situación en la que pueda decidir por sí mismo cuál es la postura que se debe adoptar ante un problema concreto.

En cuanto al contenido doctrinal de cada uno de los capítulos, intentaré, en la medida en que lo permita esta breve reseña, hacer referencia a los problemas fundamentales que se analizan en ellos y a las soluciones aportadas por el autor. En este sentido, ya he manifestado que el primero de ellos constituye una suerte de análisis general de la regulación de servidumbres y serventías en la Ley 4/1995, de *Derecho Civil de Galicia* (LDCG). La forma elegida para la exposición es la del comentario de leyes. El autor, tras una introducción en la que expone cómo se ha efectuado la regulación de servidumbres y serventías en los distintos Derechos civiles especiales, aborda, artículo por artículo, las distintas opciones que en esta dirección ha seleccionado el legislador gallego. En esta exposición, además de los grandes problemas que posteriormente se analizarán con mayor profundidad, y que ya se dejan planteados, se estudian cuestiones que después no volverán a ser tratadas, convirtiendo a este primer capítulo en una especie de marco general en el que se exponen todas las dificultades que introduce la regulación vigente de servidumbres y serventías, y se proponen soluciones para las mismas. A estos efectos, el autor siempre informa al lector de cuáles han sido las adoptadas con anterioridad por otros legisladores autonómicos con el fin de extraer de ellos experiencias positivas que puedan servir para Galicia.

Dejando a un lado, por el momento, los problemas más importantes, que vuelven a ser estudiados en sucesivos capítulos de la obra, en esta primera sección del libro el autor expone su posición acerca de problemas como la regulación general de los modos de constitución de las servidumbres, explicando el significado que cabe atribuir en la Ley a expresiones como "*título*" o "*dedicación del dueño del predio sirviente*", identificando al primero con el negocio jurídico bilateral y a la segunda con la constitución por signo aparente contenida, en lo que se refiere al Derecho común, en el artículo 541 C.c. Igualmente, aborda el problema del contenido de la servidumbre, definiendo lo que, a su juicio, debe deducirse del artículo 26 de la LDCG. En este sentido, RODRÍGUEZ MONTERO estima que la-regla allí contenida –y que obliga a que la servidumbre se entienda constituida de manera que satisfaga la necesidad del fundo dominante, perjudicando lo menos posible al sirviente– debe interpretarse como un imperativo de ejercicio *civilter* de la servidumbre de paso, y no como una auténtica indicación acerca del contenido de la misma. También es destacable su interpretación del artículo 27, de acuerdo con la cual la modificación del contenido de la servidumbre sólo puede hacerse con los requisitos y condiciones del segundo párrafo del mismo (entre las que cabe resaltar la necesidad de indemnización). La referencia del último inciso del párrafo primero (relativa a la adecuación de la servidumbre a los nuevos medios de transporte cuando no se cause perjuicio apreciable) es, para el autor, una reiteración anticipada de la regla del número segundo, y por tanto, debiera ser suprimida. Por último, son asimismo dignas de mención las aclaraciones que se efectúan en el libro sobre lo que debe entenderse por inutilidad de la servidumbre a efectos de su extinción, y el sentido y límites de la facultad del titular del predio sirviente de suspender el ejercicio del derecho por pérdida de utilidad.

El capítulo siguiente, que comienza una serie de tres en los que se analizan en profundidad importantes resoluciones jurisdiccionales en la materia, versa sobre el contenido y la estructura de la institución de la serventía, a propósito de las decla-

raciones jurisprudenciales vertidas por el *Tribunal Superior de Xustiza de Galicia* (TSXG) en su sentencia de 24 de junio de 1997. En él, el autor apoya las posiciones del Tribunal, empleando para ello todo su acervo de conocimientos en Derecho romano. Así, el TSXG y el prof. RODRÍGUEZ MONTERO coinciden en su consideración de la serventía como una comunidad de bienes sin cuotas sobre un camino del que los titulares son los dueños de las fincas a las que se accede a través de él. En la obra se ponen en conexión la institución de la serventía con la romana vulgar de las *viae communes*, cuya utilidad y función era idéntica a la que posee la serventía en Galicia. Esto sirve para poner de manifiesto su diferencia esencial respecto de la servidumbre de paso, institución que pertenece a la categoría general de las *servitutes* construida por los juristas romanos clásicos, y que se adscribe, por consiguiente, a la naturaleza de derecho real *in re aliena*.

A continuación, en dos capítulos, se analiza el régimen jurídico de la usucapión de la servidumbre de paso en Galicia a la luz de las tres sentencias con las que el TSXG resolvió la difícil cuestión planteada por lo que el autor denomina “*inhibición legislativa*” del Parlamento gallego. La regulación de la prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso ha sido, en Galicia, una de las aspiraciones más profundamente sentidas por la doctrina, habida cuenta de la peculiar configuración minifundista del campo galaico. La LDCG asumió parcialmente esta petición regulando la institución en el artículo 25, mediante el establecimiento de una usucapión extraordinaria de veinte años. El autor destaca que, pese al tenor literal del precepto, son requisitos indispensables para esta usucapión todos los exigidos por el artículo 25 LDCG (posesión pública, pacífica e ininterrumpida), pero también el que en el Derecho común señala el artículo 1.941 C.c., esto es, la posesión a título de dueño. Fuera de lo indicado expresamente por el artículo, la Ley gallega –y de ahí que antes afirmase que se trata de una asunción parcial de las aspiraciones de los juristas gallegos– olvidó, o conscientemente no reguló, el problema de la aplicación transitoria de la institución que nos ocupa. Este es el asunto sobre el que, específicamente, versan las SSTSXG 15/98, 16/98 y 4/99 a las que se refieren los títulos de estos dos capítulos, y sobre el que principalmente razona el autor. La argumentación sostenida coincide esencialmente con la expuesta en la última de las sentencias mencionadas, no así con las dos primeras, en relación con las cuales se exponen en el trabajo ciertas discrepancias argumentativas. Con lo que sí está de acuerdo, en cualquier caso, es con la solución final al problema aportada por las tres: la irretroactividad de la posibilidad de usucapir las servidumbres de paso.

Para fundamentar su posición, el autor, sobre la base de los considerandos de las decisiones judiciales antedichas, realiza una excursión hermenéutica por los múltiples preceptos que deben emplearse para resolver la cuestión. Así, el artículo 25 en su último inciso no puede en ningún caso emplearse para fundar la retroactividad de lo en él dispuesto. La expresión utilizada relativa a que el plazo de la usucapión “*comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse*” sólo tiene como finalidad establecer el *dies a quo* del cómputo del plazo. La solución al problema debe buscarse en los principios que inspiran las disposiciones transitorias del C.c., en virtud de lo establecido en la DT 4.^a LDCG. Concretamente, en la DT 1.^a C.c. se prohíbe el reconocimiento de efectos a los hechos acaecidos bajo la legislación anterior susceptibles de originar derechos de acuerdo con la nueva, siempre que afecten a derechos adquiridos de igual origen. De aquí deduce el prof. RODRÍGUEZ MONTERO la irretroactividad, no por la probable afectación de un derecho

adquirido de igual origen (la propiedad libre de cargas sobre el predio sirviente), sino porque los actos constitutivos de posesión realizados bajo la vigencia del C.c. son nulos de pleno Derecho. Solamente en este último punto difiere su interpretación de la del TSXG en la sentencia 4/99, en la que el juzgador fundó la inaplicabilidad transitoria del artículo 25 en que con ella se afectaba al derecho adquirido de propiedad.

El quinto capítulo de la obra constituye una interesante reflexión de índole sociológico-jurídica acerca de la hipotética necesidad de regular la usucapión de las servidumbres en Galicia. En sus páginas se pone en tela de juicio la necesidad real de la ya mentada vieja aspiración de los juristas gallegos de regular la institución con carácter general. Sobre la base de estudios de carácter antropológico, sociológico y jurídico, el autor analiza en profundidad los orígenes y el desarrollo de esa pretendida necesidad de regular la usucapión de las servidumbres, llegando a conclusiones muy interesantes. En este sentido, de los trabajos analizados en el libro, parece desprenderse con claridad, en primer lugar, que las necesidades que dieron lugar a la reclamación fueron fundamentalmente las que se derivaban de los problemas que planteaba el paso a través de las distintas fincas que componían el *agro*, *agra* o *vilar*, peculiar reunión de minifundios gallega. El paso a través de las demás fincas por uno de sus titulares se regulaba mediante reglas que, en el libro, se califican dentro de la categoría de las relaciones de vecindad, y no de la de los derechos reales sobre cosa ajena. De cualquier modo, los problemas que surgían en materia de paso se solventaban mediante expedientes contenidos en el C.c., no pensados específicamente para ellos, como la servidumbre forzosa, y sobre todo la prescripción inmemorial, pero que servían más o menos adecuadamente a esta finalidad. Sólo cuando esta forma de juridificar como derechos reales lo que para el autor eran relaciones de vecindad se hizo más compleja, lo que sucedió básicamente a raíz de la cada vez más difícil prueba de la prescripción inmemorial, surgió la reclamación de una nueva forma de consolidar los derechos de paso sobre las fincas. La solución definitiva llegó en 1995, de mano del artículo 25 de la LDCG. Sin embargo, a juicio del autor, esta forma de solventar el problema no responde realmente a la peculiar configuración sociológica y económica de la propiedad de la tierra en Galicia, pues ni regula la usucapión de la servidumbre de paso en relación con las situaciones que la reclamaban, ni el derecho real de servidumbre se coherente con la concepción que del derecho de propiedad tienen los gallegos. Por último, como ya es sabido, ni siquiera se ocupa del problema de la retroactividad de la regulación. A este respecto, el autor analiza una serie de propuestas doctrinales cuyo objetivo es atenuar hasta el año 2015 el problema introducido por el legislador; pero mantiene que, en el fondo, la forma de solventar el problema del minifundismo en Galicia no es la usucapión de la servidumbre de paso, sino la realización de un esfuerzo serio y en profundidad de concentración parcelaria.

El último de los capítulos de la monografía constituye, trayendo a colación algunos de los problemas analizados con anterioridad, una reflexión sobre el modo en que se está desarrollando el Derecho civil de Galicia y el papel de la jurisprudencia en este desarrollo. El prof. RODRÍGUEZ MONTERO, sin duda influido por su amplia formación en la tradición romanista, pone en conexión el papel de la jurisprudencia gallega actual con el que ésta desempeñó en la concepción de la misma nacida del *ius commune*, y muestra como ejemplo de ello precisamente su rol en la resolución de los problemas que plantea la LDCG en materia de servidumbres y serventías.

En definitiva, como se puede fácilmente deducir del breve extracto realizado en los párrafos anteriores, tanto por la amplitud de los problemas analizados como por la originalidad de muchas de las posiciones mantenidas y su solidez argumental, nos encontramos ante una obra de consulta inexcusable para cualquiera que desee profundizar en el estudio, no sólo de la servidumbre de paso y la serventía en Galicia, sino en general en el Derecho civil gallego.

Fernando Peña López
Profesor Titular de E.U. de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (1)

1. Conviene precisar *ab initio* el valor efectivo que posee *per se* esta Parte General del Código europeo de contratos, también conocido como *Proyecto de Pavía* (por tener en esta bella ciudad su sede la Academia de Jusprivatistas Europeos que lo ha patrocinado y gestado), y también *Proyecto Gandolfi* (por alusión al nombre de su impulsor y coordinador, verdadero *factotum* de esta ambiciosa e ilusionante empresa), y cuya traducción al español ofrecemos a continuación. Ante todo conviene aclarar que ni el Proyecto Gandolfi, ni su paralelo el *Proyecto Lando*, disfrutaban, por ahora, de ningún carácter oficial, perteneciendo más bien a lo que durante el siglo XIX se designó en Alemania como manifestación del *Professorenrecht*. Es verdad que ambos proyectos, en alguna manera, han sido “oficializados” por los organismos europeos (2), ya sea por haberlos, en cierto modo, “autorizado” a lo largo de su elaboración, o bien por haber sido “presentados” ante aquéllos, aunque carecen de cualquier mínima fuerza de obligar, por no haberlos hecho suyos la UE; en conse-

(1) El presente trabajo se enmarca en el Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el profesor Gabriel GARCÍA CANTERO, bajo el título *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*.

(2) Los dos Proyectos aparecen mencionados en la Comunicación de 11 julio 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeos.

cuencia, no poseen más autoridad que la científica de quienes los han elaborado. Pero resulta innegable que ambos proyectos han surgido, *hic et nunc*, oportunamente, en la presente coyuntura histórica, y no en otra, de modo que cualquiera de ellos, o ambos a la vez, podrían ser adoptados oficialmente por la UE, o servir de base al que, en fecha no lejana, se promulgue definitivamente por aquélla.

2. Si hasta aquí ha sido posible señalar, entre ambos proyectos, significativas coincidencias, las divergencias son igualmente notorias, tanto por el modo de actuar de los grupos o comisiones de juristas que los han elaborado, como por el resultado obtenido individualmente en el –sin duda, muy meritorio– trabajo llevado a cabo por los mismos. Por un lado, el profesor danés LANDO se ha rodeado de un grupo, más bien reducido, de civilistas pertenecientes a los países comunitarios. Por otro, similarmente, y en virtud de las conclusiones alcanzadas por el Congreso de Pavía de 1990, su organizador e inspirador, el profesor italiano GANDOLFI, romanista, civilista y comparatista acreditado, ha promovido la fundación de la Academia de Jusprivatistas Europeos, con sede en la Universidad pavese, con la finalidad de llegar a la redacción de un Código europeo de contratos (3). LANDO se ha orientado especialmente y se ha guiado preferentemente por la experiencia inglesa (4), y se ha propuesto alumbrar unos principios comunes a los sistemas del *civil law* y de la *common law*. La Academia de Pavía aspira, por su parte, a elaborar un conjunto de reglas o preceptos que sean inmediatamente aplicables por el juez o el operador del derecho, y sin olvidarse de las concepciones del derecho inglés –tenidas en cuenta a través del *Code McGregor* (5)–, pero tomando también en consideración la extensa experiencia bicentenaria codificadora europea, en la que destaca la función mediadora realizada por el

(3) En el vol. colectivo de Díez-PICAZO, Encarna ROCA y MORALES, *Los principios del derecho europeo de contratos* (Madrid, 2002) p. 86, puede leerse: “Esta misma tendencia ha sido seguida por el denominado Grupo de Pavía que, encabezado por el Profesor Gandolfi, ha concluido de elaborar recientemente un Código europeo de obligaciones”. La frase entrecuillada no puede tomarse literalmente, pues resulta inexacta. Más aún, fue una cuestión que se aclaró desde los primeros tiempos en que comenzó a trabajar el Grupo, dado que el concepto continental de obligación no se conoce en derecho inglés. Pueden verse las afirmaciones categóricas emitidas a este respecto por CANARIS, Lord WOOLF y STEIN en la Parte introductoria del *Code Européen des contrats, Avant-projet. Livre I* (Milano, 2000), pp. XXIX y ss.; GANDOLFI, “Verso il tramonto del concetto di «obbligazione» nella prospettiva di un codice unico per l’Europa?”, *RDC*, 1995, II, pp. 203 y ss.

(4) Lo subrayan Díez-PICAZO, Encarna ROCA y MORALES, *op. cit.*, p. 80, poniendo de relieve que el *Proyecto Lando* está redactado y publicado en lengua inglesa, no siendo más que una traducción la versión francesa.

(5) H. MCGREGOR, *Contract Code* (Drawn up on behalf of the english law Commission), (Milano, 1993).

Codice civile de 1942. También parecen diferir, hasta ahora, en el *modus operandi*, pues mientras el Proyecto Lando ha utilizado con preferencia el trabajo en comisiones, en el Proyecto Gandolfi se ha privilegiado el trabajo global, sea tanto a la hora de hacer propuestas, como a la de discutir y aprobar el texto definitivo.

3. La idea del Proyecto de Pavía se debe –como se ha indicado– al profesor GANDOLFI, quien convocó en 1990, en dicha ciudad, un Congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias. La idea había empezado a discutirse previamente en círculos reducidos de juristas, con diversidad de respuestas; representaba un hito cualitativo del desarrollo del derecho comunitario en materia contractual; era novedosa y, hasta cierto punto, revolucionaria, pues de una parte significaba la culminación del proceso codificador europeo, desarrollado desde principios del siglo XIX, y, de otra, suponía en cierto modo, volver a los orígenes del *Jus commune europeum*, vivido efectivamente en el continente europeo varios siglos después de la Recepción, aunque obstaculizado, de hecho, por la promulgación de Códigos basados en el poder legislativo absoluto de los Estados nacionales. Todo un desafío, sin duda. La respuesta de los asistentes al Congreso de Pavía fue abrumadoramente mayoritaria en sentido afirmativo, concretándose que la preparación de semejante cuerpo legal europeo debía partir del *Codice civile* de 1942, y del manuscrito aportado –y posteriormente publicado– al Congreso por el profesor inglés MCGREGOR, en relación con el derecho contractual de su país (trabajo encargado al autor inicialmente por la *Law Commission* del Parlamento inglés, con vistas a una eventual unificación con el derecho escocés, idea ulteriormente abandonada), bien entendido que el señalamiento de ambos textos lo era en concepto de referencias genéricas y de modo orientativo, y en modo alguno significaban un criterio limitativo o restrictivo. GANDOLFI promovió, con otros juristas europeos asistentes al Congreso, la creación de la Academia de Jurisconsultos Europeos, con sede en Pavía, que, de modo fundamental, ha institucionalizado la idea codificadora europea. En la actualidad forman parte de aquella Academia alrededor de setenta miembros pertenecientes a todos los países actualmente componentes de la UE, más Suiza, y se ha iniciado recientemente una línea aperturista para la admisión de civilistas no comunitarios, tanto de los antiguos países del Este como hispanoamericanos (6).

(6) Al tiempo de corregir pruebas el proceso de admisión de nuevos miembros superaba el número de ciento diez.

4. Fundamental ha resultado la designación del coordinador que, obviamente, había de recaer en el profesor GANDOLFI, alma y activo propulsor del proyecto, poseedor –como ya he indicado– de una profunda y acreditada formación romanista y civilista, completada con una visión comparatista, moderna y apegada a la realidad, propia de quien, desde hace muchos años, ejerce la abogacía en Milán, capital de una de las regiones europeas más abiertas al futuro. Habitualmente se utilizan en las reuniones y comunicaciones escritas los idiomas inglés, alemán, español, francés e italiano, aunque los dos últimos con preferencia; se trata, por tanto, de un texto legal pensado y redactado en una lengua latina. Una vez que se fijó el plan de trabajo, el coordinador comenzó a recibir proposiciones de cualesquiera miembros, sea individualmente o por grupos, redactando luego un cuestionario, resumiendo aquéllas, que distribuyó a todos para su discusión en una reunión general (7). Con los acuerdos que resultan de una discusión abierta, en la que todos tienen derecho a intervenir, el coordinador redacta el texto definitivo.

5. Para explicar aquí mi intervención personal en este Proyecto, debo decir que no me correspondió el honor de asistir al Congreso de 1990, si bien posteriormente fui llamado a la Academia, y he tenido la enorme satisfacción de participar en todas las reuniones celebradas desde que comenzó a discutirse el artículo 1.º, junto a los profesores DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, entre los españoles pertenecientes a la Academia. En este momento, y pensando en la conveniencia de dar a conocer el Proyecto entre nosotros, solicité y obtuve del Ministerio de Educación y Ciencia la financiación del Proyecto BJU2000-1021, cuyo título me parece suficientemente explicativo: *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, dedicado a estudiar el impacto que en nuestro derecho produciría la eventual adopción de dicho Proyecto; para lo cual constituí un equipo de profesores de las Universidades de Zaragoza, La Rioja y La Laguna, cuyos miembros han colaborado en la traducción del texto francés que ahora se publica, y que nos proponemos utilizar en nuestra ulterior investigación (8).

(7) En la preparación de esta Parte General de los contratos se han redactado y remitido a los académicos hasta cinco cuestionarios elaborados por el coordinador, en la forma indicada en el texto.

(8) Debo hacer constar, en honor a la verdad, que aunque el nombre de cada autor aparece en esta traducción al frente del capítulo cuya versión se le ha encomendado, y ha llevado a cabo, en realidad la aprobación de todo el Equipo ha recaído sobre la traducción final del Proyecto en su totalidad.

6. Las razones para haber dedicado especial atención a la versión española de la Parte General del Proyecto de Pavía han sido varias y sucesivas. Ya en la primera reunión del equipo que dirijo, advertimos la dificultad que ofrecía la lectura del texto oficial francés, tal como había sido publicado, y por ello nos pareció prudente dedicarle algún tiempo a fijar la versión española —en realidad ha sido casi un semestre el empleado en la tarea de verterlo a nuestro idioma—. Las traducciones españolas realizadas hasta ahora, o son parciales, o resultan algo apresuradas; mención aparte merece la realizada autorizadamente por los profesores DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, aunque tampoco se presenta como definitiva. Las dificultades que han aflorado pueden derivar del *modus operandi* de la Academia en sus deliberaciones. En realidad —como anteriormente aclaré—, los idiomas francés e italiano resultan ser los más utilizados en las discusiones. Todas las intervenciones se graban para su ulterior transcripción. Pero la experiencia demuestra, en cuanto a la corrección del idioma utilizado, que no es lo mismo que se emplee por los Académicos que lo tienen como idioma materno, que por los demás. GANDOLFI se encarga de cuidar la corrección estilística del texto final, habiendo además un revisor de lengua francesa. Pero ya se comprende la pluralidad de retoques y modificaciones que puede experimentar cualquier término o propuesta oral, utilizado o presentada en el debate.

7. El equipo de profesores que dirijo posee una acreditada pericia en el manejo de textos jurídicos franceses, sea por el tiempo que cada profesor ha dedicado particularmente al aprendizaje del idioma, o debido a estancias prolongadas en Universidades francesas, o a la experiencia adquirida en tareas investigadoras comparativas. Doy fe de la viveza de las discusiones suscitadas ante la versión de algunos textos singularmente difíciles, que, a todos, nos hacían reflexionar, y, a veces, iluminaban las dudas surgidas individualmente en el que nos había correspondido verter. Sabido es que la traducción, como fase previa a la comparación, no puede hacerse a la ligera, ni apresurada o distraídamente, confiado —por ejemplo— el traductor en la *facilidad* de tratarse de una lengua románica. No se garantiza, obviamente, una buena versión española por el mero hecho de poseer el traductor extensos conocimientos de lingüística, en este caso francesa —así, no es infrecuente en Congresos internacionales *disfrutar* de versiones ininteligibles del francés para juristas hispanohablantes—. En nuestro caso el traductor, además de ambos idiomas, debe conocer suficientemente el sistema contractual francés y dominar a fondo el sistema jurídico español; esto último se presume vehementemente en quienes llevan varios años como profesores, permanentes o no permanentes, con exclusiva dedicación a la enseñanza e investigación. Por

último, han de verter *en román paladino* el texto francés, acudiendo no sólo al recurso de la traducción literal sino también al empleo de otras expresiones que reflejen fielmente el pensamiento originario.

8. *Fidelidad al texto*: es la primera y elemental regla que ha de observar el traductor de textos jurídicos; otra conducta sería *inventar* un texto diferente, *traicionando* en consecuencia el pensamiento originario. Pero fidelidad no quiere decir siempre *literalidad*. Habitualmente la traducción literal expresa con corrección lo que quiso decir el autor, y así *pegarse al texto* resulta, por un lado, lo más cómodo, y, por otro, lo más seguro. Pero no infrecuentemente, en casos como el presente, la traducción literal origina un texto español duro en su expresión, cuando no claramente incorrecto, por lo cual resulta aconsejable buscar una expresión española más fluida y elegante que la literal. En los supuestos más difíciles, se indican en nota las razones de la versión elegida, entre las posibles, o, excepcionalmente, las razones por las que ha parecido ineludible corregir el texto original. Por lo demás, se ha procurado mantener la misma traducción en todos los casos en que el texto francés se reitera.

9. No aspiramos a haber pronunciado la última palabra –para lo cual carecíamos de legitimación– sino únicamente a dotarnos de un instrumento de trabajo, útil para nosotros y para quienes, en adelante, se preocupen por este texto *supranacional* llamado, probablemente, a marcar un hito en la dificultosa tarea de construir en el siglo XXI un nuevo **Jus commune europeum** (9). Séame permitido reproducir, en versión original, el juicio sobre el Proyecto que expresa el *Doyen* CARBONNIER, uno de los

(9) La bibliografía recaída sobre el Proyecto de Pavía es ya considerable, en cantidad y calidad. Séame permitido seleccionar la siguiente:

BRANCACCIO, “Relazione al Convegno sul «Futuro Codice europeo dei contratti»”, *GC*, 1991, pp. 371 y ss.

CORDINI, “Il Convegno di Pavia sulla codificazione europea in tema di obbligazioni e contratti”, *Q*, 1991, pp. 661 y ss.

GANDOLFI, “Per un Codice europeo dei contratti”, *RTDP*, 1991, pp. 781 y ss.

FERRI, “Considerazioni intorno all’ipotesi di un progetto di codice europeo dei contratti”, *Q*, 1991, pp. 366 y ss.

RUFFINI GANDOLFI, Letizia, “Una codificazione europea sui contratti: Prospettive e problemi”, *RDCDO*, 1991, pp. 659 y ss.

STURM, “Bemühungen um ein einheitliches europäisches Vertragsrechts”, *JZ*, 1991, pp. 555 y ss.

POSCH, “Konferenz zu einer europäischen Kodifikation der Vertragrechts”, *NJ*, 1991, pp. 70 y ss.

DE LOS MOZOS, “«Convegno di Pavia» sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos”, *RDP*, 1991, pp. 694 y ss.

VIGNERON, “L’unification du droit privé européen”, *JT*, 1991, pp. 15 y ss.

GAGGERO, “Il Convegno di Pavia sulla futura codificazione europea in tema di obbliga-

clásicos Maestros del Derecho civil, miembro también de la Academia: *“Enfin le volume est sous nos yeux: nous avons un code. Non pas de simples linéaments, mais un code avec la completude qu'implique le mot. Il suffit de parcourir, sur la table de matières, les rubriques d'articles (dont quelques uns ont de quoi intriguer) pour se convaincre que, dans le domaine des contrats, il n'est pas de coin ni de recoin que le Code «Gandolfi» n'ait abordé et éclairé”* (10).

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil

Emérito de la Universidad de Zaragoza

Miembro de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía

zioni e contratti”, *GI*, 1992, c. 44 y ss. (reproduce las comunicaciones al Congreso realizadas por Posch, Stein, Sturm, Tallon y Vigneron).

GANDOLFI, “Pour un Code européen des contrats”, *RTDC*, 1992, pp. 707 y ss.

STEIN (a cura di): *Incontro di studio su “il futuro Codice europeo dei contratti”* (Pavía, 20-21 ottobre 1990) (Milano, 1993). Recopilación muy completa de trabajos sobre el Congreso de Pavía, clasificados bajo los epígrafes de Ponencias y Comunicaciones, Comentarios y Crónicas. También incluye un breve desarrollo del Congreso.

DE LOS MOZOS, “Il Codice italiano come «modello» per la codificazione europea”, *FP*, 1992, pp. 46 y ss.

MAYER-MALY, “Unificazione normativa e possibili tappe”, *id. id.*, p. 51.

WHINCUP, “Prospettive per i paesi di «common law»”, *id. id.*, pp. 51 y ss.

WIEACKER, “Struttura e contenuti del futuro codice europeo”, *id. id.*, pp. 55 y s.

MCGREGOR, *op. cit.* Hay trad. española y nota preliminar por DE LA CUESTA SÁENZ y VATTIER FUENZALIDA, y Proemio de DE LOS MOZOS (Barcelona, 1997).

GANDOLFI, “L’unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza una legge?”, *RDC*, 1993, p. 149.

TUNC, “L’unification du droit des contrats en Europe, avec ou sans loi?”, *RIDC*, 1993, pp. 877 y ss.

CORDINI, “La redazione di un codice europeo dei contratti nel progetto internazionale dei giuristi del «gruppo di Pavía»”, *RTDP*, 1994, pp. 327 y ss.

VATTIER FUENZALIDA, “Para la unificación internacional del Derecho de Obligaciones en la Comunidad Europea”. *Jornadas sobre la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea*, Cáceres, 1993-1994 (1995), pp. 19 y ss.

DE LOS MOZOS, “La noción de contrato”, en *id. id.*, pp. 51 y ss.

GANDOLFI, “Verso il tramonto del concetto di «obbligazione» nella prospettiva di un codice unico per l’Europa?”, *RDC*, 1995, II, pp. 203 y ss.

GAGGERO, “Il progetto di un codice europeo dei contratti: l’attività del gruppo di lavoro pavese”, *RDC*, 1997, II, pp. 113 y ss.

GANDOLFI, “La «condizione» nel progetto pavese di un codice europeo dei contratti”, *RDC*, 1998, II, pp. 287 y ss.

GARCÍA CANTERO, “El Anteproyecto de Código europeo de contratos - Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía”, en el vol. *Derecho privado europeo* (coordinador S. Cámara Lapuente) (Madrid, 2003), pp. 205 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Contenido y efectos del contrato”, en *id.* pp. 435 y ss.

PARRA LUCÁN, M. A., “Interpretación del contrato”, en *id.* pp. 465 y ss.

(10) Cfr. CARBONNIER, “Reflexions marginales”, en el vol. *Code européen des contrats*, etc., *op. cit.*, p. XIV.

CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (11)

TÍTULO I

DISPOSICIONES PRELIMINARES (12)

Artículo 1

Definición

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte.

2. Salvo lo dispuesto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos (13), siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe.

Artículo 2

Autonomía contractual

1. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero.

(11) Como se indica en la introducción, la traducción española se ha encomendado a cada uno de los miembros del equipo investigador, en la forma que se advierte en el lugar correspondiente, por lo cual éstos se responsabilizan de ella. Pero, como también se ha dicho, todo el Equipo ha debatido dicha traducción, por lo cual ésta resulta ser obra colectiva.

(12) Traducción debida a Gabriel GARCÍA CANTERO, Catedrático de Derecho Civil, Emérito de la Universidad de Zaragoza.

(13) El texto francés dice: *à travers des actes concluants actifs ou omissifs*, si bien se prefiriera una traducción no literal por elegancia del lenguaje (la expresión *actos activos* resulta dura al oído).

2. Dentro de los límites del apartado anterior, las partes pueden celebrar contratos no regulados en este Código, y, en particular, mediante la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios actos.

Artículo 3

Reglas generales y particulares aplicables a los contratos

1. Los contratos, tengan o no una denominación propia en este Código, quedan sometidos a las reglas generales objeto del presente libro.

2. Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el presente Código se aplican por analogía a los contratos que no la tienen.

Artículo 4

Reglas aplicables a los actos unilaterales

Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter imperativo en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse, en tanto sean compatibles, a los actos unilaterales realizados con vistas a la estipulación de un contrato, o en el desarrollo de la relación que de aquél deriva, aunque tengan por finalidad provocar su extinción o invalidación.

Artículo 5

Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato

1. Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede celebrarse por una persona física que ha cumplido dieciocho años, o bien que esté emancipada y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.

2. El contrato celebrado por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz, o que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de entender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al artículo 150.

3. Los elementos esenciales del contrato son:

- a) El acuerdo de las partes;
- b) el contenido.

4. Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código.

TÍTULO II

FORMACIÓN DEL CONTRATO

Sección 1

Tratos precontractuales (14) (15)

Artículo 6

Deber de protección

1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

Artículo 7

Deber de información

1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la

(14) La traducción de esta sección se debe a Gabriel GARCÍA CANTERO.

(15) Se respeta la traducción literal del texto francés *tractations precontractuelles*, aunque en la doctrina española se utiliza habitualmente la de *tratos preliminares*, expresión que, sin embargo, se empleará habitualmente como sinónimo en la traducción de los preceptos sucesivos.

otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración.

2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el artículo 6.º, apartado 4.º. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error.

Artículo 8 *Deber de reserva*

1. Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares.

2. La parte que no respete este deber estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si además ha obtenido una ventaja indebida con la información confidencial, deberá indemnizar a ésta en la medida de su propio enriquecimiento.

Artículo 9 *Tratos preliminares con los consumidores fuera del establecimiento mercantil*

1. El comerciante que propone la celebración de un contrato, a un consumidor, fuera de su establecimiento mercantil, deberá informar por escrito a este último de su derecho a desistir del contrato, del modo y en los plazos definidos en el artículo 159.

2. En el presente Código se entiende por consumidor la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales.

3. La falta de la comunicación prevista en el apartado 1.º de este artículo producirá las consecuencias previstas en el artículo 159, a cargo del comerciante y a favor del consumidor.

Artículo 10 *Tratos preliminares en el comercio internacional o intercontinental*

1. Salvo pacto en contrario, en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración de contratos internacionales o intercontinentales, las partes estarán obligadas a respetar los usos generalmente en vigor para contratos del mismo tipo y en el mismo sector comercial, respecto de los cuales aquéllas conocen o deben conocer.

2. La parte que incumpla los deberes mencionados en el primer apartado de este artículo, responderá frente a la otra, tal como se prevé en los artículos precedentes y en la medida en que le sean aplicables.

Sección 2 (16)

Celebración del contrato

Artículo 11

Oferta verbal y su aceptación

1. La oferta verbal para celebrar un contrato, incluso si está acompañada de un documento proporcionado a la otra parte en su presencia, debe ser aceptada inmediatamente, salvo cuando resulte lo contrario de los tratos preliminares o de las circunstancias.

2. Si la oferta puede ser aceptada inmediatamente o si es hecha por teléfono, el contrato se considera perfeccionado en el momento y lugar en el que oferente ha conocido o debía haber conocido la aceptación.

Artículo 12

Oferta escrita y su aceptación

1. Cuando una de las partes envía a la otra por cualquier medio la oferta escrita para celebrar un contrato, se considera perfeccionado en el momento y en lugar en el que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la aceptación.

2. Si la oferta se dirige a varios sujetos determinados, el contrato se perfecciona en el momento y en el lugar en el que el autor de la oferta conoce o debía haber conocido la aceptación por parte de uno cualquiera de ellos, salvo si se ha precisado en la oferta o si se puede deducir de la misma o de las circunstancias que dicha oferta se extingue si no es aceptada por todos los destinatarios o por un cierto número de ellos. En el segundo caso, el contrato se perfecciona en el momento y en el lugar en el que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la última aceptación.

(16) Esta sección 2, artículos 11 a 24, la ha traducido Carlos LALANA DEL CASTILLO, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Artículo 13

Oferta e invitación a ofertar

1. Una declaración dirigida a la celebración de un contrato tiene valor de oferta si contiene todos los requisitos del contrato a realizar o las indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, de manera que pueda ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse como obligado en caso de aceptación.

2. Una declaración que no responda a las condiciones del apartado anterior o que, dirigida a personas indeterminadas, presente el carácter de mensaje publicitario, no constituye una oferta y no es susceptible por tanto de ser aceptada. Constituye una invitación para ofertar, salvo si formula una promesa a favor de quien cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada; en este caso constituye una promesa pública para los fines y efectos previstos en el artículo 23.

Artículo 14

Eficacia de la oferta

1. La oferta es ineficaz mientras no llegue a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor incluso si éste ha declarado por escrito que es irrevocable o que debe ser tenida como tal en virtud del artículo 17.

2. La oferta es eficaz mientras no sea revocada, rechazada o se extinga.

Artículo 15

Revocación, rechazo o extinción de la oferta

1. La oferta puede revocarse mientras el destinatario no haya expedido la aceptación.

2. La oferta, incluso si es irrevocable, queda sin efecto a partir del momento en que llega a su autor una declaración de rechazo del destinatario, aunque estuviera unida a una nueva oferta.

3. Salvo lo dispuesto en los artículos 11 apartado 1 y 16 apartado 5, una oferta, incluso si es irrevocable, pierde su eficacia por extinción:

- a) Cuando expira el plazo establecido para la aceptación, si ésta última no tiene lugar según las modalidades y las formas fijadas en la oferta o previstas por la ley o la costumbre;
- b) cuando no se haya indicado plazo, tras el transcurso de un cierto periodo que se pueda considerar como razonable, teniendo en cuen-

ta la naturaleza del asunto o la costumbre, así como la rapidez de los medios de comunicación a los que se ha recurrido.

4. El retraso con el que la oferta llegue al destinatario si es imputable al oferente, prorroga razonablemente el plazo, a cuyo término se produce la extinción.

Artículo 16

Aceptación

1. La aceptación está constituida por una declaración o un comportamiento que expresan claramente la voluntad de celebrar el contrato conforme a la oferta.

2. La aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma.

3. El silencio y la pasividad solamente equivalen a la aceptación:

a) Cuando así ha sido previsto por las partes, o puede deducirse de la existencia de relaciones que hayan mantenido entre sí, de las circunstancias o de la costumbre;

b) cuando la oferta tienda a celebrar un contrato del que se deriven obligaciones únicamente para su autor.

4. En el caso previsto en la letra b) del apartado precedente, el destinatario puede rehusar la oferta en el plazo exigido por la naturaleza del asunto o por la costumbre. En ausencia de tal rechazo, el contrato se perfecciona.

5. El autor de la oferta, si da su confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar perfeccionado el contrato aunque haya tenido conocimiento de su aceptación en una fecha posterior al plazo previsto por el artículo 15 apartado 3, o aunque la aceptación no haya sido conforme a la forma y modalidades previstas en la oferta.

6. Una aceptación no conforme a la oferta equivale a su rechazo y constituye una nueva oferta, salvo lo previsto en el apartado siguiente.

7. Si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no modifican substancialmente la oferta por referirse a aspectos marginales del negocio, y el autor de la oferta no comunica rápidamente su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera perfeccionado conforme a la aceptación.

8. La aceptación puede retirarse, siempre que la correspondiente declaración llegue al autor de la oferta antes o al mismo tiempo que la propia aceptación.

Artículo 17

Oferta irrevocable

1. Una oferta es irrevocable cuando su autor se obliga expresamente a mantenerla durante un cierto periodo de tiempo, o si, sobre la base de negocios precedentes realizados entre las partes, de tratos preliminares, del contenido de cláusulas o de la costumbre, se puede razonablemente reputar como tal. Salvo lo previsto en el artículo 14 apartado 1, la declaración de la revocación de una oferta irrevocable no tiene efecto.

2. Lo mismo sucede si la oferta es irrevocable como consecuencia de un acuerdo entre las partes.

Artículo 18

Muerte o incapacidad

En caso de muerte o incapacidad del oferente o del destinatario, la oferta o la aceptación no pierden su eficacia, salvo si ello está justificado por la naturaleza del asunto o por las circunstancias.

Artículo 19

Adhesión de otras partes al contrato

Cuando otras partes pueden adherirse a un contrato y las modalidades de adhesión no están determinadas, deberán dirigirse al órgano que haya sido constituido para el cumplimiento del contrato o, en defecto de éste, a todos los contratantes originarios.

Artículo 20

Actos unilaterales

Las declaraciones y los actos unilaterales recepticios producen los efectos que puedan derivarse de la ley, de la costumbre o de la buena fe, a partir del momento en que lleguen a conocimiento de la persona a la que están destinados e, incluso si su emitente los ha declarado irrevocables, pueden retirarse hasta ese momento.

Artículo 21

Presunción de conocimiento

1. La oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos previstos en el artículo precedente, se reputan cono-

cidos por el destinatario en el instante en que les han sido comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita se le entrega en propia mano o llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su residencia habitual o al domicilio que ha elegido.

2. El destinatario puede probar que, sin culpa suya, le ha sido imposible tener conocimiento.

Artículo 22

Oferta pública

1. La oferta pública equivale a una oferta, si reúne los requisitos esenciales del contrato a cuya celebración se dirige, salvo cuando resulte lo contrario de las circunstancias o de la costumbre.

2. La revocación de la oferta pública, si está hecha bajo la misma forma que la oferta o en una forma equivalente, es eficaz incluso frente a quien no la ha conocido.

Artículo 23

Promesa pública

1. La promesa pública, prevista en el artículo 13, apartado 2, vincula a quien la ha hecho desde que se hace pública y se extingue con la expiración del plazo allí indicado o que pueda deducirse de su naturaleza o de su finalidad, o a partir de un año tras su emisión cuando la situación que preveía no ha sucedido.

2. La promesa pública puede revocarse antes del vencimiento de los plazos mencionados en el artículo precedente en la misma forma que la promesa, pero en tal caso quien la revoca debe pagar una indemnización a quienes han sido inducidos de buena fe por esta misma promesa a efectuar gastos, a menos que pruebe que el resultado esperado no habría sido obtenido.

Artículo 24

Actos concluyentes

Salvo lo previsto en las disposiciones precedentes, el contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres.

TÍTULO III (17)

CONTENIDO DEL CONTRATO

Artículo 25

Requisitos del contenido

El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito y determinado o determinable.

Artículo 26

Contenido útil

El contenido del contrato es útil cuando sirve a un interés de ambas partes o al menos de una de ellas, aunque dicho interés no tenga carácter patrimonial.

Artículo 27

Contenido posible

El contenido es posible cuando el contrato es susceptible de ser cumplido, al no existir obstáculos objetivos de carácter material o jurídico que impidan de manera absoluta la consecución del fin perseguido por aquél.

Artículo 28

Posibilidad sobrevenida del contenido

En el contrato sometido a condición o término suspensivo, se reputará posible el contenido que, aun siendo originalmente imposible, llegue a ser posible antes del cumplimiento de la condición o de la expiración del plazo.

Artículo 29

Cosas futuras

Puede ser contenido del contrato una prestación relativa a cosas futuras, salvo las prohibiciones específicas previstas por este Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales.

(17) Traducción a cargo de Marta SALANOVA VILLANUEVA, Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Artículo 30

Contenido lícito y no abusivo

1. El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las disposiciones de este Código, a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres.

2. El contenido del contrato es ilícito cuando con él se pretende eludir la aplicación de una norma imperativa.

3. Es rescindible, en los términos previstos en el artículo 156, todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero.

4. En las condiciones generales del contrato reguladas en el artículo 33, carecen de efectos, a menos que sean expresamente ratificadas por escrito, las cláusulas que establezcan en favor del predisponente limitaciones de la responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o la facultad de suspender su cumplimiento, así como aquéllas que establezcan en perjuicio del adherente plazos de caducidad, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en sus relaciones con terceros, la prórroga o tácita reconducción del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones convencionales de las normas sobre determinación de la competencia de los Tribunales.

5. En los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, salvo lo previsto por las normas comunitarias, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor, incluso si el profesional está de buena fe.

Artículo 31

Contenido determinado o determinable

1. El contenido del contrato es determinado cuando puede deducirse de lo acordado tanto el objeto de las prestaciones como las modalidades y plazos de cumplimiento de éstas.

2. Si la determinación del contenido del contrato se encomienda a una de las partes contratantes o a un tercero, en caso de duda, se considerará que dicha determinación debe hacerse sobre la base de una apreciación equitativa.

3. Si la determinación del contenido encomendada a una de las partes contratantes o a un tercero no se realiza antes del transcurso de un plazo razonable, o si es manifiestamente injusta o errónea, corresponderá al juez efectuarla.

4. Si la determinación del contenido se encomienda únicamente al arbitrio de un tercero, podrá ser impugnada si se prueba la mala fe de éste último, correspondiendo entonces al juez efectuarla.

5. Si el contrato no expresa la calidad de la prestación debida, ni precisa de qué modo haya de determinarse ésta, se considera debida una prestación de calidad no inferior a la media, según la costumbre.

6. Si no se ha fijado la contraprestación pecuniaria ni el modo de determinarla, se considerará debida la cantidad prevista en las listas de precios oficiales vigentes en el lugar de cumplimiento del contrato, y, en su defecto, los precios que generalmente se aplican en el lugar en cuestión.

Artículo 32

Cláusulas implícitas

1. Junto a las cláusulas expresas, forman parte del contenido del contrato aquéllas:

- a) que vienen impuestas por este Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales, incluso sustituyendo a las cláusulas contrarias introducidas por las partes;
- b) que se derivan del deber de buena fe;
- c) que deben considerarse tácitamente queridas por las partes conforme a sus relaciones negociales anteriores, a los tratos preliminares, a las circunstancias y a las costumbres generales o locales;
- d) que deben considerarse necesarias para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes.

2. Sin perjuicio de lo previsto por las disposiciones que regulan la forma de los contratos, las declaraciones efectuadas por cada una de las partes en el transcurso de los tratos preliminares o en el momento de la celebración del contrato, a propósito de una situación o una expectativa de hecho o de derecho, en relación con los sujetos, el contenido o los fines del contrato, tienen efecto entre las partes en la medida en que sean coherentes con el texto del contrato y puedan haber determinado el acuerdo; queda a salvo la facultad de las partes de acogerse a lo dispuesto por los artículos 151 y 157.

3. En los contratos internacionales-intercontinentales se presume, salvo pacto en contrario, que las partes han considerado implícitamente aplicable a la relación creada la costumbre generalmente observada en los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial y que ellos conocen, o se supone que conocen o deben conocer.

Artículo 33
Condiciones generales del contrato

1. (18) Las condiciones generales del contrato redactadas por una de las partes para regular uniformemente una pluralidad de relaciones contractuales determinadas, son oponibles a la otra parte si ésta las ha conocido o las hubiera conocido de haber actuado con una diligencia ordinaria, salvo si las propias partes han acordado excluir su aplicación, o sustituirlas en todo o parte, o si las mencionadas condiciones deben reputarse abusivas conforme a las disposiciones de este Código o conforme a las disposiciones comunitarias o nacionales.

TÍTULO IV (19)

FORMA DEL CONTRATO

Artículo 34
Forma especial requerida bajo pena de nulidad

1. Si para la perfección de un contrato se exige bajo pena de nulidad una forma especial, ésta deberá cumplirse en el momento en que las partes manifiestan su voluntad de alcanzar un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato, incluso si dicha voluntad se expresa mediante actos no simultáneos, cuando esto resulte admisible.

2. Los contratos reales se perfeccionan por medio de la entrega efectiva de la cosa que constituye su objeto, excepto cuando, conforme a la voluntad de las partes o a la costumbre, deba considerarse que aquéllas querían celebrar un contrato consensual atípico.

Artículo 35
Contratos necesitados de forma escrita bajo pena de nulidad

1. Los contratos cuyo objeto sea la transmisión de la propiedad o la transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, deberán constar, bajo pena de nulidad, en escritura pública o documento privado.

(18) En el texto original francés del proyecto aparece la numeración a pesar de que el precepto consta de un solo párrafo. Hemos optado por mantenerla.

(19) Traducción a cargo de María SALANOVA VILLANUEVA, Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplica igualmente a los correspondientes precontratos, salvo que otra cosa disponga el ordenamiento nacional vigente en el lugar donde radican los inmuebles.

3. Quedan a salvo las normas comunitarias y de los Estados en cuyo territorio se hallen los bienes inmuebles objeto del contrato, si tales normas son aplicables a los bienes en cuestión.

4. El contrato de donación deberá constar bajo pena de nulidad en escritura pública, incluso si tiene por objeto bienes muebles, salvo que su valor, atendiendo a la situación económica del donante, sea moderado.

Artículo 36

Forma especial requerida para la prueba del contrato

1. Cuando se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la celebración efectiva de éste debe desprenderse de un acto que revista dicha forma, aunque tal acto no existiese todavía en el momento en el que las partes manifestaron su voluntad de celebrar el contrato.

2. Se requiere forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor exceda de 5.000 euros. Para que sean oponibles a terceros, el o los documentos deberán tener fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero conocía su existencia.

3. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados miembros de la Unión Europea que, a pesar de exigir una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia se demuestre en virtud de otros medios de prueba.

Artículo 37

Formas convencionales

Si las partes han acordado por escrito adoptar una forma determinada para la futura celebración del contrato, se presume que dicha forma se ha estipulado como requisito de validez del contrato, salvo previsión en contrario de las disposiciones comunitarias o del ordenamiento nacional vigente en el lugar de celebración del contrato.

Artículo 38

Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o formularios

1. En los contratos concluidos mediante la suscripción de fórmulas tipo o de formularios preimpresos o en todo caso confeccionados para regular uniformemente una pluralidad de relaciones contractuales determinadas, las cláusulas añadidas a la fórmula tipo o al formulario preva-

leen sobre las contenidas en la fórmula tipo o formulario de ser unas y otras incompatibles, incluso cuando las últimas no hayan sido eliminadas.

2. Deberá observarse, además, lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 30.

TÍTULO V (20)

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 39

Análisis del texto contractual y valoración de los elementos extrínsecos

1. Cuando las declaraciones contractuales muestren de modo claro y unívoco la intención de las partes, el contenido del contrato se determinará conforme al tenor literal de éste, considerando el texto contractual en su conjunto y relacionando sus distintas cláusulas las unas con las otras.

2. Los términos empleados en el contrato se interpretarán conforme al sentido concreto que las partes expresamente les han atribuido o, en su defecto, conforme al significado técnico o habitual según los usos y costumbres mercantiles que se adecúe a la naturaleza del contrato, prevaleciendo dichos significados sobre el que ordinariamente corresponde al término en cuestión.

3. Cuando el texto contractual suscite dudas que no puedan resolverse mediante una consideración global del mismo, ni recurriendo a las declaraciones y actos de las partes, aun posteriores a la conclusión del contrato, que sean coherentes con el texto del contrato, este último se interpretará conforme a la intención común de las partes, deducida igualmente atendiendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes.

4. En todo caso, la interpretación del contrato no debe conducir a un resultado contrario a la buena fe o al buen sentido.

(20) Traducción a cargo de Marta SALANOVÁ VILLANUEVA, Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Artículo 40

Expresiones ambiguas

1. Cuando, a pesar de lo previsto en el apartado 3 del artículo 39, no sea posible atribuir un sentido unívoco a las expresiones utilizadas por los contratantes, se observará, por su orden, lo previsto en las disposiciones siguientes.

2. En caso de duda, en la interpretación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas individuales prevalecerá el sentido que les permita surtir algún efecto sobre el que les impida producirlo.

3. En caso de duda, las cláusulas redactadas por uno de los contratantes y que no hayan sido negociadas se interpretarán contra su autor.

Artículo 41

Expresiones oscuras

Cuando, a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores, persistan las dudas, si el contrato es a título gratuito se interpretará en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.

TÍTULO VI (21)

EFFECTOS DEL CONTRATO

Sección 1

Disposiciones preliminares

Artículo 42

Efectos entre las partes y en favor de terceros

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos en favor de terceros según lo previsto en las reglas del presente título.

(21) Los artículos comprendidos en las secciones 1 y 2 del Título VI (arts. 42 a 59) han sido traducidos por Silvia GASPAS LERA, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Artículo 43

Modificación y extinción del contrato y derecho de desistimiento

1. El contrato puede ser modificado, renegociado o extinguido por mutuo acuerdo de las partes o en los casos previstos en este código o por las disposiciones nacionales o comunitarias.

2. Salvo lo previsto en el apartado segundo del artículo 57, el derecho de desistir unilateralmente del contrato puede otorgarse a una de las partes contratantes o a las dos por convenio entre ellas dentro de los límites establecidos por este código, y por las disposiciones nacionales o comunitarias.

Artículo 44

Efectos no pactados

Los efectos del contrato nacen no sólo de los acuerdos entre las partes sino además de las disposiciones de este código así como de las disposiciones nacionales y comunitarias, de los usos, de la buena fe y de la equidad.

Artículo 45

Efectos obligatorios

1. Del contrato pueden nacer obligaciones de dar, hacer o no hacer.

2. La obligación de entregar una cosa determinada supone la de conservarla hasta su entrega y la de adoptar todas las medidas que se precisen en orden a mantenerla y preservarla en el estado en que se encontraba en el momento de la celebración del contrato, sin perjuicio de las obligaciones a cargo de la parte que la debe recibir, y sin perjuicio de la destrucción o deterioro de la cosa debidos a caso fortuito o fuerza mayor.

3. Salvo pacto en contrario, la obligación de entregar una cosa comprende también la de entregar los accesorios y todo lo que ha sido destinado a su uso permanente en el momento del acuerdo, así como los frutos pendientes que la cosa ha producido después del acuerdo (22), y la de adoptar las medidas precisas en orden a su obtención.

4. Si únicamente se ha determinado el género de la cosa a entregar, son consideradas como debidas cosas del mismo género y de calidad no inferior a la media.

(22) Conviene poner de relieve que en la versión francesa del Código se utiliza la expresión *fruits indivisibles* que, sin embargo, no cabe traducir literalmente –frutos indivisibles– sino en el sentido indicado en el texto –frutos pendientes–, lo que se deduce de una lectura sistemática del precepto considerado.

5. La parte que crea con justo motivo que el comportamiento de la otra parte contratante no es conforme a los deberes explícita o implícitamente establecidos en los párrafos anteriores, y sea susceptible de poner en riesgo sus derechos, puede obtener judicialmente, incluso antes de la expiración del plazo de cumplimiento, la adopción de alguna de las medidas previstas en el artículo 172.

6. Aquel que promete el hecho de un tercero o la asunción de una obligación por éste viene obligado a indemnizar a la otra parte contratante si el tercero se niega a asumir la obligación o no realiza el hecho prometido.

7. El mismo deber de indemnizar a la otra parte contratante rige respecto de aquel que ha declarado por escrito, en términos inequívocos, que un hecho o una situación se han producido o se producirán si éstos no se han producido o no llegan a producirse.

Artículo 46 *Efectos reales*

1. Salvo pacto expreso en contrario, el contrato estipulado para transmitir la propiedad de una cosa mueble, o constituir o transmitir un derecho real sobre esa cosa, produce efectos reales tanto entre las partes como frente a terceros desde el momento de la entrega de aquélla al adquirente, a la persona encargada por éste de recibirla o al transportista que, previo acuerdo, deba encargarse de la entrega.

2. En el caso previsto en el apartado anterior, si quien transmite en virtud de un contrato una cosa mueble o un derecho real sobre ésta no es el propietario ni el titular, la otra parte contratante deviene propietaria de la cosa o titular del derecho según lo previsto en el contrato, desde la entrega, con tal que sea de buena fe.

3. Para los bienes muebles inscritos y para los inmuebles, las reglas relativas a los efectos reales en vigor en los diferentes Estados en el momento de la adopción de este código continuarán aplicándose. En cualquier caso, para los bienes muebles inscritos y para los inmuebles los efectos reales no se producen sino en el momento en que se satisfacen las formalidades de publicidad previstas en la zona donde se encuentre el bien inmueble o en la que deba ser entregado al adquirente el bien mueble inscrito.

4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el riesgo de la destrucción o deterioro de la cosa es del adquirente desde el momento en que éste, la persona encargada por él de recibirla o el transportista que previo acuerdo se compromete a entregarla, han tomado posesión de la cosa.

Artículo 47
*Enajenación a varios sujetos de la misma cosa
o del mismo derecho de disfrute personal*

1. Si en virtud de contratos sucesivos un sujeto transmite en favor de varias personas la propiedad de una cosa o un derecho real sobre la cosa, y aun cuando en los propios contratos se hubieran excluido los efectos reales que derivan de la entrega de la cosa, adquiere la propiedad aquel que ha obtenido de buena fe la posesión material.

2. En caso de constitución de un derecho de disfrute personal sobre una misma cosa en favor de varias personas a través de contratos sucesivos, el disfrute corresponde a la persona que primero lo obtiene. Si ninguno de los contratantes hubiera obtenido el disfrute resultará preferente aquel que tenga un título de fecha anterior.

Artículo 48
Pacto de no enajenar y de no establecer precios diferentes

1. La obligación asumida por una de las partes de no enajenar la cosa recibida de la otra parte no tiene efecto sino entre los contratantes, con independencia de la buena o mala fe del tercer adquirente. Dicho compromiso no produce efecto si no se circunscribe a límites de tiempo razonables y si no responde a un interés apreciable del enajenante.

2. La disposición contenida en el apartado anterior se aplica igualmente en caso de que una de las partes se hubiera obligado a no enajenar la cosa que le había sido cedida a un precio diferente del acordado.

Sección 2
Efectos producidos por elementos accidentales

Artículo 49
Condición suspensiva

1. Las partes pueden pactar que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efecto si un acontecimiento futuro e incierto se realiza o no.

2. En tal caso el contrato produce sus efectos a partir del momento en que se realiza la condición a menos que las partes convengan expresamente que los efectos se retrotraigan al momento de la celebración del

contrato y establezcan la forma en que la retroacción puede realizarse conforme a derecho y a sus intereses específicos.

3. Aun cuando las partes acuerden el efecto retroactivo de la condición los frutos percibidos son debidos solamente a partir del momento en que la condición se cumple.

Artículo 50

Condición resolutoria

1. Las partes pueden pactar que el contrato, o una o varias de sus cláusulas, dejen de producir efecto si un evento futuro e incierto se realiza o no.

2. Los efectos del cumplimiento de la condición no se retrotraen al momento de la celebración del contrato a menos que las partes lo establezcan expresamente según lo previsto en el apartado segundo del artículo 49, excepto lo dispuesto en el apartado tercero del mismo artículo.

Artículo 51

Condición pendiente

Mientras la condición no se cumpla, la parte que ha contraído una obligación, o constituido o transmitido un derecho real, debe comportarse de buena fe sin perjudicar los derechos de la otra parte; esta última puede, en su caso, solicitar judicialmente la adopción de alguna de las medidas previstas en el artículo 172, con reserva de la indemnización de los daños causados.

Artículo 52

Cumplimiento de la condición

1. Si no se ha establecido ningún término en el que deba cumplirse la condición, ésta se reputa no cumplida cuando resulta evidente la imposibilidad de su realización.

2. La condición se reputa cumplida o no cumplida desde que la parte contratante interesada ha impedido o provocado su cumplimiento.

Artículo 53

Condiciones ilícitas e imposibles

1. Es nulo el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria contraria a las reglas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

2. Si la condición imposible es suspensiva hace nulo al contrato, y si es resolutoria se reputa no escrita.

3. Si la condición ilícita o imposible se contiene en una cláusula separada del contrato, se aplican las disposiciones de los párrafos anteriores en lo que se refiere a la validez de la cláusula separada, a salvo lo dispuesto en el artículo 144 sobre la nulidad parcial.

Artículo 54

Condición simplemente potestativa

1. Es nulo el contrato sometido a una condición suspensiva cuya realización dependa exclusivamente de la voluntad de una de las partes.

2. Si una condición suspensiva simplemente potestativa se halla en una cláusula separada del contrato hace nulo a todo el contrato, a salvo lo dispuesto en el artículo 144 sobre la nulidad parcial.

Artículo 55

Condición referida al pasado o al presente

Las partes pueden convenir que el contrato, o una o varias de sus cláusulas, produzcan efecto en caso de que se haya realizado o no en el pasado, y en caso de que se haya realizado o no en el presente, un acontecimiento que ellas ignoran en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 56

Término inicial y final

Las partes pueden pactar que el contrato, o una o varias de sus cláusulas, produzcan efecto a partir de cierta fecha y hasta cierta fecha. Asimismo pueden referirse a acontecimientos que es seguro que se realizarán en el futuro aunque sea incierto el momento.

Artículo 57

Comienzo y cese de los efectos en ausencia de término convencional

1. Si las partes no han pactado un término inicial, el contrato produce efectos en el momento de su celebración, salvo si cabe inferir de las circunstancias, usos y costumbres un término inicial diferente.

2. Si en los contratos de ejecución continua o periódica las partes no han fijado término final, cada una de ellas puede poner fin al contrato

mediante una comunicación dirigida a la otra parte con un preaviso conforme a la naturaleza del contrato, o a la costumbre, o a la buena fe.

Artículo 58

Cálculo del término

1. Si el término inicial o final no está constituido por una fecha fija o por un acontecimiento futuro, sino que las partes se han referido a un período constituido por un número de días, de meses o de años, se observarán las disposiciones siguientes.

2. No se cuenta el día inicial del término indicado por las partes.

3. Los meses se calculan con abstracción del número de días que los constituyen, computándose el término a partir del día correspondiente al del mes inicial.

4. Si el término se indica en años hay que referirlo al día y mes del año inicial.

Artículo 59

Modo

1. En las liberalidades entre vivos o por causa de muerte, el beneficiario puede ser obligado a cumplir una carga hasta el valor de la liberalidad.

2. Si el cumplimiento de la carga es de interés público, en caso de muerte de la otra parte su realización puede ser requerida igualmente por la autoridad pública.

3. Las disposiciones contenidas en los apartados precedentes se aplican igualmente a los contratos estipulados en favor de terceros o en consideración a terceros (23).

(23) En la versión francesa del Código, el apartado tercero del artículo 59 establece textualmente que *les dispositions contenues dans les alinéas précédents s'appliquent également dans les contrats stipulés en faveur des tiers eu égard au tiers*. Parece que en el inciso final del apartado transcrito, concretamente entre las expresiones *en faveur des tiers* y *eu égard au tiers*, falta la conjunción *ou*, sin la que el texto considerado carece de sentido.

Sección 3 **Representación (24)**

Artículo 60 *Contrato celebrado por el representante*

1. El contrato celebrado por un sujeto autorizado por el interesado para actuar en nombre y por cuenta de éste produce directamente sus efectos frente al propio representado si el representante ha actuado dentro de los límites de los poderes que le han sido conferidos y si el tercero que lo ha celebrado ha tenido conocimiento de la representación.

2. Las declaraciones unilaterales efectuadas por y con respecto al representante, autorizado a emitir las y a recibirlas, producen directamente sus efectos frente al representado.

3. Los apartados 1 y 2 se aplican igualmente si el poder de representación es conferido por la ley o por la autoridad judicial.

Artículo 61 *Representante aparente*

Cuando un sujeto no tiene poder para actuar en nombre e interés de otro, pero éste ha actuado de manera que induzca al tercero a contratar, dejándole razonablemente creer que aquél tenía tal poder, el contrato queda celebrado entre el representado aparente y la otra parte contratante.

Artículo 62 *Otorgamiento del poder*

1. El poder de representar a otro puede ser conferido mediante una declaración escrita u oral dirigida al representante o al tercero con el cual este último ha de celebrar el contrato. En el primer caso, el tercero que contrata con el representante puede exigir que éste justifique sus poderes, y, si la representación ha sido conferida mediante poder escrito, que le remita una copia firmada por él al efecto de su autenticación.

2. El poder debe ser conferido según las formas prescritas por la ley para el contrato que el representante haya de celebrar.

(24) Traducción a cargo de Sergio CÁMARA LAPUENTE, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja.

Artículo 63

Revocación del poder

1. La revocación del poder no produce efecto si el representado ha fijado expresamente su irrevocabilidad, sin perjuicio de la indemnización por el daño que el tercero sufra por haber ignorado la irrevocabilidad sin culpa suya.

2. Si el poder se ha conferido tanto en interés del representante como de un tercero, no puede ser revocado sin el consentimiento del interesado, salvo si lo justifica un motivo válido.

3. Cuando el poder de representación es revocado o finaliza por algún otro motivo, el poder escrito debe ser restituido al representado.

4. La revocación del poder o la modificación de los poderes de representación no producen efecto si no han sido notificadas a los terceros con los que el representante trató o pueda tratar, o si no se prueba que éstos las conocían en el momento de la celebración del contrato. Las demás causas de extinción del poder de representación otorgado por el interesado no pueden oponerse a terceros que las han ignorado sin culpa suya.

Artículo 64

Representación sin poder

1. La persona que contrató como representante sin tener poderes para ello o excediendo los límites de los poderes que le fueron otorgados, responde del perjuicio que el tercero contratante hubiese sufrido por haber creído de buena fe que celebraba un contrato válido con el presunto representado, salvo si el mismo tercero ejercita la facultad de considerar el contrato como celebrado con el representante carente de poderes.

2. Cuando el tercero no hace uso de la facultad de instar el cumplimiento del contrato por parte del representante sin poderes, los daños y perjuicios mencionados en el apartado anterior comprenden, a elección del perjudicado, el daño que habría evitado bien si el representante hubiera tenido el poder, o bien si éste no hubiera declarado falsamente que lo tenía.

Artículo 65

Ratificación

1. El interesado puede asumir los efectos del contrato celebrado en su nombre por el representante sin poderes dirigiendo a los terceros una declaración de ratificación, que deberá expresarse en las formas prescri-

tas por la ley para la conclusión del contrato mismo. La ratificación debe tener lugar en un plazo razonable, teniendo el tercero contratante la facultad de invitar al interesado a pronunciarse sobre la eventual ratificación, señalándole para ello un plazo determinado. Expirado éste, en caso de silencio, la ratificación se reputa rechazada.

2. La ratificación tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

3. La facultad (25) de ratificar se transmite a los herederos.

Artículo 66

Capacidad de los sujetos

En caso de representación voluntaria, para que sea válido el contrato celebrado por el representante, se requiere simplemente que las facultades mentales de este último no estén alteradas por razones patológicas, y que, por su parte, el representado tenga la capacidad de contratar mencionada en el artículo 5 del presente Código y, además, que no esté incurso en prohibición alguna para celebrarlo.

Artículo 67

Circunstancias subjetivas

1. El contrato celebrado por el representante es anulable (26) cuando la voluntad del representante esté viciada. Si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable (27) si la voluntad de éste estaba viciada.

2. La persona del representante deberá ser tenida en cuenta, cuando la buena o mala fe, el conocimiento o la ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, salvo si se trata de elementos predeterminados por el representado (28).

3. En ningún caso el representado de mala fe puede aprovecharse de la ignorancia o buena fe del representante.

4. Las reglas de este artículo, así como las del anterior, no se aplican a la persona meramente encargada de transmitir la voluntad de otro.

(25) El texto original, anfibiológicamente, emplea la palabra "pouvoir".

(26) El texto original, literalmente, emplea la perífrasis "susceptible de ser anulado".

(27) *Idem*, nota anterior.

(28) Una traducción más apegada al orden del texto original francés sería: "Cuando la buena o mala fe, el conocimiento o la ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, la concurrencia de estos elementos se examinará en la persona del representante, salvo (...)".

Artículo 68

Autocontrato y conflicto de intereses

1. Puede ser anulado el contrato que el representante celebra consigo mismo, sea por cuenta propia, sea como representante de la otra parte contratante, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente o que el contenido del contrato esté determinado de forma que se excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación sólo puede ejercitarse por el representado.

3. El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a instancia del representado si el conflicto era conocido o podía serlo por el tercero.

Artículo 69

Representantes y auxiliares (29) del empresario

1. La persona encargada de representar habitualmente a una empresa o a una rama de la misma y que, en calidad de tal se relaciona con terceros, se presume provista del poder para celebrar en nombre y por cuenta del empresario los contratos relativos a la actividad de la empresa que pueden estipular los que ejercen una función análoga en la misma zona.

2. Los auxiliares de los sujetos mencionados en el apartado anterior, que establezcan contactos con terceros, se presumen provistos del poder para celebrar contratos relativos a los bienes que ellos entregan directamente y para cobrar su importe, a menos que en los locales donde operen haya un servicio de caja (30).

3. En el caso previsto en los apartados anteriores, los terceros tienen, en todo caso, derecho a exigir que el encargado o su auxiliar le justifiquen sus poderes.

(29) En el texto original, “collaborateurs”.

(30) El texto original, literalmente viene a decir: “una persona encargada de los ingresos [l'encaissement]”.

Sección 4
Contrato por persona a designar

Artículo 70
Reserva de designación y sus modalidades

1. Hasta el momento de la celebración del contrato, una parte puede reservarse la facultad de nombrar después al sujeto que ha de adquirir los derechos y contraer las obligaciones que nacen del contrato. Esta facultad se excluye para los contratos que no puedan ser celebrados mediante representante o para los que es obligatoria la identificación de las partes contratantes en el momento de la celebración.

2. La designación del sujeto que debe sustituir al contratante debe efectuarse mediante una notificación a la otra parte en un plazo de ocho días a contar desde la conclusión del contrato, si las partes no convienen un plazo distinto. Se aplica la disposición contenida en el artículo 21 del presente código.

3. Esta declaración no tiene efecto si no se acompaña de la aceptación expresa de la persona nombrada o si no existe apoderamiento anterior al contrato.

4. Si el contrato ha sido celebrado bajo forma determinada, incluso no prevista por la ley, la designación del sustituto, así como la declaración de aceptación por parte de este último y el poder otorgado por él, carecen de efecto si no revisten la misma forma.

5. Si el Derecho nacional del lugar donde el contrato ha sido celebrado o donde se cumplirá prescribe una cierta forma de publicidad, debe igualmente ser adoptada para los actos referidos en el apartado anterior. Para los contratos relativos a bienes muebles inscritos o a inmuebles, se aplica el artículo 46 apartado 3 del presente Código a los efectos que allí se indican.

Artículo 71
Efectos de la designación y de su falta

1. Si la designación del sustituto ha sido efectuada válidamente, este último adquiere con carácter exclusivo los derechos y contrae las obligaciones que se derivan del contrato desde el momento en que ha sido celebrado.

2. Al sustituto y al contratante que lo ha designado se les aplican las disposiciones del artículo 67 del presente Código.

3. Si la designación del sustituto no ha sido válidamente efectuada

en el plazo indicado por la ley o por las partes, el contrato produce definitivamente sus efectos entre los contratantes originarios.

Sección 5

Contrato a favor de tercero

Artículo 72

Atribución de un derecho a un tercero

1. Las partes pueden celebrar un contrato por el cual atribuyen un derecho a un tercero, imponiendo a una de las partes el deber de satisfacerlo.

2. El tercero puede no estar identificado o no existir en el momento de la celebración del contrato.

3. Salvo pacto en contrario, el tercero beneficiario adquiere el derecho frente al promitente por efecto de la perfección del contrato sin que su aceptación sea necesaria. Puede, no obstante, renunciar a su derecho. En este caso, el promitente queda obligado al cumplimiento, no ya en favor del tercero beneficiario, sino en favor de la parte estipulante, salvo que resulte otra cosa de la voluntad de los sujetos o de la naturaleza de la relación.

4. Las partes contratantes pueden modificar o resolver de común acuerdo el contrato en tanto el tercero beneficiario no haya notificado a las partes que pretende ejercitar el derecho que le ha sido conferido por el contrato.

Artículo 73

Podere atribuidos al tercero

1. El tercero beneficiario, cuyo derecho se condicione a que la parte estipulante cumpla sus obligaciones contractuales frente al promitente, puede actuar contra este último como si fuera él mismo una parte contratante y ejercitar toda clase de acciones por incumplimiento, cumplimiento tardío o inexacto. Puede igualmente invocar cualquier cláusula de exoneración o de limitación de responsabilidad prevista en el contrato.

2. El promitente puede oponer al tercero las excepciones relativas a la invalidez o la ineficacia del contrato, así como al incumplimiento, cumplimiento tardío o inexacto, pero no las excepciones que deriven de otras relaciones existentes entre él y el estipulante.

Artículo 74
Disposiciones aplicables

1. Quedan a salvo las reglas de los Derechos nacionales en materia de revocación de donaciones por ingratitud del donatario y de reducción de donaciones por inoficiosidad, cuando el derecho ha sido concedido al tercero a título de liberalidad. En este último caso, se aplica igualmente el artículo 59 del presente Código.

2. Si el contrato se estipula para transferir al tercero la propiedad de una cosa o para constituir o transmitir en su favor un derecho real sobre ésta, son aplicables las disposiciones del artículo 46 del presente Código.

TÍTULO VII (31)

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Sección 1
Disposiciones generales

Artículo 75
Modalidades del cumplimiento

1. Cada parte está obligada a cumplir exacta e íntegramente todas las obligaciones derivadas del contrato que le son atribuidas, sin que sea necesaria petición del titular del derecho. En el cumplimiento de las prestaciones debidas, el deudor debe comportarse conforme a lo convenido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigible en cada caso específico, teniendo como base los acuerdos, las circunstancias y la práctica corriente.

2. En el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una actividad profesional o empresarial, el grado de diligencia exigible depende igualmente de la naturaleza de la prestación debida.

3. Si el contrato prevé una obligación de hacer de naturaleza profesional, ésta se considera cumplida cuando el deudor ha puesto con la diligencia debida, los medios que sean necesarios para obtener el resultado

(31) Traducción debida a Sofia DE SALAS MURILLO, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

previsto, salvo que conforme a lo pactado, las circunstancias, o al uso, haya que entender que el cumplimiento solamente tiene lugar si el resultado se ha alcanzado plenamente.

4. Los gastos del cumplimiento y de la expedición del recibo quedan a cargo del deudor.

Artículo 76

Modalidades del cumplimiento

1. Cuando el cumplimiento de la obligación requiera la disponibilidad, la presencia o la cooperación del acreedor, el deudor debe comunicarle previamente que está preparado para cumplir, y debe convenir con él las condiciones de cumplimiento conforme a lo pactado. Si el acreedor no da a conocer su disponibilidad en un término razonable, o si las partes no llegan a un acuerdo sobre este particular, el deudor puede efectuar un ofrecimiento formal de su prestación conforme al artículo 105.

2. Si el cumplimiento de la obligación requiere la disponibilidad, la presencia o la cooperación de un tercero, o la obtención de una autorización pública, incumbe al deudor, salvo pacto en contrario, establecer los contactos necesarios con los terceros u obtener aquélla de las autoridades competentes.

Artículo 77

Cumplimiento parcial

1. El acreedor puede rehusar el cumplimiento parcial, aunque la prestación sea divisible, salvo que el contrato, la ley o los usos dispongan otra cosa.

2. Sin embargo, si la deuda se compone de una parte líquida y de otra ilíquida, el deudor podrá realizar, y el acreedor exigir, el pago de la primera en los términos previstos en el contrato o en el presente Código, sin esperar a que la segunda sea líquida.

Artículo 78

Prestación distinta de la debida y efectuada con cosas de las que el deudor no podía disponer

1. El deudor no puede liberarse cumpliendo una prestación distinta a la pactada, aunque sea de valor igual o superior, a menos que el acreedor lo consienta. En este último caso, cuando se cumpla la prestación distinta, la obligación contractual se considera extinguida.

2. Si la prestación distinta consiste en la cesión de un crédito, se

entiende extinguida la obligación cuando el crédito en cuestión ha sido cobrado, a menos que las partes hayan manifestado una voluntad diferente, y salvo que la falta de cobro se deba a negligencia del cesionario.

3. Si el deudor ha pagado con cosas de las que no podía disponer, sólo puede pedir su restitución, ofreciendo el cumplimiento de la prestación debida con cosas de las que puede disponer. El acreedor que ha recibido de buena fe el pago efectuado con cosas de las que el deudor no podía disponer, podrá restituirlas y exigir la prestación que le sea debida, quedando a salvo, en todo caso, la indemnización de daños, pero debe comportarse de manera que no perjudique los derechos de la persona que tenga la propiedad o el poder de disposición de las cosas utilizadas por el deudor.

Artículo 79

Cumplimiento por un tercero

1. Si el contrato no prevé que la obligación deba cumplirse personalmente por el deudor, o si esto no viene exigido por la naturaleza de la prestación, el cumplimiento puede realizarse por una persona designada por el deudor, o por un tercero, incluso ignorándolo aquél; pero el acreedor puede rechazar tal cumplimiento si éste le perjudica, o si el deudor ha manifestado su oposición.

2. El tercero que ha cumplido la obligación, si la había garantizado o tenía un interés directo en que se cumpliera, se subroga en los derechos del acreedor. Este último, en todo caso, tiene la facultad de subrogarle en sus derechos, de manera expresa, en el momento de recibir el pago, salvo que el tercero ya hubiera cumplido la obligación, sin que el deudor hubiera tenido conocimiento de ello.

Artículo 80

Incapacidad del deudor o del acreedor

1. El pago efectuado por un deudor incapaz no puede impugnarse, salvo que se trate de una prestación distinta a la debida, o que consista en un acto de disposición de bienes de un valor considerable, a la vista de la situación económica del deudor, y a condición de que el pago no exija capacidad de obrar del deudor o la intervención del representante legal del incapaz. En todo caso, el acreedor se puede oponer a la demanda de declaración si prueba que el pago no ha perjudicado al deudor.

2. El deudor sólo queda liberado por el pago efectuado a un acreedor incapaz de recibirlo, en la medida en que le haya sido útil a éste, correspondiendo la carga de la prueba al deudor.

Artículo 81

Destinatario del pago

1. El pago debe hacerse al acreedor, o a su representante expresamente designado a este efecto, o a la persona indicada por el acreedor mismo, incluso aunque no haya sido mencionada en el contrato, o a la persona autorizada por la ley o por el juez para recibirlo. El pago efectuado a un tercero que no esté legitimado para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica, o en la medida en que a éste le haya sido útil.

2. El pago hecho a la persona que aparezca legitimada para recibirlo sobre la base de circunstancias unívocas, incluso aunque sea un mero representante aparente, libera al deudor que pruebe que ha actuado de buena fe. La persona que ha recibido el pago está obligada a restituirlo al verdadero acreedor.

3. Carece de efecto el pago efectuado a un acreedor que no puede recibirlo por estar sometido a un procedimiento de embargo, expropiación u otras medidas similares.

Artículo 82

Lugar de cumplimiento

1. Las obligaciones derivadas de un contrato deben cumplirse en el lugar previsto, expresa o implícitamente por éste, o en ausencia de tal previsión, teniendo en cuenta los usos y las circunstancias, a la vista de la naturaleza de la prestación debida. Si el lugar de la prestación no está determinado por el contrato y no puede deducirse según los criterios anteriormente mencionados, se observarán las disposiciones siguientes.

2. La obligación de entregar una cosa cierta y determinada debe ser cumplida en el lugar en que la cosa se encontraba cuando nació la obligación. Cuando se trate de mercancías producidas por el deudor, su entrega debe efectuarse en el establecimiento profesional donde está domiciliado en el momento del vencimiento.

3. La obligación que tenga por objeto una suma de dinero debe cumplirse, por cuenta y riesgo del deudor, en el domicilio del acreedor, o si éste es un empresario, en la sede de su establecimiento profesional en el momento del vencimiento. Si el domicilio o establecimiento profesional son diferentes de aquellos que el acreedor tenía en el momento de nacimiento de la obligación, y este hecho hace más oneroso el cumplimiento, el deudor tiene derecho, comunicándolo previamente al acreedor, a hacer el pago en su propio domicilio.

4. En los demás casos, la obligación debe cumplirse en el domicilio del deudor en el momento del vencimiento.

Artículo 83

Tiempo del cumplimiento

1. Las obligaciones que derivan del contrato deben cumplirse en el tiempo previsto, expresa o implícitamente en el mismo, o en su defecto, teniendo en cuenta los usos y las circunstancias, a la vista de la naturaleza de la prestación debida, y el modo y lugar donde aquélla debe ser cumplida. La obligación debe cumplirse inmediatamente si el periodo de tiempo no está determinado por el contrato, o no puede determinarse conforme a dichos criterios, y tampoco es razonable conceder al deudor un plazo de tiempo para preparar y velar por el cumplimiento.

2. Salvo pacto en contrario, el cumplimiento debe hacerse a una hora razonable y si el acreedor es un empresario, durante el horario habitual del establecimiento profesional.

3. Si en el contrato se fija un término para el cumplimiento, o éste es susceptible de determinarse en virtud de los criterios anteriormente mencionados, dicho término se presume a favor del deudor, que puede desde ese momento proceder al cumplimiento, incluso antes del término, salvo que éste resulte establecido a favor del acreedor o de ambos. Si el plazo debe considerarse establecido a favor del acreedor, éste puede rechazar el cumplimiento anticipado, a menos que sea de tal naturaleza que perjudique a sus intereses.

4. Si el plazo no ha sido establecido a favor del acreedor, éste puede exigir la prestación antes del vencimiento, si el deudor ha devenido insolvente, o si ha disminuido por sus propios hechos las garantías que había dado, o si no había dado las garantías que había prometido.

5. El deudor no puede repetir lo que había pagado por anticipado, ignorando la existencia del término.

6. El término antes del cual la obligación debe ser cumplida, se calcula conforme al previsto en el artículo 58. Salvo pacto en contrario, si el término vence un día festivo, se entiende prorrogado al día laborable siguiente, cuando no haya usos diferentes al respecto.

Artículo 84

Imputación del pago

1. El deudor de varias deudas de dinero o de la misma especie, frente a la misma persona, puede indicar cuando pague, cuál de las deudas debe entenderse satisfecha. La imputación puede asimismo aplicarse a obligaciones derivadas de contratos anulables y no exigibles; la imputación obliga al acreedor si éste no la rechaza en un plazo razonable.

2. Si el deudor no declara su intención, aunque sea de forma implí-

cita, al acreedor, éste puede indicar al emitir el recibo, o ulteriormente, a qué deuda debe entenderse imputado el pago recibido, con tal que se trate de una obligación válida y susceptible de ejecución forzosa; el acreedor no puede, después, modificar tal imputación. El deudor puede oponerse a dicha imputación si el acreedor ha recurrido a subterfugios o se ha aprovechado de manera desleal de las circunstancias.

3. Cuando ni deudor ni acreedor se han pronunciado sobre la imputación, el pago debe imputarse a la deuda vencida; entre varias deudas vencidas igualmente garantizadas, a la que sea más onerosa para el deudor; entre varias deudas igualmente onerosas para el deudor, a la más antigua. Si estos resultan inaplicables, la imputación se hace en proporción a cada una de las deudas.

Artículo 85

Emisión del recibo y liberación de las garantías

1. El acreedor, a petición del deudor que ha pagado, debe entregar un recibo que sea conforme a los legítimos intereses de este último. Los gastos del recibo son a cargo del deudor, salvo pacto en contrario.

2. El acreedor debe, además, anotar en el documento en que se constituyó la obligación, que ésta ha sido satisfecha, incluso si lo restituye al deudor, cuando éste tenga derecho a exigirlo. Si el acreedor afirma no estar en condiciones de restituirlo, el deudor tiene derecho a exigirle una declaración al respecto, en el acto del pago.

3. El acreedor que ha recibido el pago debe restituir los bienes muebles que tuviera en prenda, liberar los demás bienes de las garantías reales constituidas en garantía del crédito, y de todo vínculo que de cualquier otra forma limite la disponibilidad.

Sección 2

Cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales

Artículo 86

Cumplimiento de las obligaciones pecuniarias

1. Las deudas pecuniarias se extinguen cuando el deudor pone a disposición del acreedor, por los medios habituales en la práctica, la cantidad que le debe, en la moneda que esté legalmente en curso en el momento y lugar del pago. Las entregas efectuadas mediante domiciliación

bancaria o en formas equivalentes, son liberatorias sin que sea necesaria aceptación por parte del acreedor, o a falta de ésta, el ofrecimiento del deudor conforme al artículo 105.

2. Si una moneda ya no tiene curso legal o su empleo ya no está admitido o no es posible en el momento del pago, éste debe hacerse en moneda legal, en cuantía equivalente al valor de la moneda inicialmente empleada.

3. Si una deuda pecuniaria debe ser pagada en un periodo posterior al de su nacimiento, el deudor, salvo pacto en contrario o diferente, está obligado a pagar al acreedor los intereses compensatorios sobre dicha cantidad, en la medida convenida por escrito por las partes, o a falta de acuerdo, en la medida prevista en el artículo 169.3. Además, cuando la depreciación de la moneda en el momento de vencimiento de la deuda, entrañe una pérdida de valor superior al cincuenta por ciento en relación al momento de nacimiento de la obligación, el deudor está obligado, salvo pacto en contrario o diferente, a pagar al acreedor que no esté en mora, una suma complementaria, en relación a la que corresponda al valor nominal. Esta revalorización será calculada según lo previsto en el artículo 169.4.

4. El pago voluntario de intereses, en una cuantía superior a la indicada en el párrafo anterior, con tal de que no sea usuraria, no da derecho a la repetición del exceso.

5. Salvo pacto en contrario o diferente, el deudor de una obligación pecuniaria, que esté en mora, responde en todos los casos del perjuicio causado al acreedor a consecuencia de la depreciación de la moneda que se haya producido, incluso si aquélla es inferior al límite mencionado en el apartado 3 del presente artículo, y según lo previsto en el artículo 169.4.

Artículo 87

Cumplimiento de obligaciones cumulativas y alternativas

1. Cuando derive del contrato la obligación de realizar dos o más prestaciones, si otra cosa no resulta de la voluntad de las partes, las circunstancias o los usos, el deudor está obligado a realizar todas las prestaciones.

2. Cuando derive del contrato una obligación con prestaciones alternativas, el deudor está obligado a ejecutar una de las dos, o una de entre ellas, pero no tiene la facultad de ejecutar parte de una y parte de la otra o las otras.

3. Salvo pacto en contrario de las partes, la opción pertenece al deudor y surte efecto al hacer la declaración de opción o al comenzar la ejecución de una de las prestaciones.

4. Si la parte a la que corresponde la opción, no la ejerce en el plazo previsto, la opción pasa a la otra parte, salvo si esta última se propone resolver el contrato y exigir la reparación del daño.

5. Si una de las prestaciones alternativas se hace imposible por causa no imputable a ninguna de las partes, la obligación se considera pura y simple. Si la imposibilidad deriva de causa imputable a una de las partes, la otra puede estimar que la primera no ha cumplido su obligación.

Artículo 88

Cumplimiento de obligaciones solidarias e indivisibles

1. Salvo pacto o disposición legal en contrario, y a reserva de que la ley no disponga de otro modo, cuando el contrato obligue a dos o más deudores a cumplir la misma prestación, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento íntegro a cualquiera de los deudores, a su elección, y el cumplimiento efectuado por un codeudor extingue la obligación.

2. El codeudor que ha cumplido total o parcialmente la obligación, puede exigir a los demás la parte que a cada uno corresponda; salvo pacto en contrario, dichas partes se consideran iguales.

3. Si un deudor está obligado a realizar una prestación a favor de varios acreedores, cada uno de ellos tiene derecho a reclamar el cumplimiento de toda la obligación únicamente si ésta es indivisible o si esto ha sido convenido expresamente o dispuesto por la ley: en ese caso, el cumplimiento a favor de uno de los coacreedores, libera igualmente al deudor respecto a todos los otros. En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide en partes iguales entre los varios acreedores, salvo pacto en contrario, a menos que ésta hubiera sido contraída en interés exclusivo de uno o de varios de ellos.

4. Para el caso indicado en el apartado 1, salvo pacto en sentido distinto, el requerimiento para cumplir la obligación y cualquier otra comunicación o declaración relacionada con la deuda, o destinada a interrumpir la prescripción o a renunciar al crédito, deben ser dirigidas a todos los codeudores, bajo pena de ineficacia, en caso contrario, salvo que éstas no deban tener efecto más que frente a uno de los codeudores en la cuantía que le corresponde. Para el caso indicado en el apartado 3, cada comunicación dirigida al deudor por uno de los coacreedores no tiene efecto, salvo pacto en contrario, más que respecto a aquél que la emite.

Las disposiciones del presente artículo son aplicables en caso de indivisibilidad legal, convencional o natural de la obligación.

TÍTULO VIII

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Sección 1 (32)

Disposiciones generales

Artículo 89

Noción de incumplimiento

Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones siguientes, se considera incumplida una obligación contractual si uno de los contratantes, o sus colaboradores o encargados, adoptan un comportamiento diferente al previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho diferente de la que puede considerarse acordada.

Artículo 90

Deudor que declara por escrito no querer cumplir

1. Si el deudor declara por escrito al acreedor no tener intención de cumplir, este último tiene la facultad de notificarle por escrito y sin demora, y en todo caso dentro de ocho días, que en virtud de esta declaración considera la obligación incumplida. En defecto de dicha notificación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tenga lugar posteriormente.

2. El deudor, dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la notificación mencionada en el apartado anterior, puede impugnarla por escrito; y si, en los ocho días que siguen, el acreedor no reconsidera por escrito su posición, deberá el deudor dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo.

3. Salvo pacto en contrario entre las partes, los plazos indicados en los apartados anteriores y en los artículos siguientes se suspenden en los periodos festivos y vacacionales habituales y conforme a lo previsto en el artículo 58.

(32) Artículos 89 a 96, traducidos por M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Artículos 97 a 102, traducidos por Marina PÉREZ MONGE, Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Artículo 91

Deudor que no se halla en situación de cumplir

1. Si antes del vencimiento del plazo, resulta razonable estimar que el deudor no está o no se ha situado en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no se encuentra en situación de cumplirla sin defectos notables, y que todo ello no es debido a una acción u omisión del acreedor, este último puede instarle por escrito a que, en un plazo razonable, que no será inferior a quince días, garantice adecuadamente el cumplimiento futuro con la advertencia de que a falta de garantía el incumplimiento se considerará definitivo.

2. El deudor, si no proporciona la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, impugnar por escrito la solicitud del acreedor y debe, si este último no reconsidera por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo.

Artículo 92

Incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada

1. (33) La obligación de entregar una cosa cierta y determinada se considera incumplida si la cosa no se entrega antes del término y de la manera prevista, o si se entrega pero presenta defectos, o si se entrega una cosa diferente o que pueda ser tenida por tal, a menos que en los distintos casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:

- a) El deudor obtenga del acreedor una prórroga del término o que ésta le sea concedida por el juez por motivos razonables;
- b) se trate de defectos remediables y el acreedor acepte que el deudor asuma, en un plazo razonable, las reparaciones o el juez le autorice a efectuarlas;
- c) la cosa debida se haya perdido o se haya deteriorado sin que quepa atribuir responsabilidad al deudor, o el acreedor acepte la entrega de una cosa diferente, o el juez declare que, por motivos razonables, el cumplimiento puede considerarse realizado desde entonces;
- d) el acreedor ejerza la facultad de entregar una contraprestación reducida en proporción al menor valor de la cosa recibida y cuya cuantía, a falta de acuerdo, sea fijada por el juez.

(33) En el texto original se inicia una enumeración de párrafos que después no continúa y que se ha optado por mantener –por fidelidad a dicho texto– en la traducción.

Artículo 93
*Incumplimiento de la obligación de entregar
una cantidad de cosas genéricas*

La obligación de entregar una cantidad de cosas determinadas solamente por su género se considera incumplida si no se entrega antes del término y de la manera prevista, si lo entregado es de una calidad o en una cantidad inferior o superior a la debida, o de una especie diferente, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:

- a) El deudor obtenga del acreedor una prórroga del término para la entrega de todas las cosas o de las que no han sido entregadas todavía, o que dicha prórroga le sea concedida por el juez por motivos razonables;
- b) el acreedor restituya el excedente, o lo conserve pagando el precio previsto en el contrato;
- c) el acreedor acepte las cosas recibidas de calidad o en cantidad inferior, entregando una contraprestación proporcionalmente menor, cuya cuantía, en ausencia de pacto, sea fijada por el juez;
- d) la cantidad de cosas debidas, o una parte, se haya perdido o deteriorado, sin responsabilidad del deudor, y el acreedor acepte la entrega de una cantidad de cosas diferentes o la sustitución de algunas de ellas o la reparación de aquéllas que presenten un defecto, o el juez estime que, por motivos razonables, la obligación puede considerarse cumplida como consecuencia de la entrega de cosas diferentes o sustituidas en parte o reparadas.

Artículo 94
Incumplimiento de una obligación de hacer

1. La obligación de hacer se considera incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o utilizando cosas o materiales inapropiados, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios, el acreedor o el juez otorguen al deudor un plazo para la finalización de la obra, o para la eliminación de los defectos, o para la reparación de los daños ocasionados, o para la sustitución de cosas o de materiales inapropiados que hayan sido empleados, siempre que tales reparaciones y sustituciones puedan considerarse razonables en virtud del contrato, de los usos, o de la buena fe.

2. No hay incumplimiento si el deudor se encuentra, sin culpa, en la imposibilidad de efectuar una prestación personal consistente en hacer, y el acreedor o el juez le otorgan la posibilidad de ser sustituido por otra

persona competente, quedando toda responsabilidad relativa al cumplimiento de la prestación en cuestión a cargo del deudor en todo caso.

3. Si se trata de una obligación de las mencionadas en el artículo 75, apartado 3, se considerará incumplida si el resultado obtenido no es satisfactorio, a menos que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional exigida, cuando ésta sea requerida, y además que ha recurrido en tiempo útil a las técnicas necesarias, así como a los medios, instrumentos, lugares y colaboradores apropiados según las circunstancias.

Artículo 95

Incumplimiento de una obligación de no hacer

1. (34) La obligación de no hacer se considera incumplida cada vez que se comete un acto que la viole, a menos que éste sea debido a un auxiliar o a un encargado que no tenga conocimiento de la prohibición que constituye el objeto del acuerdo y que ha sido incluida en un contexto contractual más amplio, y que el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la demolición o la reparación, y que este último las realice en tiempo útil, dejando a salvo los daños y perjuicios.

Artículo 96

Mora del deudor

1. No puede considerarse que el deudor incurre en mora:

- a) Si no se ha pactado para el cumplimiento ninguna fecha final, ni término constituido por un periodo determinado de días, meses o años, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor, por escrito, el cumplimiento de la obligación fijándole un plazo razonable;
- b) si el acreedor o el juez han concedido previamente al deudor un plazo adicional para el cumplimiento;
- c) en los contratos sinalagmáticos, si el acreedor se retrasa en el cumplimiento de su prestación, para la cual está previsto un término ya vencido;
- d) si el deudor ha ofrecido en tiempo útil la prestación debida al acreedor, pidiéndole la acepte, a reserva de la eventual mora del acreedor.

2. Si los términos mencionados en las letras a) y b) del presente artículo están vencidos, y salvo las situaciones previstas en las letras c) y d) de este mismo artículo, se considera al deudor en mora. En consecuencia, no queda liberado de su obligación y es además responsable –como lo prevén los artículos 162 y siguientes– de los daños que se deriven,

(34) En el texto original se inicia una enumeración de párrafos que después no continúa y que se ha optado por mantener –por fidelidad a dicho texto– en la traducción.

incluso si la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida en el curso del cumplimiento no se deben a causas que le sean imputables, salvo que pruebe que la cosa o la prestación debida habría sufrido el mismo daño si hubiera estado en poder del acreedor. Pero, en este último caso, está obligado a entregar al acreedor la suma que perciba del responsable o del asegurador como consecuencia de la destrucción o de la sustracción de la cosa debida o por el incumplimiento de la prestación.

Artículo 97

Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas

1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor —como lo prevé el artículo 157— el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe, no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato.

Artículo 98

Reserva de incumplimiento (35)

Hay incumplimiento de la obligación si el deudor deja de cumplir la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación, salvo que se haya reservado tal posibilidad explícita o implícitamente en el contrato.

Artículo 99

Incumplimiento del deber de dejar indemne al acreedor

En el cumplimiento de la prestación debida, el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para no producir daños a la persona del

(35) Se ha realizado una traducción libre, intentando recoger el contenido del precepto.

acreedor, a sus auxiliares y a sus bienes; en caso de infracción de este deber, la obligación debida se considera incumplida si el daño se produce durante o a causa del cumplimiento, y representa una causa directa e inmediata del mismo. En otro caso, el deudor queda sujeto a la responsabilidad aquiliana.

Artículo 100

Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas (36)

1. Hay incumplimiento de la obligación contractual si cierto acontecimiento, o cierto estado de hecho o de derecho que uno de los contratantes ha prometido o garantizado que se producirían, incluso sin contraprestación, no se han producido o ya no se producirán.

2. Cuando en una declaración no incluida en el contrato y que no ha sido objeto de promesa o de garantía, se afirma que un hecho se ha producido o no se ha producido, que se producirá o no se producirá, desde que dicha declaración no corresponda a la verdad, el que la ha emitido puede responder, frente al perjudicado por ella, por culpa aquiliana.

Artículo 101

Cumplimiento anticipado o realizado en cantidad superior a la debida

El acreedor puede recibir la prestación realizada por el deudor antes del plazo fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, pagará una contraprestación proporcionalmente superior, pero si la rechaza, no se le considerará en mora.

Artículo 102

Prestación carente de interés para el acreedor

El acreedor no puede rechazar la prestación ofrecida a pretexto de que le resulta inútil o carente de interés a causa de circunstancias sobrevenidas, salvo que el derecho a rechazar por su parte pueda deducirse, incluso implícitamente, del contrato, y, que además haya advertido al deudor en tiempo oportuno, de las circunstancias sobrevenidas en cuestión y, en todo caso, antes de que este último haya preparado o iniciado el cumplimiento.

(36) El epígrafe del precepto únicamente se refiere al apartado 1.

Sección 2 (37)

Mora del acreedor

Artículo 103

Concepto de mora del acreedor

Incorre en mora el acreedor cuando, sin motivo válido, no recibe, o rechaza, o impide, u obstaculiza el cumplimiento de la obligación del deudor; o cuando no realiza la opción prevista en el artículo 87, apartado 2, respecto a una obligación alternativa, si la otra parte no tiene intención de realizarlo ella misma; o cuando no procura –estando obligado a ello– la presencia de un tercero, o la autorización o la licencia de la autoridad pública, prevista en el artículo 76, apartado 2; o en todo caso, cuando adopta un comportamiento activo u omisivo que no permite al deudor cumplir la obligación.

Artículo 104

Mora del acreedor que produce incumplimiento

1. En la situación descrita en el artículo anterior, el deudor puede requerir por escrito al acreedor que ponga fin a su conducta, especificando los hechos positivos u omisivos que, concretamente, han impedido u obstaculizado el cumplimiento, indicando las acciones u omisiones que deben cesar o los comportamientos necesarios por parte del acreedor, fijándole en dicho requerimiento un plazo apropiado, y en ningún caso inferior a quince días, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación debida, los usos y la buena fe.

2. Vencido el plazo, si el comportamiento referido no ha cesado, se reputará que hay incumplimiento por parte del acreedor.

Artículo 105

Conductas del deudor para quedar liberado

1. Si en el supuesto de la situación descrita en el artículo 103 el deudor, en lugar de establecer el incumplimiento del acreedor, pretende ejecutar la obligación que le corresponde para liberarse, está obligado a hacer al acreedor, en el lugar (38) en que dicha obligación deba ser cum-

(37) Esta sección ha sido traducida por Marina PÉREZ MONGE, Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

(38) Parece que se trata de un error mecanográfico. En el texto francés consta *ou*, pero se ajusta mejor al sentido del precepto entender *où*.

plida, un ofrecimiento real o por requerimiento (39) de la totalidad de la prestación debida, incluidos los accesorios, frutos e intereses, en las formas indicadas, a petición suya, por el juez de primera instancia competente en el lugar en que el ofrecimiento deba ser efectuado.

2. Si se encuentra en la imposibilidad de conocer el importe exacto de la suma o la cantidad exacta de cosas debidas, el deudor, con la autorización del juez, puede proponer el importe o la cantidad que ha fijado en virtud de los elementos de que dispone, comprometiéndose a pagar lo que finalmente resulte debido.

3. Si el acreedor acepta el ofrecimiento y recibe la prestación, el deudor queda liberado. En la situación descrita en el apartado 2 de este artículo, la liberación queda subordinada al hecho de que el deudor pague lo que todavía debe según la petición fundada y motivada del acreedor.

4. Si el acreedor no acepta el ofrecimiento, tratándose de una obligación de dar, el deudor, para quedar liberado de su obligación, debe consignar la cosa debida en las formas prescritas por el juez en el apartado 1 de este artículo, y respecto de las cuales, la solicitud puede proponerse en la forma establecida en dicho apartado. El juez determinará la liberación del deudor si la consignación está bien hecha. Si se trata de una obligación de hacer, el deudor debe cumplir lo ordenado por el juez, que establecerá a continuación su liberación si el comportamiento del deudor es el adecuado.

5. El ofrecimiento es suficiente –y entonces no es precisa la consignación o el cumplimiento– si la prestación no puede ser ofrecida al acreedor o a su representante a causa de la ausencia o incapacidad de éstos para recibirla, o si hay incertidumbre, sin culpa del deudor, sobre la persona a la que debe ser realizada la prestación, o si varios sujetos afirman su derecho a obtenerla, o si hubiese perdido el título que establece que es el titular del derecho a la prestación, y estas circunstancias han sido especificadas en la petición mencionada en el apartado 1 de este artículo.

(39) Tras consultar el Código civil italiano de 1942 y el actual Código civil francés, parece que la traducción más adecuada del término *sommation* es “requerimiento”.

Sección 3

Efectos de la falta de ejecución (40)

Artículo 106

Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabilidad

1. Todo acuerdo que excluya o limite previamente la responsabilidad del deudor por dolo o falta grave es nulo.

2. El acuerdo por el cual se convenga que una de las partes no puede oponer excepciones a fin de evitar o retrasar la prestación debida, carece de eficacia en cuanto a las excepciones de nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato. Sin embargo, incluso en los casos en que el acuerdo sea eficaz, el juez, si aprecia la concurrencia de circunstancias graves, podrá suspender la condena, imponiendo, si ha lugar, una caución.

3. A reserva de lo previsto en el artículo 30 sobre cláusulas abusivas, el acuerdo que excluya o limite la responsabilidad del deudor por falta leve carece de eficacia si el acreedor lo ha concluido mientras aquél estaba a su servicio, o si la responsabilidad se origina en el curso de una actividad profesional o empresarial ejercida en régimen de monopolio en virtud de una autorización administrativa.

4. Teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación y la cualidad de las partes, éstas pueden concluir válidamente acuerdos por los que convengan márgenes de tolerancia en el cumplimiento o una franquicia en cuanto a la indemnización del daño, conforme a los usos y a la buena fe.

5. Las partes pueden concluir válidamente acuerdos estableciendo presunciones *simples* (41) de caso fortuito para sucesos que, por su índole, se consideran normalmente caso fortuito.

Artículo 107

Incumplimiento grave

1. Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acree-

(40) La traducción de esta sección es obra de Aurora LÓPEZ AZCONA, Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

(41) Pueden entenderse como equivalentes a las presunciones *iuris tantum*.

dor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato.

2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando éste:

- a) Es total;
- b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto de la prestación.

3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor.

Artículo 108

Derecho del acreedor a suspender el cumplimiento de los contratos sinalagmáticos

1. En los contratos sinalagmáticos, si una de las partes incumple o no ofrece cumplir su obligación, cualquiera que sea la gravedad del incumplimiento, el acreedor tiene la facultad de suspender la prestación debida por él simultánea o sucesivamente, salvo que tal suspensión sea contraria a la buena fe.

2. Se considera como contraria a la buena fe la suspensión:

- a) que ocasione a la otra parte consecuencias excesivamente onerosas;
- b) cuando, a pesar de que se haya comprobado que el incumplimiento es de escasa entidad, la suspensión conlleve la extinción de la obligación del acreedor;
- c) que perjudique un derecho fundamental de la persona.

Artículo 109

Cumplimiento anticipado, o en cantidad superior, o después del vencimiento del término esencial

1. Salvo lo previsto en el artículo 101, el acreedor tiene derecho a rechazar el cumplimiento que se le ofrece o que se realiza antes del vencimiento convenido, o en cantidad superior a la debida, siempre que su rechazo no sea contrario a la buena fe en el sentido previsto en el artículo anterior, en la medida en que sea aplicable.

2. El acreedor tiene, en todo caso, el derecho de rechazar el cumplimiento que se le ofrece o se realiza después del vencimiento de un término pactado como esencial.

Artículo 110
Plazo suplementario y beneficio de pago a plazos

1. Si el acreedor o el juez han concedido un plazo suplementario al deudor que todavía no ha iniciado el cumplimiento o que sólo lo ha efectuado parcialmente, el acreedor no puede, hasta el vencimiento del término, hacer uso de los remedios previstos en los artículos siguientes, a reserva de la facultad de solicitar al juez medidas cautelares o la suspensión de tal plazo, sin perjuicio de eventuales daños y perjuicios.

2. Si el acreedor o el juez han concedido al deudor la facultad de pagar a plazos la deuda, éste pierde el beneficio del aplazamiento si no efectúa un desembolso superior a la octava parte de la deuda.

Artículo 111
Cumplimiento en forma específica

1. Si el deudor todavía no ha cumplido la obligación, cualquiera que sea la importancia del incumplimiento, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento o a que lo complete en forma específica si es objetivamente posible y, en todo caso, a reserva de daños y perjuicios.

2. En particular, el acreedor puede solicitar al juez:

- a) La entrega de cosa cierta y determinada o las cosas genéricas que se le deban, cuando el deudor las tenga en su poder o las haya transmitido a un tercero de mala fe o por un acto simulado;
- b) la autorización para obtener, en la medida de lo posible, y a costa del deudor, la cosa cierta y determinada o las cosas genéricas que se le deban, que estén en poder de terceros;
- c) que el deudor sea condenado a cumplir su obligación, en la medida de lo posible, o a completar la prestación debida. También puede obtener la autorización del juez de cumplir o completar él mismo la obligación o de hacerla cumplir o completar por terceros, a costa del deudor;
- d) que el deudor sea condenado a destruir lo que ha realizado incumpliendo una obligación de no hacer. También puede obtener la autorización del juez de destruir por sí mismo o de hacer destruir por terceros, a costa del deudor, lo que ha realizado éste incumpliendo una obligación de no hacer.
- e) una sentencia que produzca el efecto jurídico del contrato que el deudor se había comprometido a celebrar mediante un contrato preliminar incumplido.

3. Para estimular al deudor incumplidor a cumplir la condena para asegurar en forma específica el cumplimiento de la prestación que es objetivamente posible, el juez puede además condenar al deudor, si incum-

ple o cumple con retraso, al pago de una multa cuya cuantía no excederá el triple del valor de la prestación debida, y que corresponderá en la proporción del 70 por 100 al acreedor y del 30 por 100 al Estado. Tal multa puede consistir en una suma fija que genere intereses en la medida fijada por el juez, o en una suma debida por cada día de retraso, que se repartirá en las proporciones indicadas.

Artículo 112

Sustituciones bajo forma específica y reparación

1. Si el deudor no cumple la obligación total o parcialmente, el acreedor tiene el derecho, a reserva de daños y perjuicios, de obtener, en la medida en que esto sea objetivamente o subjetivamente posible, que el deudor:

- a) Le entregue una cosa diferente de la que puede disponer libremente, o efectúe una prestación diferente –y que por ello el interés del acreedor se realice de manera satisfactoria– mediante el pago ulterior de una suma o la eventual restitución de una parte de la suma entregada que, en caso de desacuerdo, será fijada por el juez en la hipótesis en que la cosa o la prestación diferentes tengan mayor o menor valor;
- b) provea las reparaciones que son necesarias para eliminar los defectos o imperfecciones de la cosa entregada o de la obra efectuada;
- c) provea, en caso de que los problemas nazcan con la puesta en funcionamiento o la utilización de la cosa entregada debidos a una imperfección de la misma, a su instalación, funcionamiento o envío de técnicos que expliquen la utilización y, eventualmente, que se encarguen durante un cierto tiempo del mantenimiento necesario para un buen uso.

2. El acreedor puede, además, ser autorizado por el juez para realizar las reparaciones necesarias él mismo o por terceros, a costa del deudor.

3. El acreedor que pretenda ejercitar los derechos antes indicados debe notificarlo inmediatamente al deudor desde el momento que descubre los defectos.

4. Antes de que el acreedor haya enviado la notificación a que se refiere el apartado anterior al deudor, éste, notificándolo al acreedor, podrá sustituir o eliminar los defectos o completar la entrega, a su costa.

Artículo 113

Reducción del precio

1. El acreedor que acepte la entrega de cosa diferente de valor inferior, o con imperfecciones, o un conjunto de cosas de valor inferior al

debido, o una prestación de hacer diferente a la convenida o con imperfecciones, tendrá derecho, notificándolo en tiempo útil al deudor, a pagar un precio inferior al convenido. Podrá, en su caso, exigir la restitución de parte de la suma entregada, en la proporción fijada por el juez en defecto de acuerdo.

2. Si la prestación ofrecida o efectuada tiene un valor superior al debido, se aplicarán las reglas del artículo 101.

Artículo 114

Derecho a la resolución del contrato

1. Si se produce un incumplimiento grave, en el sentido del artículo 107, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto.

2. Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho a resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso, grave en el sentido del artículo 107, y el contrato se considerará resuelto desde el momento en que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión.

3. Una vez transcurrido el plazo indicado en el primer apartado del presente artículo, o si el deudor ha recibido la notificación mencionada en el segundo apartado del presente artículo, el acreedor no puede exigir el cumplimiento del contrato, pudiendo rechazarlo, y el deudor no está obligado a cumplir. El acreedor puede, además, ejercitar los derechos indicados en los artículos 115 y 116.

4. La resolución del contrato también puede ser parcial en aquellos casos en que, aunque el deudor no haya cumplido la totalidad de la obligación, el acreedor acepte la parte recibida, ejercitando el derecho a pagar un precio proporcionalmente inferior como se prevé en los artículos 92 y 93.

5. Si el incumplimiento se produce durante la ejecución de un contrato de cumplimiento continuo o periódico, el efecto de la resolución no afecta a las prestaciones cumplidas con anterioridad.

6. El acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si el cumplimiento depende exclusivamente de una acción u omisión que le sea imputable, a reserva de la facultad de aplicar los artículos 103 y 104. Tampoco tendrá este derecho si ha hecho creer a la otra parte que no procedería a la resolución, aun tratándose de un incumplimiento grave.

Artículo 115

Restitución

A reserva de lo previsto en el artículo 114 apartado. 5.º, el acreedor, como consecuencia de la resolución del contrato, tiene derecho a exigir al deudor que ha incumplido la restitución de lo que le ha dado para realizar la prestación que le es debida o, en todo caso, cualquier prestación a causa del contrato, sin perjuicio del derecho a obtener daños y perjuicios y del deber de restitución previsto en el artículo 160.

Artículo 116

Daños y perjuicios

1. A reserva de lo previsto en los artículos precedentes, en caso de incumplimiento y cualquiera que sea la gravedad, el acreedor tiene derecho a obtener del deudor la indemnización de los daños causados, tal y como se prevén en los artículos 162 y ss.

2. Tal derecho puede ejercitarse cumulativamente con los previstos en los preceptos precedentes, según lo previsto en éstos y en el artículo 171.

Artículo 117

Derechos de terceros de buena fe

El ejercicio por parte del acreedor de los derechos previstos en los artículos precedentes no perjudicará los derechos que los terceros hayan adquirido de buena fe sobre cosas del acreedor o sobre las que le sean debidas, antes de que él mismo, teniendo serios motivos para temer el incumplimiento, les haya apercibido por escrito o antes de que, cuando se trate de cosas inmuebles o muebles inscritas, se haya hecho constar la demanda en los registros inmobiliarios públicos, según las reglas en vigor en cada Estado. Y esto, salvo lo dispuesto en el artículo 161.

TÍTULO IX

CESIÓN DE CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL MISMO (42)

Sección 1 **Cesión de contrato**

Artículo 118 *Concepto*

1. Cada una de las partes, si la relación lo permite expresamente, puede ceder, a título gratuito u oneroso, total o parcialmente, a un tercero (o a más sujetos) su propia posición contractual en un contrato cuyos efectos no han concluido todavía.

2. En tal supuesto las partes pueden modificar el contenido del contrato que se cede e igualmente convenir y transigir sobre los derechos y obligaciones ya nacidos o que pueden nacer del mismo o de su cumplimiento o incumplimiento.

3. Salvo pacto en contrario, se entiende también transferida la cláusula compromisoria contenida en el contrato que se cede.

4. Si la transmisión de la posición contractual no se produce por voluntad de las partes sino en virtud de la ley y por actos *inter vivos*, o bien por sucesión a causa de muerte, no se aplican las reglas de la presente sección, sino, en el marco de cada uno de los Estados de la Unión Europea, las reglas que en él se encuentren en vigor. Quedan a salvo los principios del derecho internacional privado.

Artículo 119 *Modalidades de cesión*

1. La cesión de contrato puede efectuarse mediante un acuerdo entre cedente y cesionario, que produce efectos desde el momento que es notificado al cedido si éste ha dado su consentimiento previamente, o bien cuando el cedido comunique a ambos su aceptación.

2. La cesión también puede tener lugar por la perfección de un

(42) Traducción de José Antonio SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza.

acuerdo trilateral entre cedente, cedido y cesionario, y debe efectuarse siempre de esta manera en el caso previsto en el apartado 2 del precedente artículo 118. En este acuerdo deben definirse todas las posiciones de las partes y precisarse los derechos y obligaciones respectivos así como su duración.

3. Si fuera necesaria autorización de un órgano judicial o administrativo o de un tercero, la cesión producirá efecto desde que sea concedida.

4. Si todos los elementos del contrato figuran en un documento en el que aparece escrita la cláusula “a la orden” u otra equivalente, el endoso del documento comporta la sustitución del endosatario en la posición contractual del endosante.

5. La cesión debe tener lugar, bajo pena de nulidad, en la forma requerida para la celebración del contrato que se cede y será oponible a terceros cuando la notificación al cedido o su aceptación o el contrato trilateral hayan tenido lugar por actos de fecha cierta, a menos que se demuestre que los terceros tenían pleno conocimiento de ella.

6. Quedan a salvo las reglas vigentes de los Estados miembros de la Unión Europea que prescriban formas determinadas para el contrato de cesión, así como la intervención en él de sujetos u órganos colegiados determinados.

Artículo 120

Derechos y obligaciones de los sujetos

1. Si la cesión es eficaz, el cedente queda liberado de sus obligaciones frente al cedido, las cuales son asumidas en el mismo instante por el cesionario. El cedido puede, no obstante, en su adhesión preventiva, simultánea o sucesiva, declarar que no quiere liberar al cedente; en tal caso podrá actuar contra el cedente si el cesionario no cumple sus obligaciones, con tal que él mismo haya notificado al cedente el incumplimiento dentro de los quince días siguientes a aquel en que haya sido constatado, quedando obligado, en su defecto, a la reparación del daño.

2. El cedente está obligado a proporcionar al cesionario todas las informaciones que le permitan hacer valer sus derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato así como a entregarle todos los documentos pertinentes. El incumplimiento de estas obligaciones conllevará la aplicación de la disposición prevista en el artículo 7 apartado 2 del presente código.

3. Si existen dudas fundadas en cuanto a la validez o eficacia del acuerdo de cesión, cualquier deudor podrá solicitar al juez el depósito de la prestación debida, conforme a lo previsto en el artículo 105.

4. El cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que se las haya reservado expresamente en el momento de la adhesión preventiva, simultánea o sucesiva.

5. La responsabilidad del cedente, tanto en cuanto a la validez del contrato cedido como en cuanto a su cumplimiento, depende de la naturaleza del contrato de cesión, y en todo caso de la voluntad de las partes.

6. Pero si en la cesión las partes no han hecho referencia a ninguna figura contractual, ni ésta puede deducirse del contenido del acuerdo por vía de interpretación, se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes. Si la cesión es a título oneroso, el cedente responde de la invalidez e ineficacia del contrato cedido. Responde igualmente y en calidad de fiador, hasta el límite de la suma recibida, si es de buena fe, de las obligaciones del cedido ya existentes, salvo si su incumplimiento es debido a la conducta del cesionario. Si la cesión tiene lugar a título gratuito el cedente garantiza únicamente la validez del contrato cedido y responde de su cumplimiento solamente si lo ha prometido y si es de buena fe.

Sección 2 **Cesión de créditos**

Artículo 121 *Transmisibilidad de los créditos*

1. El crédito nacido de contrato o de su cumplimiento o incumplimiento puede ser transmitido a un tercero (o a más sujetos), total o parcialmente, incluso si no es todavía exigible o es futuro, siempre que no sea de carácter personal y la cesión no esté excluida por la ley, por acuerdo de las partes o por la naturaleza del contrato.

2. Cuando el crédito se cede parcialmente el juez puede disponer, si lo estima oportuno, que cedente y cesionario actúen en litisconsorcio frente al deudor cedido.

3. El crédito futuro puede cederse si está determinado o es determinable conforme al artículo 31 del presente código. En este caso, el efecto de la cesión se producirá cuando el crédito exista para el cedente.

4. La prohibición convencional puede oponerse al cesionario si el cedido prueba que aquél la conocía al tiempo de la cesión; en este caso la prohibición impide que el cesionario adquiera el derecho frente al cedido, pero no respecto al cedente.

5. Se considera intransmisible por la naturaleza del contrato el crédito cuya cesión determinaría una alteración sustancial del contenido de la obligación que soporta el cedido.

6. A salvo lo previsto en el artículo 118, el cedente puede convenir con el cesionario que este último asuma el compromiso de cumplir sólo determinadas obligaciones.

Artículo 122

Modalidades y efectos de la cesión

1. Salvo que la cesión de crédito esté excluida por el propio contrato o por su naturaleza, la cesión no requiere para su validez el consentimiento del deudor y puede realizarse en alguna de las modalidades previstas en este artículo.

2. El cedente puede comprometerse frente al cesionario a cederle su crédito, mediante contrato a título oneroso o gratuito, de eficacia obligacional. En este caso la cesión del crédito tendrá lugar por la perfección de un segundo contrato de cesión de naturaleza abstracta entre ambas partes; el cedido podrá excepcionar la invalidez o la ineficacia de este último, pero no la del precedente contrato causal.

3. Cedente y cesionario pueden convenir también, por contrato oneroso o gratuito, que un crédito del primero sea cedido al segundo, de manera que la cesión se produzca por efecto del simple consentimiento. En caso de duda sobre la modalidad elegida para la cesión, se presume que se trata de la indicada en este apartado.

4. En las dos hipótesis de los apartados 2 y 3 de este artículo, la cesión produce efecto para el deudor cedido cuando se le notifica o cuando la acepta. Pero el deudor cedido que antes de la notificación o de la aceptación paga al cedente no se libera si el cesionario prueba que el deudor conocía la cesión. La notificación al deudor puede ser simultánea a la petición de cumplimiento.

5. Se aplica el apartado 2 del artículo 36 de este código, respecto al valor del crédito cedido, a los contratos, declaraciones y actos de notificación o aceptación previstos en los apartados precedentes.

6. En las dos hipótesis previstas en los apartados 2 y 3 de este artículo, la cesión es oponible a terceros siempre que los contratos, la notificación o la aceptación sucesiva consten en documentos que tengan fecha cierta, así como cuando se demuestre que los terceros conocían la cesión. Si un mismo crédito ha sido objeto de varias cesiones a personas diferentes, prevalece la cesión que primero haya sido notificada al deudor o aceptada por acto de fecha cierta.

7. La cesión de un crédito determina, salvo pacto en contrario, la

transferencia de todos sus accesorios, excepto aquéllos que tengan carácter estrictamente personal.

8. A las cesiones de créditos efectuadas por bancos o por empresas que practican el factoring no se aplican los artículos precedentes, sino las disposiciones legales en vigor o las reglas uniformes del correspondiente sector económico y, en su defecto, los usos.

Artículo 123

Obligaciones de las partes

1. El cedente está obligado a entregar al cesionario los documentos acreditativos del crédito que él tenga, o bien una copia auténtica de ellos si la cesión ha sido parcial, y también debe proporcionarle todas las informaciones necesarias y útiles para hacerlo valer.

2. En la cesión a título oneroso, el cedente de buena fe garantiza, hasta el límite de lo recibido, la existencia del crédito en el momento de la cesión, así como la solvencia actual –y también la futura si ha sido expresamente prometida– del cedido, salvo cuando el incumplimiento de este último sea debido a negligencia del cesionario. Si la susodicha garantía ha sido excluida de común acuerdo, el cedente resulta obligado cuando el crédito queda impagado por hecho propio.

3. En la cesión a título gratuito, el cedente de buena fe responde, si lo ha prometido y dentro de los límites en que lo haya hecho, de la existencia del crédito y de la solvencia del deudor.

4. El cedente de mala fe, responde en todos los casos de los daños que el cesionario sufra, a menos que el incumplimiento sea debido a negligencia de éste último.

5. El deudor cedido sigue teniendo las mismas obligaciones que tenía frente al cedente.

Artículo 124

Derechos de las partes

1. El cesionario adquiere los mismos derechos que tenía el cedente.

2. El cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente hasta el momento de la cesión; pero, si la ha aceptado sin reservas, no puede excepcionar la compensación. Puede además invocar, salvo lo previsto en el artículo 122, apartado 2, las excepciones relativas a la invalidez de la cesión y, de no haberla consentido, también las relativas a su inadmisibilidad convencional, dentro de los límites previstos en el artículo 121, apartado 4.

3. Si hay razones fundadas para dudar de si la prestación se debe al

cesionario o al cedente, el cedido puede instar del juez autorización para efectuar el depósito o para proceder de la manera que le ordene, conforme a lo previsto en el artículo 105.

4. Si la cesión de crédito es de origen legal, se aplican, a falta de disposiciones específicas, las reglas del presente título. En todo caso, el que ha cumplido se subroga en los derechos del acreedor hasta el límite de lo que haya pagado, si se trata de una deuda de la que debe responder; por el contrario si ha pagado una deuda de la que no estaba obligado a responder, puede pedir hasta el momento del cumplimiento que se le subrogue, y quedará subrogado en los derechos del acreedor hasta el límite de lo que haya pagado si media una declaración unilateral simultánea de este último, a la que se aplica lo previsto en el artículo 36, apartado 2.

Sección 3 **Cesión de deudas**

Artículo 125 *Cesión por sucesión o por novación*

1. La transmisión de deudas puede hacerse de dos maneras:
 - a) Por sucesión en la relación obligatoria –que entonces se transmite objetivamente sin modificación alguna– de un nuevo deudor, el cual se añade al deudor original o sucede a este último como se indica en el artículo 126 siguiente;
 - b) por extinción convencional de la obligación originaria y constitución simultánea de una nueva con sujeto pasivo diferente.
2. En la primera hipótesis prevista en el apartado precedente el nuevo deudor responde solidariamente con el deudor original cuando el acreedor no ha declarado expresamente que libera a este último.
3. La cesión tiene lugar por novación solamente si así se declara de forma expresa e inequívoca por las partes en un acuerdo trilateral. En caso de duda, se presumirá que la cesión ha sido realizada por sucesión.
4. Salvo lo previsto en los apartados 2 y 3 del presente artículo, las partes pueden efectuar la cesión de deuda de la manera que consideren más conveniente a sus intereses y, entre otras, en alguna de las indicadas a título de ejemplo en el artículo 126 siguiente.
5. La transmisión de la deuda puede hacerse a uno o varios nuevos deudores.

6. Cuando la cesión de la deuda se produzca en virtud de la ley o como elemento accesorio de la transmisión de uno o varios bienes, se rige, a falta de reglas específicas diferentes, por las disposiciones de la presente sección, en cuanto sean aplicables.

Artículo 126

Modalidades de cesión

1. Por acuerdo entre el deudor y un tercero, este último puede comprometerse frente al primero a extinguir su obligación, y puede cumplirla en los límites previstos en el artículo 79, apartado 1. Un acuerdo de este tipo produce solamente efectos internos entre deudor y tercero.

2. Por acuerdo entre el deudor y un tercero, este último puede comprometerse frente al acreedor a extinguir la obligación, quedando así obligado solidariamente con el deudor original, a menos que el acreedor declare expresamente que libera a este último.

3. Por acuerdo entre el acreedor y un tercero, este último puede por propia iniciativa comprometerse frente al primero a cumplir la obligación, quedando así obligado solidariamente con el deudor original si el acreedor no declara expresamente que libera a este último. El deudor original puede, manifestando su oposición cuando tenga conocimiento de dicha obligación, dejar sin efecto el indicado acuerdo.

4. La transmisión de deuda puede realizarse igualmente mediante un acuerdo preliminar de carácter obligacional, seguido de un acto de transferencia sucesivo –y por tanto dispositivo– del crédito. El acuerdo y el acto sucesivo pueden efectuarse por el acreedor (de acuerdo con el tercero), o por el deudor original (de acuerdo con el tercero) aunque el deudor no esté autorizado para ello; la operación, no obstante, es eficaz si el acreedor presta su consentimiento. En este caso, el nuevo deudor no puede alegar ante el acreedor ninguna excepción fundada en el acuerdo preliminar que ha servido de base al acto sucesivo de transmisión, a menos que el motivo que invalide la primera fase impida también la validez de la segunda. No obstante, el tercero que ha cumplido puede ser indemnizado por el deudor original pero sólo por la utilidad que el pago le haya producido. En caso de duda sobre la modalidad elegida para la cesión, se entiende adoptada la que figura en el apartado 3 de este artículo.

5. En las hipótesis previstas en los apartados precedentes, el tercero puede ser, o no, deudor del deudor principal; y, si no lo es, tiene derecho a ser reembolsado o indemnizado por este último, salvo pacto diferente, de lo que haya efectivamente desembolsado, con la única limitación de que el deudor principal puede oponerle las mismas excepciones que habría podido hacer valer ante el acreedor.

6. En el acuerdo trilateral, por el que las partes pueden efectuar la novación subjetiva de la deuda, se puede convenir que el acreedor, para reclamar el cumplimiento, deba haber efectuado o al menos ofrecido una contraprestación.

7. A los acuerdos y declaraciones previstos en el presente artículo en relación al valor de la deuda transmitida se aplica el apartado 2 del artículo 36 del presente código.

Artículo 127

Derechos y obligaciones de las partes

1. Salvo lo previsto en el apartado 4 del artículo 126, si la cesión no ha tenido lugar por acuerdo novatorio, el nuevo deudor puede oponer al acreedor las excepciones que tenía el deudor original; y por otra parte, si este último ha sido liberado por el acreedor, las garantías del crédito se extinguen, a menos que quienes las hayan prestado consientan expresamente su mantenimiento.

2. En la hipótesis prevista en el apartado anterior, el acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el deudor original si previamente no ha exigido el cumplimiento al tercero, y, si ha liberado al deudor original, no tiene acción contra él si el tercero deviene insolvente, salvo reserva expresa.

3. Si la cesión se efectúa por acuerdo novatorio, acreedor y nuevo deudor pueden respectivamente ejercitar exclusivamente los derechos y oponer únicamente las excepciones que derivan del acuerdo mismo, a excepción de lo previsto en el apartado siguiente.

4. Si la obligación asumida por el nuevo deudor conforme al apartado 1 letra a) del artículo 125 es nula o se anula, el acreedor que ha liberado al deudor original puede exigirle el cumplimiento, pero ya no puede hacer valer las garantías prestadas por terceros. Si la cesión tiene lugar por un acuerdo novatorio, como el previsto en el apartado 1 letra b) del artículo 125, se aplica la disposición contenida en el artículo 130 apartado 5.

5. Se aplica en su caso la regla contenida en el artículo 79 apartado 2.

TÍTULO X (43)

EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO

Sección 1

Hechos extintivos y que provocan una preclusión

Artículo 128

Hechos extintivos que provocan la ineficacia

1. El contrato se extingue o carece de efecto:

- a) Por cumplimiento, o por la oferta real, o por el requerimiento, de todas las obligaciones que resultan del contrato, en alguna de las modalidades previstas en los títulos VII y VIII del presente Libro, y además por haber realizado, por ambas partes, el fin perseguido;
- b) por cumplimiento de la condición resolutoria;
- c) por vencimiento del término final;
- d) por muerte o incapacidad sobrevenida, en los casos previstos por la ley;
- e) por novación;
- f) por desistimiento de mutuo acuerdo;
- g) por retractación;
- h) por resolución total;
- i) por nulidad; (44)
- l) por anulación;
- m) por rescisión;
- n) por cualquier otra causa establecida por la ley.

2. La extinción del contrato —si es definitiva— o su ineficacia impiden que las partes puedan formular pretensiones sobre la base de ese mismo contrato, salvo las excepciones previstas en los contratos plurilaterales a favor de otras partes contratantes y para la protección de terceros; exceptuados además los efectos de la confirmación, de la conversión, de la ratificación, y prescindiendo de las pretensiones que se puedan hacer valer para obtener las restituciones debidas y el resarcimiento de daños y per-

(43) Artículos 128 a 136 traducidos por Isaac TENA PIAZUELO, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

(44) N. T.: apartados j) y k), *sic*, en el original a traducir.

juicios por hechos ilícitos contractuales, o extracontractuales, sobrevenidos durante la formación, el cumplimiento o el incumplimiento del contrato.

3. Las obligaciones que surgen del contrato se extinguen:

- a) Por su cumplimiento –o por la oferta real o por el requerimiento– en las modalidades previstas según los títulos VII y VIII del presente Código, así como por el cumplimiento forzoso a cargo del deudor;
- b) por novación;
- c) por remisión;
- d) por renuncia tácita;
- e) por compensación;
- f) por confusión;
- g) por pérdida o deterioro grave de la cosa debida, o por imposibilidad de la prestación debida que no sea imputable al deudor, con excepción de lo previsto en el artículo 162.
- h) por cualquier otra causa establecida por la ley.

4. La extinción de la obligación –si es definitiva– impide al acreedor formular pretensiones en relación con ella, salvo las que tengan por objeto obtener las restituciones debidas, así como el resarcimiento de daños y perjuicios por hechos producidos con ocasión del cumplimiento o del incumplimiento de la obligación.

5. El presente Título se refiere a los supuestos que no están regulados por otras reglas de este Código, reglas a las que se hace remisión para los casos no previstos aquí (45).

Artículo 129

Hechos que provocan una preclusión

1. La prescripción provoca una preclusión para el ejercicio de cualquier derecho que pueda resultar de un contrato.

2. La caducidad provoca una preclusión de la posibilidad de emitir una declaración o de realizar un acto.

(45) El sentido del precepto lleva a pensar que se trata de un catálogo abierto, no de un *numerus clausus*, de supuestos de ineficacia.

Sección 2
Modos de extinción distintos del cumplimiento

Artículo 130
Novación

1. La novación es objetiva cuando las partes acuerdan la sustitución por otro contrato, que sea sustancialmente diferente, del preexistente que todavía no haya sido enteramente cumplido, y que de este modo se extingue. La novación comporta además la extinción tanto de las garantías que aseguraban el contrato originario como de sus circunstancias accesorias, entre ellas las facilidades de pago, si no han sido expresamente confirmadas en el acuerdo novatorio.

2. La voluntad de efectuar una novación debe ser manifestada por ambas partes de manera inequívoca y puede resultar igualmente por el hecho de la incompatibilidad objetiva del primer contrato en relación al posterior.

3. Si dichos contratos no son objetivamente incompatibles, su coexistencia debe resultar de la voluntad inequívoca de cada una de las partes.

4. En caso de duda, se estimará que solo subsiste el contrato originario modificado.

5. La invalidez del contrato originario no afecta a la validez del nuevo contrato, ni la invalidez del contrato novatorio o del contrato posterior supondrá una convalidación del contrato originario (46); pero la parte de mala fe responderá de los daños que sufra la otra.

6. La reproducción o repetición del contrato o su redacción por escrito no comportará su novación si no se cumplen las condiciones previstas en los apartados 1 y 2 del presente artículo. En caso de discordancia entre la expresión original y la posterior, prevalecerá, en caso de duda, esta última.

7. La novación puede afectar, con efectos análogos, a una cláusula particular del contrato o a una obligación que derive de él.

8. A los acuerdos previstos en los apartados 1 y 7 del presente artículo se aplicará el artículo 36 de este Código, con relación al importe del nuevo contrato o de la nueva obligación.

(46) Parece más conveniente suprimir la referencia que en la redacción literal se hace a la *validez*, y aludir en cambio a la recuperación de eficacia, o, mejor, a la reviviscencia del contrato.

Artículo 131

Condonación de la deuda

1. La obligación nacida o que puede nacer de un contrato se extingue si el acreedor la renuncia de alguna de las maneras siguientes.

2. El acreedor puede declarar en términos inequívocos que renuncia su derecho, comunicándoselo al deudor, quien tiene la facultad de declarar en un plazo razonable no querer aprovecharla. La restitución voluntaria del título original del crédito por el acreedor al deudor, hecha incluso después del pago parcial de la suma fijada, posee el mismo valor que dicha declaración de renuncia al crédito. La remisión acordada con el deudor principal libera también a los fiadores. La renuncia por parte del acreedor a las garantías que aseguren el crédito no permite presumir la remisión de la deuda.

3. El acreedor puede renunciar su crédito mediante un contrato concluido con el deudor.

4. El acreedor puede también obligarse con el deudor a renunciar a su crédito mediante un contrato de carácter obligatorio, al que se acompañe un acto abstracto de renuncia a ese crédito. En este caso, la nulidad del primer contrato no se transmite al acto posterior.

5. Las partes pueden extinguir un contrato unilateral o bilateral por medio de un contrato posterior por el que renuncien recíprocamente a todos los derechos que hayan nacido o por nacer del primero.

6. A los actos previstos en los apartados precedentes, incluso cuando la condonación de la deuda no tenga contenido transaccional, se aplicará el apartado segundo del artículo 36 del presente Código en relación al importe de la deuda que se condona. Si la condonación tiene lugar a título gratuito, incluso de liberalidad, no se requiere la forma necesaria para la donación.

Artículo 132

Compensación

1. El crédito derivado de un contrato se extingue por compensación si el acreedor a su vez debe cumplir, por cualquier título que sea, una obligación frente a la otra parte. La compensación puede igualmente ser opuesta por un fiador, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.

2. Los dos créditos recíprocos deben coexistir en la misma fecha, y deben ser líquidos y exigibles. Además ambos deben tener por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma es-

pecie o calidad (47). Los créditos se extinguirán en la cantidad concurrente.

3. La compensación se produce cuando un acreedor la reclama mediante una declaración no sometida a condición ni a término, la cual deberá notificarse a la otra parte o formularse judicialmente antes de que concluya la primera vista de alegaciones. Tal declaración produce efecto desde el momento en que se comunica a la contraparte o se formula judicialmente. La otra parte puede manifestar en un plazo suficiente su oposición en relación a lo previsto en los apartados siguientes.

4. La compensación no tiene lugar, y cabe la posibilidad de oponerse frente a quien la invoque, en cualquiera de los casos siguientes: cuando uno de los dos créditos derive de un acto ilícito extracontractual, o si una parte la impugna preventivamente por motivos idóneos, o cuando aquélla tenga por objeto la restitución de cosas depositadas o dadas en préstamo, o bien cuando haya habido una renuncia preventiva a la compensación, así como en cualquier otro caso previsto por la ley. Para las cuentas corrientes establecidas con motivo de relaciones comerciales, se aplicarán los usos. Deben respetarse las disposiciones relativas a los consumidores que se hallen en vigor en la Unión Europea y en sus Estados miembros.

5. Si las dos obligaciones recíprocas han de cumplirse por contrato en lugares diferentes, deben calcularse los gastos de transporte al lugar del pago, a menos que el acreedor se oponga a la compensación, teniendo un interés razonable en que el cumplimiento se produzca en el lugar previsto.

6. Si las condiciones previstas en el apartado segundo del presente artículo no se cumplen, el acreedor tiene solamente un derecho de retención frente a la otra parte, como lo prevé el artículo 108 precedente; y, si uno de los dos créditos no es líquido, el juez, a instancia del acreedor, puede suspender la condena de este último, en relación a la obligación a su cargo, hasta la verificación de la cuantía del crédito que ha opuesto en compensación. La compensación puede tener lugar por voluntad de las partes, aunque las condiciones previstas en los apartados precedentes no se cumplan.

7. A las declaraciones previstas en el presente artículo se aplicará el artículo 36, apartado 2, en relación a la cuantía del crédito opuesto en compensación.

(47) El original dice, en disyuntiva, *misma especie o calidad*, aunque tal vez se trate de una errata (en lugar de *misma especie y calidad*), que debe aludir al *tantundem eiusdem generis et qualitatis*.

Artículo 133

Confusión

1. El crédito derivado de un contrato no es exigible cuando y mientras que las cualidades de acreedor y de deudor se reúnan en la misma persona (48).

2. Cuando en la misma persona se reúnan las cualidades de acreedor y deudor solidario, el efecto previsto en el apartado 1 precedente se producirá por parte del antedicho deudor solidario a favor de otros deudores. Si en la misma persona se reúnen las cualidades de acreedor solidario y de deudor, el efecto previsto en el apartado 1 precedente se realizará para la parte del primero. Las mismas reglas se aplicarán para las obligaciones indivisibles.

3. La confusión no es oponible a terceros que puedan resultar perjudicados, y en todos los casos en que las reglas en vigor en la Unión Europea y los Estados miembros la excluyan en interés de terceros.

Sección 3

Prescripción y caducidad

Artículo 134

Prescripción

1. Cuando no existan prohibiciones legales, el vencimiento del plazo comporta para el acreedor inactivo una preclusión definitiva en el ejercicio de un derecho disponible, derivado de un contrato, como prevén las reglas siguientes.

2. El tiempo previsto para la prescripción comienza a transcurrir a partir del momento en que el acreedor puede hacer valer su crédito, y cuando resulte cierta su cuantía.

3. La prescripción se produce si el deudor, o uno de sus acreedores, o cualquiera que posea interés legítimo, declara expresamente, judicial o extrajudicialmente, frente al titular del derecho, su voluntad de hacerla valer. A esta declaración, si se realiza extrajudicialmente, se aplicará el apartado 2 del artículo 36 de este Código.

(48) En el original: *Une créance dérivant d'un contrat n'est pas exigible lorsque, et pour tout le temps où, par rapport à celle-ci, les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne*. Puede tratarse de un giro idiomático, o ¿se refiere a una forma provisional de extinción? Vid. el artículo 128 en cuanto a las causas extintivas del contrato.

4. El plazo de prescripción para todos los créditos que nazcan de un contrato es de diez años, a menos que en los distintos tipos de contrato o en instituciones específicas se prevea un plazo especial. Si se ha producido sentencia condenatoria, el plazo de prescripción es en todo caso de diez años, aunque para el derecho reconocido por la sentencia esté previsto en este Código un plazo diferente.

5. Las partes pueden convencionalmente reducir el plazo de prescripción de diez años señalado en el apartado 4 precedente, pero no los plazos previstos para los diferentes tipos de contrato, excepto en aquellas relaciones en que tome parte un consumidor y solamente a favor de éste. Cualquier otra convención que intente modificar la reglamentación legal de la prescripción será nula. Quedan a salvo en todo caso las reglas comunitarias.

6. El transcurso de la prescripción se interrumpe si el acreedor entabla una acción judicial para hacer valer su derecho, o si formula con el mismo fin una reclamación extrajudicial, o si el deudor reconoce de cualquier modo su deuda. Tras la interrupción comienza a transcurrir un nuevo plazo de prescripción.

7. El plazo de prescripción se suspende: entre esposos; entre los que estén sometidos a la patria potestad, o a curatela o tutela o cualquier forma de protección o de asistencia análoga, como las previstas en los diferentes sistemas, y los que las ejercen; entre aquellos cuyos bienes sean administrados y quienes los administren hasta que sean presentadas y aprobadas las cuentas; en cualquier otro caso previsto por la ley. La suspensión puede producirse sobre la base de un acuerdo entre acreedor y deudor que hayan decidido emprender gestiones de cara a una solución amistosa, y por el tiempo previsto. Desde que la suspensión cesa, se reanuda el curso de la prescripción, y se agrega el tiempo ya transcurrido antes de la circunstancia suspensiva.

8. El plazo de prescripción es de diez años para cualquier derecho o acción previstos en el presente Código, salvo que se establezca un plazo distinto para cada una de las situaciones.

Artículo 135

Caducidad

1. A la caducidad no se aplican las reglas relativas ni de la interrupción, ni de la suspensión, a menos que se disponga otra cosa en las relativas a los diferentes tipos de contratos.

2. Los términos de caducidad para la emisión de una declaración o para el cumplimiento de un acto, fijados para cada uno de los diferentes tipos de contrato, pueden ser modificados por acuerdo de las partes, pero

de tal modo que no haga excesivamente difícil el cumplimiento de la carga en cuestión.

Artículo 136
Cálculo de los plazos

Los plazos de prescripción y de caducidad se calcularán de la manera prevista en el artículo 58 del presente Código.

TÍTULO XI (49)

OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS REMEDIOS

Sección 1
Anomalías

Artículo 137
Inexistencia

1. No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y conducidos a la noción social de contrato.
2. En particular, no hay contrato:
 - a) Si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que pueda llegar a ser el sujeto –como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción– y mientras llega a existir;
 - b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad;
 - c) si la aceptación –con independencia de lo previsto en el artículo 16 apartados 6 y 7– no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última;
 - d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun exis-

(49) Traducción debida a M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna.

tiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles;

3. En caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.

Artículo 138

Situación derivada de la inexistencia

1. La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. La situación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 137 se produce por el solo hecho de concurrir esas circunstancias y no es susceptible de ninguna regularización o corrección. Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos que no admitan demora, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 139

No incorporación al contrato (50)

Las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 138 son aplicables también cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas.

Artículo 140

Nulidad

1. Salvo que la ley establezca otra cosa, el contrato es nulo:

(50) El texto original utiliza la expresión “caviardage”, sin traducción equivalente, y se refiere a “cláusulas tenidas por no escritas”, por lo que se ha optado por referir el epígrafe a la “no incorporación”, expresión conocida y utilizada en algunos textos legales (en la regulación de condiciones generales, por ejemplo).

- a) Cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria;
 - b) cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable;
 - c) cuando falte alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5;
 - d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación;
 - e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante;
2. El apartado 1 de este artículo se aplica también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.
3. En caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán éstas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados.
4. Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración. Es nulo también el contrato celebrado sin la previa autorización administrativa requerida.
5. Si el cumplimiento de un contrato válido se inserta en una actividad ilícita, el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquella. En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora.
6. Dejando a salvo lo previsto en el artículo 137 apartado 2 letra d), el contrato en el que falte alguno o algunos de los elementos requeridos no es nulo cuando la ley permita la formación sucesiva del acto, y cuando los elementos ya existentes sean jurídicamente idóneos en función de la producción posterior de otros que lo determinen de manera exhaustiva.

Artículo 141

Efectos de la nulidad

1. Salvo lo previsto en los artículos siguientes, la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual,

con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. La nulidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos, pero la parte que quiera hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar desde la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Si el contrato todavía no ha sido cumplido, la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento.

3. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 142

Caducidad

1. Si, con independencia de la voluntad de las partes, se produce la desaparición de un elemento esencial para la validez del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido a su formación, la nulidad del contrato carece de efectos retroactivos.

2. Salvo lo previsto en el apartado anterior, las disposiciones relativas a la nulidad se aplican a la caducidad.

Artículo 143

Confirmación del contrato nulo

1. Los contratos nulos por las causas previstas en el artículo 140, apartado 1, letra a), no son susceptibles de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección.

2. Los contratos nulos por causas diferentes a las previstas en el apartado 1 de este artículo son susceptibles de confirmación. Ésta tendrá lugar mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminan la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones debidas y a llevar a cabo las prestaciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera sido válido desde el principio. Será de aplicación a este acto el artículo 36 apartado 2.

3. Para efectuar la confirmación, las partes pueden actuar conforme a lo previsto en los artículos 12 y siguientes.

4. Las disposiciones del presente artículo son aplicables también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.

Artículo 144 *Nulidad parcial*

1. Dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 143, apartado 1, si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. En los contratos coligados o con más de dos partes, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos o a la obligación de una sola de las partes, el principio contenido en el apartado 1 del presente artículo se aplica si el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no reviste un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto.

3. La regla contenida en el apartado 1 del presente artículo no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra.

4. La nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula o parte diferente.

Artículo 145

Conversión del contrato nulo

1. Con independencia de lo dispuesto en los artículos 40, apartado 2, y 143, apartado 1, el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes.

2. La regla contenida en el apartado 1 de este artículo es aplicable también a una sola cláusula del contrato.

3. La conversión no tiene lugar si del contrato o de las circunstancias resulta ser otra la voluntad de las partes.

4. La conversión se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la conversión. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. Las disposiciones de este artículo se aplican también al contrato anulado. Por lo que se refiere a la ineficacia hay que estar a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 153.

Artículo 146

Anulabilidad

1. La anulabilidad tiene lugar en los casos a que se refiere el apartado 2 de este artículo y sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley concede tal facultad.

2. El contrato es anulable:

- a) En el caso de incapacidad de una parte, conforme al artículo 150;
- b) en el caso de un vicio de consentimiento, conforme a los artículos 151 y 152;
- c) en los supuestos previstos en los artículos 67 y 68;
- d) en cualquier otro supuesto expresamente previsto en la ley.

3. Las disposiciones de este artículo se aplican también cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obli-

gación de una de las partes de un contrato plurilateral, siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto.

Artículo 147

Efectos de la anulación

1. La anulación deja sin efectos (51) al contrato retroactivamente desde su celebración, y las dos partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160.

2. La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación deja sin efectos al contrato desde el momento en que se ha llevado a cabo la declaración prevista en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160, apartado 4.

3. La anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado –en los términos del artículo 162– a la obligación de reparación del perjuicio experimentado por la otra parte, con el alcance previsto en el artículo 6, apartado 4.

Artículo 148

Modalidades y plazo de la anulación

1. Para proceder a la anulación del contrato, la parte legitimada –o su representante legal si es incapaz– debe dirigir a la otra parte una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2.

2. Con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. No puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150 apartado 4 a favor de los incapaces.

4. La otra parte o cualquier interesado puede interpelar al sujeto

(51) El texto original utiliza la expresión “anéantir”, que se ha traducido por “dejar sin efecto”, pero parece que también puede hablarse de invalidar, suprimir o eliminar.

legitimado –o a su representante legal si se trata de un incapaz– para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Son aplicables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2.

5. La anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato. Pero la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años.

Artículo 149

Conservación y confirmación del contrato anulable

1. La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), la otra parte se compromete a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada.

2. El contrato anulable puede ser confirmado, y continuar entonces en vigor a todos los efectos, si el contratante cualificado o su representante legal, declaran, observando la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 36, que renuncian a la anulación o cumplen voluntariamente el mismo contrato. La confirmación supone que tal contratante –o, si es incapaz, su representante legal– está en condiciones de celebrar un contrato válido y es, además, plenamente consciente del motivo de la anulabilidad.

Artículo 150

Contrato celebrado por un incapaz

1. En las hipótesis previstas en el artículo 5, apartado 2, el contrato celebrado por:

- a) Un menor no emancipado;
- b) una persona declarada legalmente incapaz sin que en el contrato intervenga el sujeto establecido para su representación o asistencia legal;

- c) una persona que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de querer o comprender;
- d) una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no sepan escribir; es anulable conforme a lo previsto en los artículos 146 y siguientes, salvo que del contrato en cuestión sólo deriven ventajas para el incapaz.

2. El contrato no es anulable si el menor ha ocultado con engaño su edad o si la otra parte tenía buena fe, debido a que las condiciones de enfermedad mental o su estado de incapacidad declarado no resultaban fácilmente apreciables.

3. El contrato celebrado por un incapaz tampoco es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente.

4. Anulado el contrato, el incapaz debe restituir lo recibido, conforme al artículo 161, en la medida en que haya obtenido un beneficio efectivo.

5. Los terceros que han garantizado el contrato celebrado por el incapaz responden del mismo frente a la otra parte, incluso si es anulado, quedando a salvo su derecho de repetir, si procede, contra el incapaz o su representante legal.

Artículo 151

Contrato viciado por un error

1. El error unilateral hace anulable el contrato cuando concurren los siguientes presupuestos:

- a) Si afecta a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;
- b) si ha sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

2. Si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable.

3. Si no se dan los presupuestos del apartado 1, el error que no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, únicamente le per-

mitirá proceder a la anulación del contrato cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato.

4. Si únicamente se dan los presupuestos a que se refiere la letra b) del apartado 1, el error no anula el contrato, pero permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si:

- a) Se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento;
- b) o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

5. La parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe; y si, no obstante, la parte persiste en su pretensión después de la contestación motivada de la otra parte, aquella puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar a esta última una indemnización equitativa.

6. Las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

7. El error común: a) sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; b) o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; c) o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante, anulan el contrato de que se trate a iniciativa de cualquiera de las partes.

Artículo 152

Contrato viciado por intimidación

1. Con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30, es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas.

2. La amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

3. Salvo lo previsto en el artículo 156, el temor reverencial sólo pue-

de ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.

Artículo 153

Ineficacia

1. Un contrato válidamente celebrado es ineficaz –es decir, no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar– bien por voluntad de las partes o por disposición legal, con arreglo a los apartados siguientes.

2. Es ineficaz por voluntad de las partes:

- a) El contrato simulado conforme al artículo 155 salvo lo aquí dispuesto;
- b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a término inicial o final, conforme a los artículos 49 y siguientes;
- c) el contrato para cuya eficacia las partes hayan acordado como necesaria la autorización de un organismo público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, hasta que se produzcan.

3. El contrato ineficaz por voluntad de las partes adquiere eficacia inmediata si las partes de mutuo acuerdo revocan el acuerdo de simulación, o suprimen la condición, o el plazo, o las condiciones previas contenidas en la letra c) del apartado anterior.

4. Es ineficaz por disposición legal, salvo que resulte otra cosa conforme a lo previsto en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 140 (52):

- a) El contrato celebrado o la declaración emitida de buena fe sin la consciencia de realizar un acto con efectos jurídicos (53);
- b) el contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto de eficacia, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que tales presupuestos tengan lugar;

(52) La versión francesa original establece que: “Est inefficace par disposition de loi, mis à part ce que prévoient les alinéas 1, 4 y 6 del art. 140”. He optado por entender que lo que se quiere decir es que resulta la ineficacia por disposición legal en los supuestos que se mencionan a continuación salvo que, al mismo tiempo, se esté en los supuestos del artículo 140, que declaran la nulidad del contrato y, entonces, tiene preferencia el régimen de la nulidad.

(53) La versión original utiliza el término “conscience”, que se ha traducido literalmente, pero si se entiende que la regla se refiere a los casos de declaraciones en broma, o con fines docentes u otros semejantes, quizá fuera preferible utilizar la expresión “sin la intención”.

- c) el contrato en caso de que este Código, o leyes comunitarias o leyes de los Estados miembros de la Unión Europea, declaren que queda sin efecto, o que no produce efecto o cualquier otra expresión con un significado semejante.

5. El contrato que resulte definitivamente ineficaz en virtud de las letras b) y c) del apartado 4 de este artículo es susceptible de confirmación, de ineficacia parcial y de conversión, en los términos previstos respectivamente en los artículos 143, 144 y 145.

6. La ineficacia se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero en los casos a que se refieren las letras a) y c) del apartado 4 de este artículo, cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba conocerlo, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; igualmente puede, antes de que transcurra ese plazo, solicitar una constatación judicial de la ineficacia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extra-judicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 154 *Inoponibilidad*

1. Son inoponibles a los terceros o a algunos terceros:
 - a) El contrato disimulado conforme al artículo 155, salvo lo aquí dispuesto;
 - b) fuera de lo previsto en el artículo 140, apartado 1, letra a), el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros;
 - c) el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años;
 - d) las situaciones y relaciones de hecho subyacentes a los contratos nulos o realizadas para darles cauce;
 - e) el contrato o el acto para el que el presente Código, o las normas comunitarias o las de los Estados miembros de la Unión Europea que resulten aplicables, establezcan que son inoponibles a los terceros o a sujetos determinados, o cualquier otra expresión semejante.

2. La inoponibilidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir a quien deba constarle, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido; asimismo puede, dentro del mismo plazo, solicitar una constatación judicial de la inoponibilidad. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 155 *Simulación y reserva mental*

1. Es ineficaz el contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia, salvo que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea; y si además las partes pretenden celebrar un contrato diferente, disimulado, es este último el que produce efectos, siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.

2. Los terceros, además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito.

3. Para hacer valer el contrato disimulado, las partes contratantes, después de emitir una declaración con tal fin, que contenga las indicaciones necesarias y a la que le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2, no pueden utilizar entre ellas la prueba de testigos, sino únicamente la documental. Sólo se admitirá la prueba de testigos para demostrar que el contrato disimulado es ilícito o en todo caso nulo.

4. Si una parte emite una declaración no conforme a su voluntad y la dirige a la otra, queda obligado en los términos que el destinatario lo haya podido interpretar de buena fe, salvo que este último conozca la reserva mental; en este caso, la declaración produce para el destinatario y para los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme a los apartados anteriores.

Sección 2 (54)

Remedios

Artículo 156

Rescisión por lesión

1. Sin perjuicio de lo previsto para la usura por las normas comunitarias o vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea que sean de aplicación, en el supuesto contemplado en el artículo 30.3, la parte que desee rescindir el contrato debe dirigir a la contraparte una declaración con las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36.2.

2. Con el fin de que las partes puedan resolver extrajudicialmente la cuestión, no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido seis (tres) meses desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. La contraparte o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado –o a su representante legal si se trata de un incapaz– para que declare en un plazo no inferior a sesenta días si va a proceder o no a la rescisión del contrato. Se entiende a todos los efectos que el sujeto cualificado o su representante legal renuncian a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar el requerimiento, al que son aplicables los artículos 21 y 36.2.

4. El derecho a rescindir el contrato queda sometido a un plazo de prescripción de tres años desde la fecha de la conclusión del contrato. Dicho plazo se aplica también a la excepción de “rescindibilidad”.

5. La intención o, en cualquier caso, la consciencia en una de las partes de abusar de la situación de inferioridad o inexperiencia de la contraparte pueden resultar de las circunstancias; no obstante, deben excluirse en el caso de contratos aleatorios y cuando la contraparte ha manifestado la voluntad de pagar una suma superior debido a una afección particular hacia el objeto del contrato, o bien cuando, de las relaciones entre las partes, pueda deducirse que han querido concluir un contrato mixto, a título tanto oneroso como lucrativo.

6. El contrato rescindible no es susceptible de confirmación, pero la rescisión no se produce si su contenido se remite a la equidad en base al acuerdo de las partes o, a una decisión judicial a instancia de una de ellas.

(54) Traducción de los artículos 156 a 173 a cargo de M.^a Teresa ALONSO PEREZ, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Artículo 157

Renegociación del contrato

1. Si concurren acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97.1, la parte que pretende prevalecerse de la facultad prevista en esta norma debe dirigir a la contraparte una declaración con las indicaciones necesarias y precisar, además –bajo pena de nulidad del requerimiento– qué otras condiciones propone para mantener la eficacia del contrato en cuestión. A esta declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.

2. Con el fin de que las partes puedan resolver extrajudicialmente la cuestión, no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido seis (tres) meses a contar desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. Si concurre el supuesto previsto en el apartado 1, la contraparte puede interpelar a la parte legitimada para ejercer la facultad aquí prevista, al objeto de que declare en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la renegociación del contrato. Se entiende a todos los efectos que el sujeto en cuestión renuncia a esta facultad si transcurrir el plazo sin contestar el requerimiento. A dicha declaración se aplican los artículos 21 y 36.2.

4. Si las partes no llegan a un acuerdo en el plazo del apartado 2, el sujeto legitimado debe, en un plazo de caducidad de sesenta días, plantear su demanda ante el juez según las reglas procesales aplicables en el lugar en el que el contrato ha sido cumplido.

5. El juez, tras evaluar las circunstancias y teniendo en cuenta los intereses y solicitudes de las partes, puede, recurriendo eventualmente a prueba pericial, modificar o resolver el contrato en su conjunto o en su parte incumplida, y, si procede y ha sido solicitado, ordenar las restituciones y condenar a la reparación del daño.

Artículo 158

Confirmación o denegación judicial de la resolución

1. Las declaraciones de los apartados 1 y 2 del artículo 114 pueden dirigirse igualmente a la contraparte mediante la interposición de una demanda judicial, en la que pueden reclamarse también las restituciones, daños y perjuicios.

2. Con el fin de que las partes puedan resolver extrajudicialmente la cuestión, y al margen del supuesto contemplado en el apartado anterior, no podrá interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido

seis (tres) meses a contar desde la recepción de las declaraciones indicadas en los apartados 1 y 2 del artículo 114. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. Si el derecho a resolver el contrato se somete a la consideración del juez, éste puede ejercer las facultades de apreciación y decisión previstas en los artículos 92 y ss. En particular el juez:

- a) Puede confirmar sin más la resolución planteada conforme a la declaración del acreedor y además condenar a las restituciones, daños y perjuicios conforme a lo previsto en los artículos 162 y ss;
- b) puede denegar la resolución del contrato, si no se dan las condiciones para ello conforme a las normas del Título VIII, declarando, si procede, que el deudor está en condiciones de cumplir el contrato y que el acreedor debe aceptarlo.
- c) puede conceder al deudor, conforme a las normas aquí arriba indicadas, una prórroga del plazo de cumplimiento, o un fraccionamiento, o la posibilidad de eliminar en un plazo razonable los defectos de la cosa entregada, o de demoler y devolver a su estado originario lo que ha hecho y que no debía hacer, o de entregar una cosa o efectuar una prestación diferente, o de sustituir las cosas o los materiales empleados, o de reparar los daños ocasionados, o de enviar técnicos que aseguren un buen funcionamiento de la cosa entregada, y de otorgar al deudor otros beneficios, así como efectuar las evaluaciones previstas en las normas arriba indicadas; declarar también que el contrato se considera resuelto sólo si el deudor no se prevale de los beneficios mencionados en el plazo que le ha sido fijado, o se prevale de ellos de manera inadecuada, dejando a salvo, en todos los supuestos mencionados, la condena a la reparación del perjuicio.
- d) además, tras evaluar todas las circunstancias, teniendo en cuenta las causas del incumplimiento y los intereses de las partes, aplicando el principio de la buena fe, puede: declarar la resolución únicamente de modo parcial o precisando que el deudor no está obligado a indemnizar, o condenar al deudor a la reparación de los daños sin declarar resuelto el contrato en interés del acreedor.

Artículo 159

Resolución efectuada por un consumidor

1. En el supuesto previsto por el artículo 9, el consumidor insatisfecho o que ha cambiado de opinión tiene derecho a resolver el contrato o su oferta contractual, enviando a la contraparte, o al sujeto que ha nego-

ciado, una declaración escrita en la que se limite a indicar su intención de desistir del contrato o de su oferta.

2. La mencionada declaración, a la que se aplica el artículo 21, debe enviarse en la forma y en los plazos previstos por las disposiciones comunitarias, en función de si el consumidor ha sido, o no, plena y exactamente informado de su derecho a desistir. Estos plazos comienzan a contarse a partir de las fechas indicadas por las disposiciones en cuestión.

3. Cuando la declaración a que se refiere el apartado primero de este artículo se conoce o se reputa conocida por su destinatario, las partes se liberan de sus respectivas obligaciones, a excepción de lo que prevé el apartado 4 del presente artículo, dejando a salvo el derecho del consumidor a que se le indemnice el perjuicio que la cosa entregada le ha ocasionado conforme a los artículos 162 y siguientes. Esta disposición no impide la aplicación de ninguna de las disposiciones comunitarias, ni de las vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea, que impongan sanciones específicas al comerciante que no ha informado plena y exactamente al consumidor de su derecho a desistir.

4. El consumidor debe restituir a la contraparte las cosas que le han sido entregadas en cumplimiento del contrato resuelto, conforme disponen las citadas disposiciones comunitarias. En los plazos y del modo previstos por estas últimas, la contraparte debe restituir al consumidor las cantidades que éste ha pagado.

5. El consumidor no puede renunciar a su derecho a resolver el contrato o su oferta contractual, y cualquier pacto contrario a las disposiciones que figuran en el presente artículo y en el artículo 9 es nulo conforme al apartado 1.a) (55) del artículo 140.

Artículo 160

Restitución

1. Al margen de lo previsto en el apartado 9, las partes a cuyo favor se hayan realizado prestaciones en relación con un contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz, resuelto o rescindido están obligadas a restituirse recíprocamente lo que han recibido, como prevé este artículo. Pueden negarse a la restitución si la contraparte no ha adoptado medidas en este sentido o no ha ofrecido hacerlo.

2. La solicitud de restitución debe efectuarse enviando a la contraparte legitimada una declaración que contenga las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36.2. Pero, con el fin de dar

(55) En el original hay una errata y dice literalmente: artículo 1.a) del artículo 140, cuando debería decir apartado 1.a) del artículo 140.

posibilidad a las partes de resolver extrajudicialmente la cuestión, ninguna acción debe interponerse antes de que hayan transcurrido seis (tres) meses desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. En principio la restitución debe efectuarse en forma específica, a menos que sea material o jurídicamente imposible o excesivamente onerosa para el sujeto que debe realizarla, o bien cuando, teniendo en cuenta el interés de la contraparte, no es beneficioso para ésta a la vista del estado de conservación de la cosa objeto de la restitución. En situaciones similares a las descritas, la restitución debe efectuarse pagando a la contraparte una suma de dinero razonablemente equivalente, cuya cuantía, en defecto de acuerdo entre las partes, será fijada por el juez como deuda de valor, conservándose la posibilidad de proceder a un cálculo equitativo compensatorio de las restituciones que recíprocamente se deben las partes.

4. El sujeto que tiene derecho a la restitución, aun siendo posible en forma específica, puede optar entre ésta y una suma de dinero, fijada conforme establece el apartado 3.º, a menos que la primera opción sea contraria a la buena fe.

5. Si se trata de restituir una suma de dinero, deben añadirse los intereses, y, cuando proceda, una suma suplementaria en concepto de la actualización: a contar desde el día en que la prestación en dinero ha tenido lugar si quien la ha recibido procedía de mala fe y, a contar desde que la restitución ha sido solicitada, si estaba de buena fe. Si se trata de la restitución de una cosa, se deberá una cantidad de dinero por su uso y depreciación –a la que hay que añadir los intereses y, cuando proceda, la actualización– suma que, en defecto de acuerdo entre las partes, fijará el juez.

6. Los intereses se deben conforme dispone el artículo 169.3. El cálculo de la actualización se efectuará como prevé el artículo 169.4.

7. Si la prestación cumplida en plazo consistía en una actividad lícita realizada en provecho de la contraparte, el prestador del servicio tiene derecho a una remuneración equitativa, que, en ausencia de acuerdo entre las partes, fijará el juez; queda a salvo la posibilidad de proceder a un cálculo compensatorio en la forma prevista en el apartado 3 *in fine* de este mismo artículo.

8. El incapaz debe restituir la prestación efectuada en su favor dentro de los límites previstos en el artículo 150.4.

9. No tienen derecho a las restituciones previstas en este artículo quienes hayan realizado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyen delitos que originen diligencias penales o contrarios a las buenas costumbres o al orden público –pero no en el caso de ser contrarios al orden público económico– ni, tampoco, la parte que ha efectuado una pres-

tación que, tanto en sí misma considerada, como en atención al fin que persigue, presenta los mismos caracteres. Esta norma no se aplica a las prestaciones efectuadas por el incapaz, que desconoce sin culpa alguna haber cometido un acto inmoral o que presenta los mencionados caracteres, o a las que haya realizado bajo coacción. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión Europea, que dispongan en casos similares la confiscación de las mencionadas prestaciones.

Artículo 161

Protección de terceros

1. En todos los supuestos de inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión, resolución, cada parte es responsable de los daños que, a causa de su comportamiento, sufran los terceros por haber confiado de buena fe en la apariencia del contrato, si el acto en cuestión ha tenido un efecto diferente o ningún efecto.

2. La reparación del daño se regula por los artículos 162 y ss., en cuanto sean compatibles.

Artículo 162

Requisitos de la responsabilidad contractual

1. En caso de incumplimiento, de cumplimiento defectuoso o de mora, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deban considerarse consecuencia de ello. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, el deudor se libera de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la mora, no son atribuibles a su conducta, sino que se deben a una causa extraña imprevisible e irresistible.

2. El principio que figura en el apartado 1 se aplica a cualquier otro hecho o situación que se estime fuente de responsabilidad por daños conforme a las reglas del presente Código.

3. En los casos previstos en la primera parte del apartado tercero del artículo 75, el deudor se libera de la responsabilidad por daños si demuestra haber adoptado la diligencia apropiada en la situación concreta como se indica en la mencionada disposición, y aporta las pruebas exigidas en el artículo 94.3. Si el deudor de una prestación profesional ha actuado, para cumplirla –con el consentimiento informado de quien ha sufrido el perjuicio, o de sus parientes, o de quien se ha encargado de su representación o asistencia legal– en un ámbito en el que la experimentación científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados, sólo responde por culpa grave.

4. A menos que el deudor haya actuado por dolo o culpa, debe responder del daño que –en atención al texto del contrato, a las circunstancias, a la buena fe y a los usos– debe razonablemente considerarse asumido implícitamente por él –en cuanto persona normalmente informada– en el momento de celebración del contrato.

5. Salvo pacto en otro sentido, el deudor es responsable conforme al apartado 1.º de este artículo incluso si ha recurrido, para el cumplimiento del contrato, a auxiliares o a terceros, dejando a salvo el derecho de repetir, si procede, contra estos últimos.

6. Salvo pacto en contra, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora relativos a un contrato que implique a una pluralidad de deudores, se aplica para la reparación del daño consiguiente lo previsto en el artículo 88.

7. Debe probarse la existencia del daño, y verificarse su alcance, o bien debe ser cuantificable como prevé el artículo 168.1.

Artículo 163

Daño patrimonial resarcible

1. El daño patrimonial resarcible comprende:

- a) Tanto la pérdida sufrida,
- b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable– ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora.

2. El daño patrimonial indirecto, sufrido por cualquier titular de un derecho de crédito contra la víctima del daño, sólo es reparable en caso de fallecimiento o de lesiones graves de éste último.

Artículo 164

Daño moral resarcible

1. El daño moral es resarcible:

- a) En caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afectación, provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, incluso de una persona jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto;
- b) en caso de padecimientos psíquicos que condicionan sufrimientos corporales, aunque no se acompañen de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales;

- c) en los daños a la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables.
2. El daño moral indirecto sólo es reparable si lo padecen los parientes próximos o el cónyuge (56) de la víctima.

Artículo 165

Daño futuro y eventual

1. El daño futuro es resarcible y cuantificable conforme establece el artículo 168.1 si existe la certeza razonable de que el incumplimiento o el retraso no han agotado su eficacia causal, a menos que la víctima del daño se reserve la posibilidad de exigir su reparación, de manera separada, después de que éste se haya producido.

2. El daño eventual, del que se teme que pueda verosímilmente producirse en el futuro, no da lugar a reparación antes de que se haya producido, pero el juez puede adoptar las medidas cautelares dispuestas en el artículo 172.

Artículo 166

Función y modalidades de la reparación

1. Dejando a salvo las matizaciones establecidas en las disposiciones siguientes, la reparación debe cumplir, en general, su función específica tendente a eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, del cumplimiento defectuoso, de la mora, o de otras situaciones en relación con las cuales hay obligación de indemnizar conforme a las normas de este Código; y esto debe hacerse en general, creando el estado fáctico que existiría si tales situaciones no se hubieran producido.

2. Así, y si es posible, la reparación debe efectuarse mediante el cumplimiento o la restitución en forma específica, completadas, si es necesario, por una indemnización en dinero. Si, no obstante, esto no es posible en todo o en parte, o es excesivamente gravoso para el deudor, atendiendo el interés del acreedor, y en todo caso si éste lo reclama, la reparación debe efectuarse mediante el pago de la correspondiente cantidad de dinero.

3. En particular, si no se ha dispuesto otra cosa en otra norma de este Código o si la situación concreta no exige necesariamente una solución diferente, la reparación debe estar en condiciones de procurar al acreedor, o en los casos previstos, a un tercero:

(56) En el original se dice literalmente los cónyuges.

- a) La satisfacción de su interés (positivo) en que el contrato fuera puntual y exactamente cumplido, teniendo igualmente en cuenta los gastos y costes que ha debido afrontar y que habrían sido compensados por su cumplimiento, cuando el daño proviene del incumplimiento, de cumplimiento defectuoso o de la mora;
 - b) la satisfacción de su interés (negativo) en que el contrato no se hubiera concluido o que la negociación no hubiera tenido lugar, en los otros casos, y en particular si el daño proviene de la inexistencia, de la nulidad, de la anulación, de la ineficacia, de la rescisión, de la incompleta perfección del contrato y en casos similares.
4. La cuantía de los daños y perjuicios debe, sin embargo, calcularse teniendo en cuenta los beneficios que el deudor, en relación con el contrato, ha procurado –sin recibir contraprestación alguna– al acreedor, y a los cuales este último no puede ni pretende renunciar.
5. Quedan a salvo las reglas de este Código que, en supuestos concretos, prevean modalidades particulares para la reparación del daño.

Artículo 167

Conducta del acreedor

1. No debe repararse el daño que no se hubiera producido si el acreedor hubiera adoptado las medidas necesarias de su incumbencia antes de que aquél se produjera.
2. No es indemnizable el agravamiento del daño que el acreedor, adoptando las medidas necesarias, hubiera podido impedir después de haberse producido el daño.
3. Si una acción o una omisión del acreedor concurre en la producción del daño, la indemnización se reduce en función de las consecuencias que de la misma se han derivado.
4. El hecho de que el deudor no haya sido advertido por el acreedor de riesgos concretos por él conocidos, o que hubiera debido conocer, y que el cumplimiento hubiera comportado, se aprecia conforme al apartado anterior.

Artículo 168

Evaluación equitativa del daño

1. Si la existencia del daño ha sido acreditada o no se discute, pero la determinación de su cuantía concreta es imposible o excepcionalmente difícil, incluso recurriendo a expertos, se admite una evaluación equitativa del mismo, que deberá efectuarse sobre la base de pruebas parciales y de elementos fidedignos suministrados por las partes, teniendo en

cuenta todas las circunstancias del caso concreto, conforme al método de la presunción, aplicado con un criterio particularmente prudente de probabilidad y de verosimilitud.

2. Teniendo en cuenta el comportamiento, el interés y las condiciones económicas del acreedor, el juez puede, conforme al principio de equidad, limitar la cuantía de los daños y perjuicios:

- a) Si la reparación integral es desproporcionada y origina para el deudor consecuencias manifiestamente insostenibles, a la vista de su situación económica, y siempre que el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la mora no dependan de su mala fe;
- b) en caso de culpa leve del deudor, especialmente en los contratos en los que no se ha probado que haya mediado en su favor retribución alguna por la prestación que él debe.

Artículo 169

La reparación en las obligaciones pecuniarias

1. Salvo lo dispuesto en normas propias del ámbito mercantil y de la fianza, el deudor, en caso de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o mora de obligaciones pecuniarias, está obligado a la reparación en favor del acreedor sin que éste deba probar la existencia de un daño, no pudiendo invocar la circunstancia exoneratoria que figura en el artículo 162, apartado 1.

2. Esta reparación consiste en el pago de los intereses, que se deben en la medida que figura en el apartado 3 de este artículo, incrementados, si procede, por una suma en concepto de actualización conforme al artículo 86, apartado 5.

3. Salvo acuerdo en otro sentido, los intereses se deben conforme a los tipos oficiales publicados periódicamente por el Banco Central Europeo, que ha de referirse a los intereses debidos a los particulares y a los empresarios respectivamente al rendimiento medio y al coste medio del dinero.

4. Salvo acuerdo en otro sentido, el cálculo de la actualización debe efectuarse sobre la base de la tabla más reciente del “índice de precios al consumo armonizado” publicada periódicamente por Eurostat.

5. Las sumas de dinero contempladas en los apartados anteriores generan a su vez intereses suplementarios y susceptibles de actualización conforme a los mismos criterios.

6. Queda a salvo cualquier acuerdo en otro sentido.

Artículo 170

Cláusula penal

1. A excepción de lo previsto en el apartado 5, si las partes al celebrar el contrato han convenido en una cláusula penal que, en caso de incumplimiento, cumplimiento defectuoso o mora, el deudor debe una prestación determinada, ésta constituye la indemnización debida por el deudor cuando se produzcan las mencionadas situaciones, y ello es así siempre, excepto cuando la posibilidad de reparar el daño ulterior no haya sido pactada.

2. La prestación a que se refiere el apartado anterior se debe sin necesidad de que el acreedor deba probar ni la existencia del daño, ni su cuantía.

3. El acreedor sólo puede demandar al mismo tiempo el cumplimiento y la pena cuando ésta sólo ha sido pactada para la mora.

4. El juez puede disminuir equitativamente la pena, si el deudor ha realizado y el acreedor no ha rechazado un cumplimiento parcial o si la cuantía de la pena es manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta, en todo caso, el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento.

5. En los contratos en los que interviene un consumidor las cláusulas penales a su cargo establecidas en las condiciones generales del contrato son siempre ineficaces.

Artículo 171

Ejercicio y acumulación de remedios

1. El acreedor víctima de un daño tiene derecho a hacer constatar en juicio o en arbitraje la existencia y la cuantía del daño reparable que ha sufrido, abstracción hecha de que sea posible u oportuno obtener su reparación, a condición de que esto persiga fines lícitos. Deben considerarse tales la perspectiva de poder prevalecerse de tal verificación conforme al artículo 132, y de obtener un elemento para la evaluación de su patrimonio, no sólo a efectos fiscales.

2. No sólo en el supuesto que figura en el artículo 165, apartado 1, puede el acreedor víctima de un daño pedir que se constate únicamente la existencia del daño, reservándose la determinación de su cuantía para una evaluación posterior en juicio o arbitraje.

3. Además del supuesto de integración previsto para la reparación en forma específica en el artículo 166, apartado 2, los diferentes remedios son acumulables para permitir que la reparación cumpla plenamente su función, a condición de que de la acumulación no se derive para la víctima del daño un beneficio que sobrepase el perjuicio sufrido o para el deudor una situación que le sea insostenible.

Artículo 172
Medidas cautelares y asuntos sumarios

1. En los supuestos expresamente previstos por este Código y en todos los demás en los que el derecho o las legítimas expectativas de la parte no responsable estén amenazadas o a punto de estarlo, o comprometido o impedido su ejercicio, por acciones, omisiones o hechos que le afectan y que ya se han producido y o que es razonablemente previsible pensar que se produzcan, el juez puede, a requerimiento de esta misma parte, adoptar las medidas siguientes, susceptibles de ejecución forzosa, en base a las normas procesales del lugar donde las mismas se toman:

- a) Una inhibición, por la que ordena a la contraparte cesar en la acción o abstenerse de omisiones ya realizadas o temidas; si procede, le impone que preste también una garantía adecuada a los daños ya producidos o que se teme que se produzcan; fija, además, un plazo para que se cumpla su decisión; puede incluso hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente;
- b) una conminación, por la que ordena a la contraparte el cumplimiento *in natura* de una prestación de dar o de hacer; si procede puede imponer a esta última que preste también una garantía adecuada a los daños producidos o que se teme que vayan a producirse; fija, además un plazo para que se cumpla su decisión; incluso puede hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

2. Dejando a salvo el cumplimiento de las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables, el requerimiento debe dirigirse al juez competente para adoptar las medidas de urgencia en el lugar en el que la inhibición o la conminación deba ser ejecutada.

Artículo 173
Arbitraje

1. Aparte de lo previsto en el apartado 4 de este artículo, cuando este Código prevea la intervención del juez, cualquiera de las partes puede recurrir al procedimiento arbitral, confiado a tres árbitros, tal y como se regula en el presente artículo; en cuanto a los gastos son aplicables las normas vigentes en el lugar en el que el procedimiento en cuestión se desarrolla.

2. Aparte de lo dispuesto por las normas comunitarias o nacionales que sean de aplicación, y en defecto de acuerdo de las partes en otro sentido, el procedimiento arbitral se desarrollará en el lugar o sede del juez

al que, de otro modo, debería someterse la controversia, y para incoarlo la parte que toma la iniciativa debe enviar a la contraparte una declaración conteniendo las indicaciones necesarias, en la que precise que pretende someter la controversia –ya suscitada como previenen las respectivas normas– al procedimiento en cuestión, designe además su arbitro e invite a la contraparte a designar su propio arbitro en una declaración que ha de enviar a la primera en un plazo no inferior a treinta días. Si esta última no procede a la designación en dicho plazo, la primera puede pedir al juez competente que provea a la designación del árbitro que corresponde a la contraparte sobre la base de la ley del Estado miembro de la Unión Europea en la cual este procedimiento arbitral debe desarrollarse. En defecto de disposiciones específicas aplicables, esta solicitud puede dirigirse al presidente del tribunal de segunda instancia del lugar en el que el procedimiento arbitral deba desarrollarse. El tercer árbitro se designará por acuerdo de los dos árbitros ya nombrados, o, en defecto de acuerdo, por los árbitros mencionados o por una de las partes. A las declaraciones contempladas en este apartado se aplican las disposiciones de los artículos 21 y 36.2.

3. Si el intento de conciliación de las partes fracasa, la controversia debe resolverse, salvo acuerdo en otro sentido de las partes, sobre la base de las normas de este Código y otras normas que sean aplicables, por un laudo acordado por la mayoría de los árbitros y debe emitirse por escrito en un plazo de seis meses desde la designación del último árbitro. El laudo produce los efectos que establece el artículo 42 y permite obtener del juez, a partir de su emisión, una de las medidas previstas en el artículo 172.

4. El presente artículo no se aplica:

- a) Si, en base a normas imperativas, la controversia no puede someterse a arbitraje;
- b) si se trata, no de resolver una controversia, sino de pronunciar una inhibición o una conminación, de fijar o prorrogar un plazo, autorizar un depósito, o de adoptar decisiones similares, casos para los cuales se aplica el artículo 172;
- c) si se excluye el procedimiento arbitral en el contrato, o se prevé un procedimiento arbitral distinto;
- d) cuando la controversia se ha sometido ya al juez.