

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2005



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 55, julio-septiembre 2005

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

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

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
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

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
CUENCA ANAYA, Francisco: “Seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador”	9
FERRER VANRELL, María Pilar: “Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia”	45
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “Algunos aspectos de la Ley de servicios de la sociedad de la información: el comercio electrónico, un reto de presente y de futuro. Especial consideración de la contratación electrónica”	73
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “Los actuales artículos 831 y 1.056-2.º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas ” ..	121
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Documento público y documento auténtico”	137
RODRÍGUEZ-YNNESTO VALCARCE, Antonio: “La reforma del artículo 831 del Código Civil por Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar”	169
PRÁCTICA NOTARIAL	
POU AMPUERO, Felipe: “Autocontrato”	211

SECCIÓN HISTÓRICA

Conmemoración del Quinto Centenario de la Pragmática de Alcalá de 7 de junio de 1503. Colegio Notarial de Madrid, día 5 de junio de 2003	219
— “Apertura del acto”, por Juan Bolás Alfonso	221
— “La Pragmática de Alcalá en la política de los Reyes Católicos”, por Luis Suárez Fernández	223
— “El protocolo y la redacción por extenso”, por Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez	227
— “La fe de conocimiento de las partes”, por Alfonso Ventoso Escribano	267
— “La Pragmática de Alcalá. Otorgamiento y firma”, por Antonio Pérez Sanz	299
— “Una valoración de la Pragmática de Alcalá”, por Antonio Rodríguez Adrados	309

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

MARÍN CORREA, José María: “El cese del notario y los contratos de trabajo del personal a su servicio”	349
---	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: “El contador partidador dativo”, Ed. Tirant lo Blanch, serie Monografías, Valencia, 2005. Por José María de la Cuesta Sáenz	363
ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas”, Lex Nova, Valladolid, 2005. Por Francisco Javier Sánchez Calero	365

SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CAZADOR (1)

FRANCISCO CUENCA ANAYA

Notario

SUMARIO: 1. NORMATIVA. 2. OBLIGATORIEDAD Y RÉGIMEN SANCIONADOR. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN. A) Cazar con armas. B) Con ocasión de la acción de cazar. C) Comienzo y fin de la acción de cazar. 4. NECESIDAD DE SUSCRIBIR EL SEGURO PARA OBTENER LA LICENCIA DE CAZA. 5. EXCLUSIÓN DE LA COBERTURA. 6. EXTENSIÓN DE LA COBERTURA. 7. RECARGO POR MORA. 8. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. 9. EL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS. 10. DERECHO DE REPETICIÓN. 11. RENUNCIA A LA INDEMNIZACIÓN.

(1) José María CABALLERO publicó en el número 5.102 de *La Ley*, el día 21 de julio de 2000, el trabajo "Responsabilidad civil y seguro del cazador". El tiempo transcurrido, la modificación de algunas normas generales sobre Seguros, las sentencias relativas a esta materia dictadas por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, la aparición de nuevas Leyes de caza -Murcia, Aragón, Andalucía, Valencia- o la modificación de otras, como la de Extremadura, justifican volver sobre el tema.

1. Normativa

El seguro de responsabilidad civil del cazador se rige por el Reglamento aprobado por Real Decreto de 21 de enero de 1994.

El artículo 1.3 del Reglamento establece:

“El Seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria, se regirá:

a) Por la normativa en materia de caza de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia y, subsidiariamente, por el artículo 52 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; por los artículos 73 a 76 y, subsidiariamente, por el resto de los preceptos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro que le sean de aplicación, y por la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro privado.

b) Por las disposiciones del presente Reglamento.

c) En lo que no se oponga al anterior, por el Reglamento de Ordenación del Seguro privado, aprobado por Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto (RCL 1985, 1936, 2305 y ApNDL 12945).”

Deben tenerse en cuenta las modificaciones que se han producido en las leyes y reglamentos citados. La Ley 34/2003 adapta la legislación a las directivas europeas y modifica:

1. Las Leyes 33/84, de Ordenación del Seguro Privado, y 50/80, de Contrato de Seguro.

2. La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, Decreto 632/68, de 21 de marzo. Se modifica, entre otros puntos, la tabla VI sobre valoraciones.

El Reglamento ha derogado el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Caza, la Orden Ministerial de 20 de julio de 1971, por la que se estableció el Reglamento provisional del Seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador y la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1983, sobre prestaciones y tarifas en el Seguro obligatorio del cazador. La mayor parte de las sentencias que luego veremos han sido motivadas por hechos ocurridos bajo esta normativa derogada. No obstante, las recojo en mi exposición porque siguen teniendo interés tanto los hechos narrados como los criterios jurídicos que establecen.

2. Obligatoriedad y régimen sancionador

A) Obligatoriedad.

Además del Reglamento, la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 y las leyes de caza de las Comunidades Autónomas establecen la obligación que tiene todo cazador de celebrar un contrato de seguro para cubrir los daños causados a las personas con ocasión del ejercicio de la caza. Así:

ESTADO:

Artículo 52L.

Cazar sin él constituye infracción leve (art. 48.3.53.R).

ANDALUCÍA:

Artículo 53.1d.

Cazar sin él constituye infracción grave (art. 77.8).

ARAGÓN:

Artículo 70L y 38R.

Cazar sin él constituye infracción grave (art. 83.18L).

ASTURIAS:

Artículo 32L y 64 R.

Cazar sin él constituye infracción leve (art. 43.22 L).

CANARIAS:

Artículo 28.1 b) y artículo 33.

Cazar sin él constituye infracción grave, si es con armas (art. 49.2) o leve si es sin armas (art. 48.2).

CANTABRIA:

Cazar sin él constituye infracción leve (art. 50.7 Ley 3/1992).

CASTILLA Y LEÓN:

Artículo 14 L.

Cazar sin él constituye infracción leve (art. 76.12 L.).

CASTILLA-LA MANCHA:

Artículo 30 L, 31 R.

Cazar sin él constituye infracción leve (art. 86.4 L., 134.3 R.).

EXTREMADURA:

Artículo 75 L.

Cazar sin él constituye infracción grave (art. 91.19 L).

GALICIA:

Artículo 45.1.b) L.

Cazar sin él constituye infracción grave (art. 58.31 L).

LA RIOJA:

Artículo 15.1 f).

Cazar sin él constituye infracción leve (art. 83.22 L).

MURCIA:

Artículo 69.1 L.

Cazar sin él constituye infracción grave (art. 100.3 L).

NAVARRA:

Artículo 79 L.

Cazar sin él constituye infracción leve (art. 116.25).

PAÍS VASCO:

Cazar sin él constituye infracción menos grave (art. 1.3.39 Ley 1/89).

B) Régimen sancionador.

En cuanto al régimen sancionador, subrayemos dos cuestiones:

a) Diversidad de sanciones en las distintas leyes.

Como hemos visto, cazar sin seguro puede constituir infracción grave, menos grave o leve, según la Comunidad donde el hecho se produzca. Si tenemos en cuenta los principios del Derecho Penal, aplicables a las infracciones administrativas, no parece razonable que esto ocurra.

b) Coexistencia de leyes de caza y Código Penal.

El artículo 636 del Código Penal establece:

“Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”

Hemos visto que las leyes de caza también sancionan el hecho de cazar sin tener contratado y vigente el seguro; como el mismo hecho no puede sancionarse dos veces, una por vía penal, otra por vía administrativa,

debemos saber qué legislación prevalece; debe ser el Código Penal, cuya vigencia en todo el territorio nacional no puede ponerse en duda.

La cuestión, al menos en el plano teórico, ofrece matices diferentes según la fecha de promulgación de las leyes de caza:

a') Cuando se trate de leyes de caza promulgadas antes que el Código, que lo fue el 23 de noviembre de 1995 y entró en vigor seis meses después, podría sostenerse que, atribuida a las Comunidades Autónomas por sus Estatutos competencia exclusiva en materia de caza, una ley del Estado, aunque tenga el carácter de Orgánica, no puede invadir ese ámbito de competencia, por lo que subsistiría la normativa autonómica. A mi juicio, es más acertado estimar que el Código Penal, de aplicación general, ha derogado, en este punto, lo previsto en las leyes de caza.

b') En cuanto a las leyes de caza posteriores al Código Penal, como las de Castilla y León, Galicia, Canarias, La Rioja, Murcia, Andalucía y Valencia, cuando establecen sanción administrativa para el hecho de cazar sin seguro, que es conducta penalmente punible, sus normas no pueden tener vigencia alguna, prevalecerá el Código Penal; pero tales normas aparecen formalmente como derecho positivo, creando la confusión correspondiente.

A la vista de esa situación legislativa, estimo:

1.º No cabe, en ningún caso, aplicar al hecho de cazar sin seguro la sanción penal y la sanción administrativa.

2.º La legislación aplicable es la Penal, artículo 636 del Código Civil y concordantes.

3. Ámbito de aplicación

Artículo 1 del Reglamento:

“1. El Seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria, constituye una especialidad del seguro de responsabilidad civil que tiene por objeto la cobertura, dentro de los límites fijados en el presente Reglamento, de aquella en la que pueda incurrir el cazador con armas con ocasión de la acción de cazar.

2. Todo cazador con armas deberá, durante la acción de cazar, estar asegurado por un contrato de Seguro de responsabilidad civil del cazador adaptado al presente Reglamento. No se podrá obtener la licencia de caza sin haber acreditado la previa celebración de este contrato de seguro ni practicar el ejercicio de la misma sin la existencia y plenitud de efectos del mismo.”

Veamos cada uno de los requisitos que el Reglamento exige: cazar “con armas”, “con ocasión de la acción de cazar” y necesidad de suscribir el seguro antes de obtener la licencia de caza.

A) Cazar con armas.

Según el Reglamento, el seguro es de suscripción obligatoria para todo cazador que practique la caza con armas; por tanto, no se extiende a modalidades de caza como la de fringílidos, conejos con podencos o liebres con galgos. No obstante lo que dice el Reglamento, el examen de las leyes de caza nos hace ver que, una vez más, la situación es confusa:

a) La Ley del Estado y las de Andalucía, Aragón, Asturias, Extremadura, Navarra y La Rioja establecen el seguro obligatorio sólo para la caza con armas.

b) Las de Castilla y León, Castilla-La Mancha, Galicia, Canarias y Murcia lo exigen para cualquier modalidad de caza, sea con armas o sin ellas.

Pero hay alguna particularidad más:

a') La Ley de Canarias no deja lugar a dudas, pues después de exigir en el artículo 28.1, **“para la práctica de las actividades cinegéticas tener suscrito el seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador”**, insiste en el párrafo segundo del artículo 33: **“No podrá practicarse la caza con o sin armas de fuego sin la existencia de este contrato en plenitud de efectos”**. Y cuando trata de las infracciones, en el artículo 48.2 considera que es leve **“Cazar sin armas sin tener contratado y vigente el seguro establecido en el artículo 33 de esta Ley”**, y en el artículo 49.2 es infracción grave **“Cazar con armas sin tener contratado y vigente el seguro establecido en el artículo 33 de esta Ley”**.

Es indudable que el seguro se exige para cazar con armas o sin ellas. Pero la remisión a “las normas sectoriales del Estado en materia de seguro”, que hace el artículo 33 de la Ley, crea dudas; entendemos que la norma sectorial es el Real Decreto de 21 de enero de 1994; pero como hemos visto, este Reglamento sólo exige el seguro cuando se caza con armas, de modo que si se caza sin armas carece de regulación especial, por lo que la remisión no tiene sentido. La aplicación del Reglamento a estas modalidades de caza crearía situaciones injustas, pues si en la caza sin armas el riesgo no existe, o es remoto, la prima no debe ser idéntica a la pagada cuando se caza con armas de fuego.

b') En Castilla-La Mancha, el artículo 30 de la Ley exige el seguro con carácter general “para cazar”; por tanto, sería obligatorio para todo

tipo de caza, con armas y sin armas. Pero el artículo 31 del Reglamento de la Ley de Caza lo estima necesario sólo **“cuando sea preceptivo conforme a su normativa específica”**, y como su normativa específica, según hemos visto, es el Reglamento de 21 de enero de 1994, que sólo exige el seguro para la caza con armas, parece que éste es el régimen de la Comunidad. No obstante, vuelvo a repetir que un Reglamento no puede apartarse, en temas sustantivos, de la Ley que desarrolla, por lo que debe prevalecer el artículo 30 de la Ley, y por lo tanto el seguro sería obligatorio para la caza con armas y sin armas.

c') En la Comunidad Valenciana se exige el seguro para cazar con armas **“u otras artes o medios cuando puedan producir daños a las personas o sus bienes”** (art. 6.1.c).

La norma, como otras de la flamante Ley de 27 de diciembre del 2004, es de técnica más que defectuosa:

- Habla de artes o medios que puedan producir daños, con lo que presupone otros que no pueden producirlos. ¿Cuáles son esas artes y medios, quién determina si es, o no, necesario el seguro?
- Se refiere a daños a los bienes, cuando este seguro, por su propia naturaleza y porque lo dice expresamente el artículo 2 del Reglamento, sólo cubre los daños causados a las personas.

c) Plantea dudas saber qué se entiende, a los efectos del seguro, por armas. Armas son, desde luego, todas las de fuego; pero ¿también el arco o la ballesta, que se utilizan por algunos cazadores para realzar el carácter deportivo de la caza? Desde el punto de vista gramatical, no hay duda de que el arco y la ballesta son armas; pero el riesgo que genera su uso es insignificante, por lo que debemos entender que las referencias de las leyes de caza y del Reglamento del seguro a armas se entiende hecha a las de fuego.

B) Con ocasión de la acción de cazar.

Conforme al último párrafo del artículo 1 del Reglamento, **“se entienden por «acción de caza» y «cazador» los que son definidos como tales en la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma con competencias en la materia y, subsidiariamente, en los artículos 2 y 3 de la Ley de Caza”**.

Dada la relación entre “cazador” y “acción de cazar”, veamos conjuntamente su concepto en las leyes de caza:

ESTADO:

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por terceros” (art. 2 L y 2 R).

La definición no es correcta, porque también es caza, aunque sea ilegal, la que se realiza sobre animales no definidos como piezas de caza. Así, el Reglamento de la Ley de Caza considera infracción leve *cazar* aves que no figuren en la relación de piezas cazables.

2. Cazador.

“El derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley” (art. 3.1 L y 3.1 R).

3. Auxiliares.

Los ojeadores, batidores, secretarios o podenqueros no son cazadores. Así resulta;

- Del artículo 33.12 del Reglamento, que les prohíbe “cazar con cualquier clase de armas”.
- Del artículo 36 del Reglamento, al establecer expresamente que no precisan licencia de caza.

ANDALUCÍA:

1. Acción de cazar.

La Ley Andaluza define conjuntamente la acción de cazar y pescar: **“La actividad deportiva ejercida por las personas mediante el uso de artes, armas o medios dirigidos a la búsqueda, atracción, persecución o captura de ejemplares de fauna silvestre, terrestre o acuícola, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos, devolverlos a sus medios o facilitar su captura por un tercero”** (art. 2 g).

2. Cazador.

También se define junto al pescador: **“Quien practica la caza o la pesca reuniendo los requisitos legales para ello”** (art. 2 h).

Los requisitos los establece el artículo 35.d).

3. Auxiliares.

Según resulta del artículo 2 g), el trabajo de los auxiliares sería acción de cazar. Pero en sentido estricto, no son cazadores.

ARAGÓN:

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de cazar la realizada por el hombre directamen-

te o mediante el uso de armas, animales domésticos y otras artes o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar animales silvestres, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por terceros, así como la ejecución de los actos preparatorios que contribuyan a dicho fin” (art. 2 L).

2. Cazador.

“Es cazador quien practica el ejercicio de la caza reuniendo los requisitos legales para ello” (art. 4.1 L).

Los requisitos los establece el artículo 3.

3. Auxiliares.

No son cazadores: “Los resacadores y perreros que asistan en calidad de tales, sin portar armas de caza, a ojeos, batidas o resaques, no precisarán licencia de caza” (art. 37 L).

ASTURIAS.

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de armas, artes u otros medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por un tercero” (art. 2 L y 1 R).

2. Cazador.

“Podrá ejercer la caza toda persona mayor de catorce años que, habiendo acreditado la aptitud y el conocimiento precisos, esté en posesión de la pertinente licencia de caza, disponga de los permisos correspondientes y cumpla los demás requisitos legalmente exigidos” (art. 3 L y 2 R).

3. Auxiliares.

En cuanto a los auxiliares de los cazadores, ejercen la opción de cazar, puesto que intervienen para facilitar la captura de piezas por un tercero, pero no pueden utilizar armas ni “cualquier otro medio o arte”; no son cazadores (art. 43.18 L).

CANARIAS.

1. Acción de cazar.

Artículo 2: “Se considera acción de cazar la actividad deportiva ejercida por el hombre mediante el uso de armas, artes y otros medios apropiados o autorizados para buscar, seguir, rastrear y cobrar los animales definidos por esta ley u otras disposiciones como piezas de caza, para apropiarse de ellas o facilitar su captura”.

2. Cazador.

Artículo 3: “1. El derecho a cazar sin armas corresponde a toda persona mayor de 14 años que esté en posesión de la licencia de caza y

cumpla con los demás requisitos establecidos en la presente ley. Para obtener la licencia de caza, el menor de edad no emancipado necesitará autorización escrita de la persona que legalmente lo represente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, para poder cazar con cualquier tipo de armas autorizadas, las personas mayores de 16 años y menores de 18 años deberán ir acompañadas por uno o más cazadores mayores de edad que estén en posesión de licencias de armas.”

3. Auxiliares.

Artículo 3.3: “Los morraleros, auxiliares y acompañantes deberán llevar la documentación correspondiente según se establezca reglamentariamente”. A falta de lo que establezca el futuro Reglamento, no queda claro si estos auxiliares son cazadores; parece que no, puesto que la Ley se refiere a ellos y a los cazadores en números distintos del mismo artículo.

CASTILLA Y LEÓN.

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de cazar, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por terceros” (art. 2 L).

2. Cazador.

“1. Es cazador quien practica la caza reuniendo los requisitos legales para ello” (art. 13.1 L).

El artículo 14 determina cuáles son estos requisitos y el 15 los necesarios para obtener la licencia.

3. Auxiliares.

“2. No tendrán la consideración de cazadores quienes asistan a las cacerías en calidad de auxiliares, con excepción de los perreros conductores de rehalas” (art. 13.2 L).

Exigir la licencia de caza a los perreros conductores de rehalas no parece acertado.

CASTILLA-LA MANCHA.

1. Acción de cazar.

“A los efectos de esta Ley se considera acción de cazar la ejercida por las personas mediante el uso de procedimientos o medios apropiados para la captura, vivas o muertas, de piezas de especies declaradas objeto de caza” (art. 2 L).

2. Cazador.

“El derecho a cazar corresponde a toda persona que esté en posesión de la licencia de caza de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley” (art. 3 L).

“A los efectos de esta Ley es cazador quien practica la caza contando con los requisitos legales para ello” (art. 29.1 L).

Se ocupa del cazador el título III del Reglamento, artículos 31 a 36.

3. Auxiliares.

“No tendrán la consideración de cazadores quienes asistan a las cacerías en calidad de auxiliares, no pudiendo disparar salvo con munición de fogeo” [art. 29.2 L y 46.d) R].

EXTREMADURA.

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de caza la ejercida por el hombre, mediante el uso de armas, artes y otros medios autorizados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos por esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por un tercero” (art. 2 L).

2. Cazador.

“El derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que, habiendo acreditado la aptitud y los conocimientos precisos, no se encuentre inhabilitado por sentencia judicial firme o resolución administrativa ejecutiva para el ejercicio de la caza y esté en posesión de la pertinente licencia de caza, disponga de los permisos correspondientes y cumpla los demás requisitos legal o reglamentariamente establecidos” (art. 3.1 L).

3. Auxiliares.

Aunque ejercitan la acción de cazar, porque intervienen facilitando la captura de piezas por un tercero, no son cazadores; el artículo 57.11 de la Ley prohíbe **“a los batidores, secretarios o perreros, que asistan en calidad de tales a batidas o monterías, cazar con cualquier clase de arma, excepto rematar con arma blanca las piezas heridas o agarradas por los perros”.**

GALICIA.

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de caza la ejercida por el hombre, mediante el uso de armas, artes y otros medios autorizados, para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales que se declaren como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por un tercero” (art. 2L).

2. Cazador.

“El derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de dieciséis años que, habiendo acreditado la aptitud y los conocimientos precisos, esté

en posesión de la pertinente licencia de caza y cumpla los demás requisitos exigidos por las leyes y disposiciones de aplicación” (art. 3.1 L).

3. Auxiliares.

Aunque ejercitan la acción de cazar, porque intervienen facilitando la captura de piezas por un tercero, no son cazadores. El artículo 56.22 de la Ley considera infracción leve **“practicar la caza con armas o cualquier otro medio o arte los auxiliares de los cazadores que asistan en tal calidad”**.

LA RIOJA.

1. Acción de cazar.

Artículo 2: **“A los efectos de la presente Ley, se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas, animales o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales vertebrados terrestres no domésticos, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por tercero, así como la ejecución de los actos preparatorios que resulten directamente necesarios”**.

2. Cazador.

Artículo 14: **“Es cazador quien practica la caza reuniendo los requisitos legales para ello”**.

De los requisitos para el ejercicio de la caza se ocupa el artículo 15.

3. Auxiliares.

Artículo 45.7: **“Los ojeadores, batidores o perreros que asistan en calidad de tales a las cacerías, no podrán portar ningún tipo de armas, excepto armas blancas para remate de las piezas heridas”**.

MURCIA.

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de cazar, a los efectos de lo dispuesto en la presente Ley, cualquier conducta que, mediante el uso de armas, animales, artes u otros medios, tienda a buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero” (art. 2.1 L).

Para delimitar el objeto de la acción de cazar hemos visto emplear los términos “animales silvestres” y “piezas de caza”; “animales”, que es el que usa la Ley de Murcia, es demasiado amplio, pues los domésticos no pueden ser cazados.

2. Cazador.

El artículo 3.1 define conjuntamente a cazador y pescador: **“El aprovechamiento de la fauna, en las modalidades de caza o pesca fluvial, podrá realizarse por toda persona mayor de catorce años para el caso de la caza y de doce para la pesca que esté en posesión, a estos efectos, de la per-**

tinente licencia, no se encuentre inhabilitada por sentencia judicial o resolución administrativa firme, disponga de los permisos correspondientes y cumpla los demás requisitos legalmente exigidos”.

Los requisitos para cazar legalmente los determina el artículo 69.

3. Auxiliares.

No son cazadores. El artículo 43.14 prohíbe: **“A los ojeadores, batidores, secretarios y rehaderos que asistan en calidad de tales a ojeos, batidas o monterías, cazar con cualquier clase de arma, excepto rematar con arma blanca las piezas heridas o agarradas por los perros”.**

NAVARRA.

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de cazar cualquier conducta que, mediante el uso de armas, animales, artes u otros medios, tienda a buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero, así como la ejecución de los actos preparatorios que resulten directamente necesarios” (art. 62 L).

Vale para la referencia a “animales” lo dicho al comentar la Ley de Murcia.

2. Cazador.

“El aprovechamiento de la fauna silvestre en las modalidades de caza o pesca, que tendrá finalidad deportiva, podrá materializarse por toda persona mayor de 14 años que, habiendo acreditado la aptitud y el conocimiento precisos, esté en posesión de la pertinente licencia, no se encuentre inhabilitada por sentencia judicial o resolución administrativa firme a estos efectos, disponga de los permisos correspondientes y cumpla los demás requisitos legalmente exigidos” (art. 49.1).

3. Auxiliares.

Ejercen la acción de cazar, pero el artículo 77, al referirse a la autorización necesaria para realizar monterías, recechos y ojeos, presupone la existencia de personas que participen y no son cazadores; esta norma especial permite excluir del concepto de cazadores a batidores, perreros, etcétera.

PAÍS VASCO.

No hay referencia a la acción de cazar ni al concepto de cazador. En cuanto a los auxiliares, al tipificarse las infracciones, se considera como menos grave **“La práctica de la caza con cualquier clase de armas por los ojeadores, batidores, secretarios o podenqueros que asistan en calidad de tales a ojeos, batidas o monterías. Queda exceptuado el remate de las piezas con arma blanca” (art. 1.3.43, Ley 1/1989).**

VALENCIA.

1. Acción de cazar.

“Se considera acción de cazar, a los efectos de esta Ley, la ejercida por las personas mediante el uso de armas, animales, artes o medios apropiados para buscar, atraer, conducir o perseguir los animales definidos en esta ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, capturarlos vivos, apropiarse de ellos o facilitar otro tanto a un tercero, así como todas aquellas acciones similares en relación a las especies de aves o mamíferos silvestres que no sean amenazadas o protegidas, cuando sea necesario por razones técnicas de equilibrio, seguridad y gestión del medio natural” (art. 2.1 L).

2. Cazador.

No se define al cazador. De los artículos 3 y 6.1 resulta que debe ser persona física y estar en posesión de la correspondiente licencia de caza. Los números 2 y 3 del artículo 6 enumeran los requisitos necesarios para obtener la licencia.

3. Auxiliares.

“No tienen la condición de cazador, y por lo tanto están exentos de la posesión de la anterior documentación los acompañantes, ojeadores, batidores, secretarios, prácticos y todas aquellas personas que en el acto de cazar, y sin transportar armas, actúen como ayudantes, colaboradores o auxiliares del cazador. No obstante tendrán la consideración de cazador los portadores de las rehalas cuando éstas se utilicen en las batidas o monterías” (art. 7.3 L).

Vale para los portadores de rehalas lo dicho antes al referirme a Castilla-León.

A la vista de lo expuesto, estimo que la remisión que hace el Reglamento del Seguro a las leyes de caza crea graves dificultades en su interpretación, puesto que es muy diferente el concepto que dichas leyes tienen de los términos “acción de cazar” y “cazador”. Esto podría determinar que la cobertura del seguro fuese distinta según la Comunidad Autónoma en que el siniestro se produzca, lo que no parece razonable:

a) Si nos fijamos en el concepto de “cazador”, algunas leyes –Castilla-La Mancha, Castilla-León, La Rioja, etc.– lo definen como quien practica la caza reuniendo los requisitos legales para ello. Luego no serían cazadores quienes practicaran la caza sin reunir los requisitos que las leyes de caza establecen para serlo; por ejemplo, la licencia en vigor o el permiso del titular del aprovechamiento cinegético. Y si no son cazadores, los daños que causen con ocasión de la acción de cazar no serán cubiertos por el seguro.

La interpretación literal del Reglamento y leyes de caza llevaría a que muchos accidentes quedasen sin indemnizar, lo que no es congruente con la tendencia jurisprudencial, a la que después me referiré, de interpretar extensivamente la cobertura de este seguro. Tal vez hubiese sido preferible que el Reglamento, en lugar de remitir a las leyes de caza estatal y autonómicas, hubiera definido, a los efectos del seguro de responsabilidad civil que regula, qué se entiende por cazador y acción de cazar.

b) En cuanto a la “acción de cazar”, la Ley del Estado, y la mayor parte de las leyes autonómicas, como hemos visto, entienden que, para que exista, los animales cuya muerte o captura se persigue deben ser piezas de caza; por consiguiente, si lo que se abate o pretende abatir es cualquiera de los numerosos animales que no pueden cazarse lícitamente, porque no están incluidos en la relación de especies cinegéticas, tampoco el siniestro que pudiera producirse quedaría cubierto por el seguro. Vale para este supuesto, nada excepcional –la caza de animales que no son piezas de caza, aunque ilícita, es frecuente–, lo dicho en el apartado anterior.

c) Particularmente confuso es el régimen de los auxiliares del cazador, tales como ojeadores, batidores, podenqueros, perreros, etc. Resulta que ejercen la acción de cazar, puesto que, según el artículo 2 de la Ley de 1970 y otros de leyes autonómicas, persiguen o acosan a las piezas de caza para facilitar su captura por un tercero; pero según esas mismas leyes, por regla general, no son cazadores, no necesitan licencia e incluso se les prohíbe el empleo de armas de fuego. Pero si un ojeador utiliza, aunque lo tenga prohibido, un arma y causa un accidente, resolver si el siniestro está cubierto, y si responde, en caso afirmativo, la compañía de seguro o el Consorcio, no parece sencillo.

Sin salir del ámbito de los auxiliares, me voy a fijar en los portadores de rehalas o perreros; éstos, por regla general, tienen el mismo régimen de los restantes auxiliares, por lo que no son cazadores ni requieren licencia. Sin embargo, las Leyes de Castilla-La Mancha –art. 13.2– y Valencia –art. 7-3– los consideran expresamente cazadores; de donde resulta que, al ejercer la acción de cazar y ser cazadores, reúnen los requisitos exigidos por el Reglamento para que el accidente causado por utilizar un arma –no importa ahora si lícita o ilícitamente– lo cubra el seguro.

Como breve resumen de lo expuesto en los tres apartados anteriores, diré que de las normas indicadas –Reglamento y leyes de caza– resulta un régimen distinto según la Comunidad en la que ocurra el accidente. Lo que, dicho sea de paso, y sin insistir más porque es algo que vengo señalando desde hace mucho tiempo en libros y artículos, ocurre con mayor gravedad en otras materias relacionadas con la caza: así, la edad mínima para cazar puede ser de catorce, dieciséis o dieciocho años, y el mismo

hecho, exactamente el mismo, puede sancionarse en una Comunidad con multa cien veces superior a la impuesta en otra.

La Jurisprudencia hace una interpretación extensiva de lo que se entiende por acción de cazar y cazador:

1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1993.

El hecho enjuiciado fue que un menor había cogido una escopeta “con la idea de cazar unos pajarillos que se encontraban en el cable de la luz”; planteado si eso era acción de cazar, el Tribunal, en el fundamento jurídico noveno dice: *“En relación a la primera cuestión suscitada, el art. 2 de la Ley de Caza ofrece como definición de la acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en la Ley como piezas de caza, para darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por tercero. No obstante, a los fines de la cobertura del seguro obligatorio es necesario dar una interpretación extensiva a tal definición, si tenemos en cuenta, de una parte, que la propia Real Academia entiende por cazar el hecho de buscar o seguir las aves, piezas y otros animales para lograrlos o matarlos, de lo que se deduce que para la plena realización del hecho de cazar no se requiere que los animales sean muertos o aprehendidos, sino que basta una conducta dirigida a tal fin; y de otra, que el propio art. 2.2 del Reglamento del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil del cazador, incluye en la garantía, a efectos del seguro, los daños personales que se produzcan con motivo del manejo, tanto voluntario como involuntario, de las armas durante el ejercicio de la caza. El juzgador «a quo» analizando las diversas manifestaciones obrantes en las diligencias penales que los menores intervinientes en los hechos y la confesión judicial del demandado señor R., establece en los fundamentos jurídicos tercero y quinto, como premisas fácticas acreditadas que en la finca «La Zahurdilla» se practica habitualmente caza menor y que el menor cogió la escopeta «con la idea de cazar unos pajarillos que se encontraban en el cable de la luz». Esta valoración probatoria debe mantenerse en esta alzada dadas las plenas facultades de los Tribunales Civiles para apreciar en conjunto todas las pruebas obrantes en autos, incluso lo actuado en otras jurisdicciones, en este caso la penal, traído por medio de los oportunos testimonios al juicio civil, para ser conjugado con las demás pruebas que, de manera privativa se aportan a este proceso [SSTS 9-2-1960 (RJ 1960/470) y 2-7-1965 (RJ 1965/3959)], por ello, la conclusión a sentar es que dicha conducta estaría comprendida en la interpretación extensiva que se ha indicado de la acción de cazar.”*

A mi juicio, la interpretación extensiva que hace la sentencia de la ac-

ción de cazar es desmesurada: disparar sobre unos pajarillos posados en los cables de la luz no es cazar, ni el menor sin licencia, como ha dicho la STS 25 de mayo de 2000, es cazador.

2. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sala de lo Penal, de 24 de abril de 1995.*

El caso planteado fue la muerte de un cazador en el interior de un vehículo, fuera del terreno de caza, por el disparo accidental del arma que su compañero había dejado cargada. El Tribunal estima: *“El concepto «con ocasión de la acción de cazar» que literalmente describe la denominada en la póliza «garantías de suscripción obligatoria» (Garantía A), engloba no sólo la cobertura específica que acontece cuando se dispara en terrenos de caza sino, y por su propia naturaleza, a aquellos momentos precedentes o, en su caso posteriores, de cuasiinevitable concurrencia para lograr el objetivo propio de la cobertura; así y en tanto el arma se venga en utilizar para el destino cuya cobertura se prevé en la póliza, aún cuando, por las razones que fuere, no se hallase en el ámbito territorial propio de esta cobertura (terreno de caza), cabe considerar tales actos como plenamente amparados por el seguro concertado”*.

No parece correcto considerar, como hace la sentencia, que los hechos narrados sean acción de cazar. No siempre que se dispara un arma hay acción de cazar.

3. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 1995.*

El hecho controvertido fue la muerte causada por un menor, que no tenía licencia de caza, a quien su hermano, tomador del seguro de responsabilidad civil del cazador, le dejó su escopeta. Se argumenta por el Consorcio *“que existe una falta de legitimación pasiva al ser el seguro concertado por el hermano del menor y consecuentemente no puede cubrir la responsabilidad de la conducta del mismo que usa la escopeta del hermano, tomador del seguro, quien se la deja prestada por lo que habría una culpa por su parte, que no puede cubrir el seguro”*. La sentencia reconoce que en el seguro de caza, a diferencia de lo que ocurre con el del automóvil, lo asegurado no es la escopeta, sino el cazador. No obstante, contradiciéndose a sí misma, estima que *“aplicando supletoriamente la legislación del seguro obligatorio del automóvil en los casos de daños personales causados por vehículo que es conducido por persona no autorizada, se impone la obligación de reparar”*. Y desde otro punto de vista, afirma que: *“En última instancia la cobertura del Consorcio se producirá en cuanto que al no estar asegurado el menor y no existir seguro que cubra los riesgos de la caza, la intervención de aquél es obligada conforme al artículo 23.a)*

de la referida orden, con independencia de que el menor no pudiese suscribir una póliza de seguro”.

Los argumentos de la sentencia son inadmisibles: el menor sin licencia no es cazador y, por consiguiente, no se le puede aplicar la normativa del seguro obligatorio de responsabilidad civil. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de mayo de 2000, que revoca la de la Audiencia Provincial de Almería. Sus argumentos son:

1.º Los daños que cubre el seguro obligatorio son los causados por el asegurado, no por un tercero.

2.º El menor no tenía, ni podía tener, la condición de cazador.

Quizá sea demasiado contundente la sentencia cuando afirma que el menor que causó el daño *“no podía estar asegurado”* ni *“tampoco podía ser cazador”*, puesto que, conforme a la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, el menor de catorce años, con el consentimiento de sus representantes legales, puede obtener licencia de caza y ser cazador. Pero comparto la postura respecto al fondo de la cuestión: el menor de edad sin licencia no es cazador.

En alguna ocasión, los Tribunales no han considerado acción de cazar hechos que lo son. Así, el caso tratado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 1994: un cazador dejó la escopeta cargada y apoyada en un majano, ocupado como puesto de caza por otro; cuando éste sale, el majano se hunde y el arma se dispara, hiriéndole. Para mí es indudable que el accidente se produce durante el ejercicio de la caza, pero no lo estima así la sentencia, en la que no hay referencia alguna a la Ley de Caza ni a su reglamento; el artículo invocado es el 1.902 del Código Civil, que se ocupa, como es sabido, de la responsabilidad extracontractual.

C) Comienzo y fin de la acción de cazar.

No es nada fácil saber cuándo comienza y termina la acción de cazar. Dos cuestiones deben estudiarse: accidente en el trayecto y accidente durante el período de descanso.

a) *Accidente en el trayecto.*

Si tomamos como ejemplo una montería, podemos entender, en un sentido restrictivo, que la cacería comienza en el momento fijado para soltar las rehalas y termina a la hora prevista, o cuando se da la señal convenida. Pero durante el trayecto hacia el puesto o al regreso pueden

ocurrir accidentes y es necesario saber si los cubre el seguro. Lo dicho para la montería es aplicable a otras modalidades de caza; así, en el ojeo de las perdices, el accidente suele ocurrir por herir un cazador al que ocupa el puesto contiguo, pero también puede tener lugar en el trayecto hacia los puestos o al trasladarse el cazador de uno a otro. Además, puede sostenerse, y así lo ha hecho en alguna ocasión la Jurisprudencia, que la acción de cazar comienza antes, en el trayecto recorrido, incluso en vehículos, antes de llegar al lugar previsto para la cacería.

Si seguimos esta interpretación amplia, la consecuencia es que no puede fijarse, en términos indubitados, qué es trayecto hacia o desde el lugar de caza; pensemos en el grupo de cazadores que se desplaza de la ciudad al monte en el mismo vehículo y el accidente ocurre durante el camino.

La Orden del Ministerio de Hacienda de 20 de julio de 1971, hoy derogada, excluía de la cobertura “los daños por accidentes en el desplazamiento a/o de los lugares de caza”, pero el Reglamento actual no es tan explícito; todo depende de la interpretación que se dé a la frase “con ocasión de la acción de cazar” que aparece en los artículos 1 y 2.

Es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 24 de abril de 1995, a la que antes me he referido, al condenar a la compañía aseguradora a indemnizar a los herederos de la víctima, habiendo ocurrido el accidente en el camino de regreso. El supuesto de hecho fue que unos cazadores, después de la jornada de caza, viajaban en un coche del que descendió uno de ellos para disparar sobre unas avefrías; cuando regresa, deja el arma cargada apoyada en el respaldo del asiento y se dispara, matando a su compañero.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la compañía de seguros por estimar que no entraba el supuesto en la cobertura del seguro de responsabilidad civil del cazador. La Audiencia revoca el fallo y condena a la compañía a indemnizar a los herederos de la víctima. Consta así en el fundamento de derecho cuarto, que antes hemos transcrito.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1980, Sala de lo Penal, rechaza que el accidente ocurrido durante el trayecto hacia el terreno de caza lo cubra el seguro. Lo acaecido fue que unos cazadores salieron de Úbeda para cazar en una finca de Cabra de Santo Cristo, utilizando como vehículo una furgoneta. La escopeta, que el procesado había dejado cargada, se disparó al frenar el conductor bruscamente en un paso a nivel situado en término de Larva, alcanzando el disparo a uno de los miembros del grupo. El Tribunal Supremo, en el considerando segundo de la sentencia, argumenta que “*el que se dirige o encamina al cazadero o terreno cinegético, sin haber llegado a él, no realiza todavía los actos propios del cazador –ejercicio de la caza– ni consume, ni siquiera intenta, ninguna acción de cazar*”.

El siniestro ocurrió estando vigentes el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Caza y la Orden de 20 de julio de 1971, ambos derogados. Pero las consideraciones que hace la sentencia sobre el sentido de los términos “ejercicio de la caza” y “acción de cazar” son válidas para el derecho hoy vigente.

b) *Accidente en período de descanso.*

En cuanto al accidente que ocurre durante los períodos de descanso, la indemnización está cubierta por el seguro; según el artículo 2.2 del Reglamento: **“Quedan incluidos en el ámbito de cobertura... b) los daños referidos en el apartado anterior ocasionados en tiempo de descanso dentro de los límites del terreno de caza, en tanto se está practicando el ejercicio de la misma”.**

Es lógico que así sea, porque descansar de vez en cuando forma parte de la jornada de caza, y durante esos períodos de descanso, en los que se reúnen cazadores, auxiliares y perros, la imprudencia de quienes no descargan las armas y las dejan en cualquier sitio y de cualquier manera, es causa de accidentes. Son dos los requisitos que exige el Reglamento para que el accidente ocurrido en tiempo de descanso lo cubra el seguro obligatorio:

1.º *Que tenga lugar dentro de los límites del terreno de caza.*

Para saber cuáles son esos límites habría que distinguir entre terrenos acotados y libres. En los terrenos acotados, los límites están perfectamente señalados, puesto que su perímetro debe marcarse con tablillas, pero en los terrenos libres propiamente no hay límites, de modo que la cobertura se extenderá al accidente ocurrido en cualquier lugar que no esté acotado.

2.º *Que ocurra mientras se esté practicando el ejercicio de la caza.*

Me remito a lo dicho respecto al comienzo y fin de la cacería; el accidente ocurrido después de que ésta concluya, aunque tenga lugar dentro de los límites del terreno de caza, no lo cubre el seguro.

En la práctica, no siempre se puede conocer con precisión si el descanso tiene lugar durante la cacería o al concluir ésta. Vamos a fijarnos en una modalidad de caza, el ojeo de perdiz. A media mañana es frecuente que se reúnan los cazadores y coman algo, el tradicional “taco”. Si ocurre el accidente en ese período, debe cubrirlo el seguro. Pero si terminada la batida se reúnen las escopetas para comer, sea en el campo o en alguna dependencia de la finca, el accidente que se produzca no lo cubre el seguro, pues aunque haya período de descanso, falta otro requisi-

to esencial: la caza ha terminado, no se está practicando el ejercicio de la misma.

En la caza en mano hay casos en que no se sabe con certeza si después del período de descanso se continuará, o no, cazando. Puede ocurrir que, reunidos los cazadores para descansar y comer a medio día, unos se muestren partidarios de continuar cazando por la tarde y otros no. Si ocurre el accidente, ¿cómo saber si había concluido la cacería?

4. Necesidad de suscribir el seguro para obtener la licencia de caza

Algunas leyes de caza, como requisito previo a la obtención de la licencia, exigen que se contrate el seguro obligatorio; y el artículo 1 del Reglamento, en el número 2, dice expresamente: **“No se podrá obtener la licencia de caza sin haber acreditado la previa celebración de este contrato de seguro ni practicar el ejercicio de la misma sin la existencia y plenitud de efectos del mismo”**.

No siempre está justificado este requisito, porque:

- Puede ocurrir que quien obtenga la licencia no llegue a cazar, en cuyo caso no tiene sentido cubrir un riesgo que no se ha producido: la licencia, por sí sola, no genera riesgo alguno. El seguro debería exigirse para cazar, no para obtener la licencia.
- Algunas modalidades de caza se practican sin armas, incluso varias Comunidades Autónomas expiden dos tipos de licencia, según sea para cazar con o sin armas. En este segundo supuesto todavía está menos justificada la exigencia previa del seguro, pues ningún daño puede causar a las personas quien cace jilgueros con red o liebres con galgos.

5. Exclusión de la cobertura

Artículo 2.3 del Reglamento: **“Quedan excluidos del ámbito de cobertura los supuestos en que el cazador no esté obligado a indemnizar porque el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. No se considerarán casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones”**.

Este precepto reproduce lo establecido en el artículo 35.6.a) del Reglamento de la Ley de Caza de 1971, basado a su vez en el artículo 33.5 de la Ley.

Dos son los supuestos de exclusión de la cobertura:

1.º Fuerza mayor.

Me remito a la definición del artículo 1.105 del Código Civil: “sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables”. Pero el Reglamento no considera casos de fuerza mayor los que provengan de roturas o defectos del arma o de la munición empleada. Si el accidente se produce por la rotura o defecto del arma o de la munición, lo cubre el seguro.

La responsabilidad del autor del daño no excluye la que pueda corresponder al fabricante del arma o de la munición defectuosa, por aplicación de la Ley de 6 de julio de 1994. Habrá, por consiguiente, una doble responsabilidad: la del causante del daño frente a la víctima y la del fabricante respecto al del adquirente del arma o munición defectuosas.

2.º Culpa o negligencia exclusiva del perjudicado.

Para que la cobertura quede excluida, el Reglamento exige que el hecho sea debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado. Teniendo en cuenta el criterio de la Jurisprudencia, tantas veces manifestado, de que no quede sin reparación el daño, difícilmente apreciarán los Tribunales que un accidente ha ocurrido sólo por culpa o negligencia del perjudicado. Es muy significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994, que conviene examinar.

Se trató de un supuesto de caza en mano, en el que un cazador dispara a un conejo que salió hacia atrás, hiriendo a uno de los componentes del grupo. El Juzgado de Primera Instancia absuelve al demandado, pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia, condenándole, así como a la compañía de seguros. Esta sentencia es la recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

En el recurso se argumenta que: *“Toda vez que la sentencia recurrida acepta de forma expresa e inconcusa los hechos que se contienen en la sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia, es obligado el referirse de forma permanente a los mismos y que el juzgador consideró probados, por ende, en ambas instancias. En efecto, ya son firmes los hechos que define el supuesto de autos: el grupo de cazadores iba a la «línea o a la mano», es decir, formando una línea paralela al horizonte; el posteriormente perjudicado se retrasa, y por iniciativa propia, pierde contacto visual con el resto de los cazadores y se oculta (“queda oculto”) tras unas matas; el recurrente dispara hacia atrás contra un conejo (lo que implica necesariamente que en dirección al suelo)”*.

De haber ocurrido así las cosas, la negligencia de la víctima es muy grave; en la caza en mano, cuando participan varios cazadores, hay que mantener la línea y no disparar hacia los lados, salvo el primero y el último, que podrán hacerlo a su izquierda o derecha, respectivamente, porque en esa dirección no habrá ningún compañero. Disparar hacia delante, o

hacia atrás, en circunstancias normales, no genera riesgo. Si algún miembro de la cuadrilla se retrasa, en particular si el terreno es accidentado o cubierto de monte o arbolado, debe indicarlo en forma ostensible a los compañeros.

En el caso que examinamos, el cazador no sólo se retrasa rompiendo la línea, sino que no comunica esta circunstancia y, además, se oculta tras unas matas. Tiene razón el demandado cuando dice: *“Del relato de hechos se desprende que el agente agotó todas las posibilidades de prudencia y diligencia, a pesar del resultado dañoso: no disparó hacia los lados, donde sabía que estaban sus compañeros; disparó contra el suelo, no en paralelo, ya que la pieza era un conejo y no una perdiz, y, además, no vio a persona alguna en la dirección hacia la que disparaba, y, desde luego, no podía, ni ello le era exigible, pensar que un cazador de la línea estuviera agazapado, oculto ex profeso a su vista, en una dirección en la que no debía estar cazador alguno. Luego no era previsible que el disparo pudiera alcanzar a persona alguna, y si no era previsible, no puede existir culpa extracontractual”*.

El Tribunal Supremo, sin embargo, estima que el autor del disparo *“incurrir en evidente negligencia”* y confirma la sentencia de la Audiencia. Cierro que cuestiona que los hechos probados sean los que se indican por la defensa, pero mantiene que su decisión hubiera sido la misma si las cosas hubiesen sucedido tal como narra el recurrente: *“La conclusión a la que se ha llegado, en coincidencia con la sentada en la sentencia recurrida, no perdería su virtualidad por el hecho, no recogido entre los acreditados en aquella, de que el cazador herido hubiese perdido por su iniciativa contacto visual con el resto de los cazadores y se retrasara quedando oculto tras unas matas, pues dicho acontecer no hubiera exonerado de responsabilidad al recurrente, quien, aún así, estaba obligado a extremar las precauciones en orden a comprobar que ninguno de los compañeros hubiera quedado rezagado, antes de efectuar los disparos hacia atrás, y la única influencia que podría haberse reconocido al meritado acontecer era en el grado de intensidad imputable a la culpa del recurrente, la que, en su caso, hubiera entrado en la categoría de leve, incluso, levísima, pero continuaría teniendo encaje en la extracontractual del artículo 1902”*.

Si en un caso como éste, en el que un cazador rompe la línea sin avisarlo, queda rezagado y se oculta en unas matas, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo no estimaron que el accidente se debió exclusivamente a negligencia del perjudicado, difícilmente podrán estimarlo en cualquier otro.

Por lo dicho, resulta verdaderamente excepcional la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 15 de diciembre de 2000, al estimar que un accidente se produjo por culpa exclusiva del lesionado. Un caza-

dor situado junto a unos girasoles disparó a una tórtola hiriendo a otro cazador oculto entre ellos. Se dice en el fundamento séptimo de la sentencia: *“En el caso aquí debatido, es claro que el tirador Sr. S. G. realizaba una actividad –la tirada de las tórtolas en un coto deportivo– permitida; que el peligro creado por el abandono por el Sr. R. M. de su puesto sin avisar a los demás tiradores no era previsible y que al estar oculto y, por ende, no visible el Sr. R. M., éste creó un peligro que no era evitable; deduciéndose, de todo ello, la inexistencia de culpa o negligencia alguna, ni siquiera levísima, en la actuación y conducta del Sr. S. G. por haber observado todas y cada una de las medidas de seguridad y precauciones que le eran exigibles; habiéndose producido el resultado dañoso únicamente por culpa o negligencia del perjudicado Sr. R. M., lo que conlleva la inexistencia de deber alguno de indemnizar por parte del Sr. S. G.”*

Al apreciar la Audiencia, tal como había hecho el Juzgado de Primera Instancia, la culpa exclusiva del lesionado, no prosperó la demanda interpuesta contra la compañía de seguros (2).

6. Extensión de la cobertura

a) *El seguro sólo cubre los daños ocasionados a las personas (art. 3 R).*

Los daños que pueda causar el cazador en los cultivos o a las pertenencias de otras personas no los cubre el seguro, aunque en la póliza cabe incluir voluntariamente otras coberturas (art. 4.2 R).

(2) En la sentencia de la Audiencia, larga y farragosa, se aceptan como hechos probados algunos que difícilmente pudieron tener lugar como se dice. El accidente ocurre, según la sentencia, cuando uno de los cazadores, situado junto a un campo de girasoles, dispara a una tórtola, hiriendo a otro cazador que se encontraba en el interior de la plantación, intentando cobrar otra tórtola abatida; y se afirma también que quien disparó no podía ver a quien resultó herido.

En este relato hay varios puntos más que dudosos:

1.º Se dice que los girasoles llegaban al herido por el hombro, pero que estaba agachado y por eso no fue visto. Pero recibió un fuerte impacto en cara y cuello, que lo derribó al suelo, por lo que el autor del disparo tenía que estar cerca; siendo esto así no es razonable que el herido llegase hasta allí, a través del campo de girasoles que no cubrían su cuerpo, sin que se advirtiera su presencia.

2.º Tampoco es normal que una persona agachada entre los girasoles reciba la perdigonada cuando se dispara a una tórtola que, necesariamente, tendría que volar por encima del sembrado, es imposible que vuele más bajo, por lo tupido de las plantas.

3.º Se dice que el cazador lesionado estaba, antes del accidente, en un puesto situado a ochocientos metros de donde ocurrió. Pues bien, si algún cazador lee este artículo convendrá conmigo que no encaja en los usos cinegéticos que alguien se desplace tan larga distancia para cobrar una tórtola herida, en particular si ha caído, como es el caso, en un sitio donde tan difícil sería verla.

b) Cálculo de la indemnización.

La Orden de 20 de julio de 1971 remitía, para el cálculo de indemnizaciones, a la normativa del seguro del automóvil; pero el Reglamento ha derogado dicha Orden, por lo que rigen las normas generales.

Bajo la normativa anterior, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 2000, apoyándose en las de 12 de marzo de 1998 y 30 de noviembre del mismo año, establece:

“La normativa examinada y conforme a lo que ya se dijo, resulta determinante de la equiparación de los dos Seguros de referencia y la clara vocación del legislador de fijar indemnizaciones progresivas para el Seguro del Cazador en relación a las que se fueran produciendo para las de Vehículos de Motor, pues la jerarquía de la Ley de Caza se impone a la Orden de 14 de octubre de 1983, y tanto la conjunción de normas como su interpretación teleológica así lo justifica, y si las disposiciones del Seguro Obligatorio de Automóviles han ido a lo largo del tiempo aumentando el importe de las coberturas, ha de entenderse que se proyecta necesariamente y por adaptación automática prevista legalmente, a las que afecten a la caza hasta el Real Decreto de 21 de enero de 1994, que es cuando efectivamente se instaura un nuevo régimen legal al aprobarse el Reglamento de Responsabilidad Civil del Cazador.

Sería contrario a la realidad sociológica, que tiene en cuenta el artículo 3 del Código Civil, reputar de peor condición a quien es víctima por accidente de caza respecto al que lo es por accidente circulatorio, con atentado frontal a la equidad, que faculta buscar la solución justa, que en este caso cuenta con apoyo legal suficiente”.

La posibilidad de fijar topes y límites cuantitativos a la indemnización por daños corporales a las personas, que establece la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado a favor en la sentencia de 29 de junio de 2000.

La disposición adicional octava de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha incorporado mediante un Anexo el **“Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación”**. Este Anexo comprende seis tablas de valoración, de las que los números I y III fijan la indemnización básica por muerte, lesiones o daños morales, las II, IV y V señalan los factores de corrección y la VI comprende la valoración de las secuelas.

Se impugna la posibilidad de topes máximos argumentándose:

a') El apartado B) de la tabla V del Anexo, relativa a perjuicios económicos, establece un límite a la indemnización arbitrario e irrazonable, contrario al artículo 9.3 de la Constitución.

b') La baremación elimina toda capacidad de estimación del juzgador, convertido en mero ejecutor de la ley.

El Tribunal Constitucional sostiene que el baremo cuestionado no vulnera el derecho a la vida y a la integridad física y moral que reconoce el artículo 15 de la Constitución; ni el derecho a la igualdad (art. 4 CE); ni es contrario al valor superior de Justicia (art. 11 CE); ni al principio constitucional que prohíbe la arbitrariedad (art. 9.3 CE); ni restringe las facultades de jueces y tribunales para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos (art. 117.3 CE).

Pero, aunque estima ajustado a la Constitución el sistema de baremos fijos, no opina lo mismo respecto a los factores de corrección del apartado B) de la tabla V, porque *“el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación de la referida tabla V, vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE”*. Por lo que la inconstitucionalidad *“ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, determinante de «incapacidad temporal», tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo”*. El Tribunal insiste en establecer un régimen distinto cuando se trate de resarcir daños en los que haya mediado culpa: *“En efecto, cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o con riesgo, la indemnización por perjuicios económicos a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del Anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada indemnización básica (incluidos daños morales) del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión*.

Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los «perjuicios económicos» del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuan-

tificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso” (3).

Aunque la sentencia se refiere a los accidentes de circulación, sus argumentos son aplicables a los de caza, dada la semejanza entre unos y otros; no olvidemos que la Orden de 21 de julio de 1971 se remitía a la normativa del Seguro del Automóvil, y aunque el Reglamento actual no lo hace, por razones de analogía, pueden servir de referencia a los Tribunales los baremos contenidos en el Anexo al texto refundido para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Pero los baremos no son vinculantes, y así lo han reconocido los Tribunales.

— La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 18 de enero de 2000, Sala de lo Civil, no aplica a un accidente de caza los baremos previstos para los de circulación. Dice en su fundamento tercero: *“En cuanto al importe del «quantum» indemnizatorio otorgado en la instancia y que es objeto de apelación, debe decirse que esta Sala estima, tras el examen de los informes médicos aportados, tanto del informe médico forense, como del informe médico emitido por el doctor M., y dado el origen de la lesión, producida por un accidente de caza, que ha de ser otorgada una cantidad atendiendo a lo solicitado por la actora, sin tener en cuenta los criterios establecidos en la Ley de 8 de noviembre de 1995, Ley 30/1995, Ley dictada para la valoración de los daños ocasionados con motivo del accidente de circulación”.*

— La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1996, afirma que no existe base legal para fijar la cuantía de las indemnizaciones, por lo que no cabe, en casación, revisar la que conste en la sentencia recurrida.

— La del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 1998, insiste en el carácter no vinculante de los baremos: *“...por lo que la queja del recurrente no puede ser acogida ya que la sentencia recurrida ha*

(3) La sentencia ha sido duramente criticada en los votos particulares de cuatro magistrados. En opinión de uno de ellos, Garrido Falla, *“Se comprende así la insatisfacción teórica que provoca el fallo y el párrafo final que remata el largo texto de esta Sentencia: en definitiva, se condena lo que el legislador ha hecho, pero se le envía el mensaje de que podría elaborar otro baremo alternativo «menos arbitrario», aunque no establecemos los límites de la arbitrariedad. Y sobre todo, nos ataca el temor a las consecuencias prácticas que pueden producirse: pocas víctimas se considerarán dispuestas a admitir que no ha existido culpa del conductor (del otro conductor, en el caso de colisión de vehículos); se buscarán un abogado... y un nuevo pleito, con motivo de cada accidente, vendrá a incrementar las largas listas de espera de nuestros juzgados”.*

guardado los límites máximos de la cobertura del seguro, que es lo que la Ley impone, aunque moverse dentro de ella para concretar la cifra que repare y compense daños, sea de su exclusivo arbitrio, al ser el baremo no vinculante y sí meramente orientativo”.

c) Actualización.

La Jurisprudencia considera la indemnización como deuda de valor, por lo que la cuantía deberá actualizarse de acuerdo con la depreciación de la moneda si se produce desfase entre el momento del siniestro y el del pago de la indemnización.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 1997, establece: *“La Jurisprudencia ha sido constante al señalar la naturaleza de deuda de valor a este tipo de indemnizaciones y por ello la necesidad de atender para su cuantificación al momento de su fijación”.*

La actualización no significa que puedan tener efecto retroactivo las normas que elevan los límites de la indemnización. Para fijar la cuantía básica, aunque ésta se actualice por ser deuda de valor, o se adicione con recargos o intereses, se atenderá al momento en que el accidente se produzca. Así, ante un hecho ocurrido el 14 de agosto de 1983, el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en sentencia de 14 de febrero de 1986, aplicó la Orden de 20 de julio de 1971, que establecía un límite máximo de 300.000 pesetas y no el Real Decreto de 13 de octubre de 1983, que había elevado el límite a 1.000.000 de pesetas.

d) Límite de la indemnización.

Durante la vigencia de la Orden de 20 de julio de 1971, que, como hemos visto, se remitía a las normas sobre el Seguro del Automóvil, fue muy controvertido cuál era el límite de la indemnización cuando la vigente a la entrada en vigor de la Orden fuera elevada con posterioridad. La cuestión llegó con frecuencia a los Tribunales, prevaleciendo la tesis de que la cuantía inicialmente señalada para los accidentes de circulación debería actualizarse para el seguro del cazador cuando se hubiera actualizado la del seguro del automóvil.

Hoy, el Reglamento, en su artículo 3, establece el límite máximo de 15.000.000 de pesetas. Bajo la normativa anterior, algunas sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 14 de marzo de 1996, habían invocado el principio de jerarquía normativa para rechazar la congelación de la cuantía máxima que estableció el Real Decreto 2690/83. También sigue este criterio la sentencia de la Audiencia Provincial de Ta-

rragona de 14 de noviembre de 1998. No obstante, el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en sentencia de 14 de febrero de 1986, revocó otra de la Audiencia Provincial en la que se había condenado a la compañía aseguradora a una indemnización que rebasaba el límite establecido.

En cualquier caso, puede pactarse una cobertura que exceda del tope reglamentario: **“Las partes podrán acordar voluntariamente que la cobertura del seguro cubra la responsabilidad civil del cazador superando los límites para el seguro de suscripción obligatoria fijados en el presente Reglamento”** (art. 4.1 R).

7. Recargo por mora

Se ha discutido en la doctrina el alcance del recargo del 20 por 100 que establece la Ley del Contrato de Seguro. Frente a la tesis de que el artículo 20 es aplicable sólo en las relaciones entre quienes son parte en el contrato, es decir, asegurador y asegurado, se ha mantenido otra que lo estima aplicable en beneficio del tercero perjudicado.

En alguna ocasión, la Jurisprudencia ha recogido esta segunda postura; así la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sala de lo Penal, en sentencia de 14-3-96, frente al criterio del juez de Primera Instancia que había rechazado la aplicación del artículo 20 por entender que sólo afecta a las partes contratantes, estima: *“Tal razonamiento no podemos admitirlo, pues su única base es que el artículo 20 se encuentra en la Sección de la Ley que tiene la rúbrica de «obligaciones y deberes de las partes», más siendo la acción de carácter directo y dada la esencia del contrato de seguro, que tiene por finalidad trasladar el riesgo a persona distinta de su causante mediante el pago de una prima, el recargo por demora debe aplicarse en beneficio del perjudicado y no del tomador del seguro”*.

En igual sentido, la Audiencia Provincial de Córdoba, Sala de lo Civil, en sentencia de 15-7-97, ha dicho: *“... la finalidad del precepto es clara: estimular a las aseguradoras para indemnizar lo antes posible y la expresión «perjudicado» es la esencial y a quien en todo caso debe atenderse; perjudicado puede ser el propio asegurado, así como un tercero, y a éste se le debe otorgar el mismo ámbito de protección que al asegurado a fin de cumplir con la finalidad de la norma. Admitir la primera solución supondría dejar al tercero perjudicado inerte frente al incumplimiento o retraso doloso o culposo del asegurador”*.

Sin embargo, las sentencias que he citado, pese a reconocer la aplicación del artículo 20 a las relaciones entre compañía aseguradora y perjudicado, en los casos concretos planteados no consideran procedente exigir el recargo, invocando el artículo 38 de la Ley, que obliga a valorar si

el impago obedece a “**causa no justificada**” o que le fuera imputable al asegurador. Ambas sentencias estiman que el retraso no es imputable a las compañías aseguradoras. La de la Audiencia Provincial de Zaragoza dice: *“En el supuesto de autos y dado que la autoría del delito no se ha concretado hasta la sentencia, que la mayoría de la prueba que lleva a tal conclusión es indiciaria, que en un principio se admitió la posibilidad de otro autor, llegando a afianzar, son causas más que suficientes para justificar la no procedencia de imponer el 20% de recargo de demora que se solicita”*. Y en parecidos términos, la de la Audiencia Provincial de Córdoba: *“... no cabe ese elemento de responsabilidad determinante del recargo correspondiente cuando, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro, existe una controversia sobre la propia cobertura de la póliza, que ha de resolverse en orden a si por parte del asegurador ha existido o no responsabilidad, siendo evidente que hasta que ello no se constate no podrá indicarse que acontece la mora por parte de la aseguradora y del efecto agravatorio del recargo”*.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sala de lo Civil, en sentencia de 3 de marzo de 1995, estimó procedente el recargo del 20 por 100. Pero el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 21 de marzo de 2000, revocó en el punto que ahora nos ocupa esta sentencia, estableciendo que sólo eran procedentes los intereses legales.

A la vista de los artículos 20 y 38 de la Ley del Contrato de Seguro y de la Jurisprudencia reseñada, parece claro que el recargo del 20 por 100 sólo procede cuando la compañía aseguradora haya retrasado injustificadamente el pago de la indemnización.

8. Responsabilidad solidaria

Se refiere a ella el artículo 6 del Reglamento: **“Si los daños asegurados hubieran sido causados por los integrantes de una partida de caza y no consta el autor de los mismos, responderán solidariamente los aseguradores de los miembros de dicha partida.**

A estos efectos, se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la caza en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieran utilizado armas de la clase que originó el daño”.

La responsabilidad solidaria, en la caza con armas, de todos los miembros de la cuadrilla, cuando no consta el autor del daño, viene establecida en el artículo 33.5 de la Ley de Caza de 1970: **“En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”**.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 1996, resuelve varias cuestiones relacionadas con la responsabilidad solidaria de los miembros de la cuadrilla. El caso controvertido fue la muerte de un cazador mientras cazaba con otros; la demanda se interpuso contra todos los miembros de la cuadrilla y el Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados, en forma solidaria, a pagar la indemnización correspondiente.

La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia, condenando sólo a uno de los demandados y absolviendo a los restantes.

El Tribunal Supremo confirma la anterior sentencia estimando que cuando se identifica al autor del daño, no hay responsabilidad de los restantes miembros de la cuadrilla.

Queda claro que la circunstancia de cazar en cuadrilla no determina la responsabilidad de todos sus miembros cuando se puede acreditar quién fue el autor del daño.

El artículo 6 del Reglamento exige, como hemos visto, dos requisitos para poder ser considerado miembro de una partida:

1.º Que hayan practicado el ejercicio de la caza en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido. Si existe un grupo de cazadores, incluso si sus miembros están unidos por vínculos contractuales, como el de ser socios de una misma sociedad arrendataria de un coto, y alguno de ellos el día en que ocurre el accidente no participaba en la cacería, no puede ser considerado miembro de la partida.

2.º Que hubieran utilizado armas de la clase que originó el daño. Si unos cazadores usaban escopeta y otros rifle y se demuestra que el impacto recibido es de bala de escopeta, no responderán los que utilizaban rifle.

Lo dicho para las armas es susceptible de aplicarse a la munición; así lo entiende la mencionada sentencia del Supremo, que confirma la de la Audiencia.

9. El Consorcio de Compensación de Seguros

La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, contiene el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros. Conforme a su artículo 3.1: **“El Consorcio de Compensación de Seguros, como Organismo inspirado en el principio de compensación, tiene por objeto cubrir, en los términos fijados en el presente Estatuto legal, los riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, los riesgos nucleares, los riesgos agrícolas, pecua-**

rios y forestales, los riesgos de responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor, los riesgos del seguro obligatorio de viajeros y el riesgo de responsabilidad civil del cazador”.

En lo que se refiere al seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador, el artículo 13 establece las funciones del Consorcio. Este artículo es reproducido en el 7 del Reglamento, que agrega un párrafo más referente al derecho de repetición. La finalidad de estas normas es indemnizar a las víctimas o a sus beneficiarios cuando no puedan serlo por el seguro obligatorio. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2000, *“parece incuestionable que la general información que al respecto preside dicha Normativa, es la de imponer a toda costa, esa cobertura aseguradora a los practicantes de dicha actividad cinegética, en evitación de sucesos productores de lesiones o, lamentablemente, de muertes que dejen desamparada a la víctima o familiares de la misma o incluso, cuando por falta del seguro correspondiente, no es posible satisfacer las consecuencias de una indiscutible responsabilidad por imprudencia o cualquier otra causa determinante del ilícito, en perjuicio de las personas afectadas por dichos sucesos”.*

Las funciones del Consorcio, conforme al artículo 7 del Reglamento, son:

a) La contratación de la cobertura de los riesgos no aceptados por las entidades aseguradoras.

Al imponer el Estado una obligación cuyo cumplimiento no depende sólo del cazador, pues requiere el acuerdo con la otra parte contratante, es lógico que, en el caso de que las compañías de seguros no quieran cubrir estos riesgos, los asuma el Estado a través del Consorcio.

b) El pago de las obligaciones de dichas cantidades cuando hubieran sido declaradas en quiebra, suspensión de pagos o que, hallándose en una situación de insolvencia, estuviesen sujetas a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

c) Indemnizar a las víctimas o a sus beneficiarios de los daños corporales causados a las personas en España con ocasión del ejercicio de la caza con armas, cuando el causante del daño no esté asegurado o cuando sea desconocido.

El daño debe producirse “con ocasión del ejercicio de la caza con armas”. La cobertura no se extiende a todo daño causado con un arma de caza, sino sólo al que tiene lugar mientras se está cazando. El Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en sentencia de 14 de octubre de 2002, se ha planteado la cuestión de *“dilucidar si es obligatorio en todo caso suscribir un contrato de seguro en relación a una escopeta de caza, pues lo que pa-*

rece fuera de discusión, sin perjuicio de lo que luego se dirá, es que las obligaciones del Consorcio de Compensación de Seguros sólo le vienen impuestas dentro de los límites de aseguramiento obligatorio". Argumenta que la posesión de una escopeta de caza no supone la necesidad de suscribir un seguro que la ampare: "De todo lo anterior se concluye que el seguro de responsabilidad civil del cazador no es un elemento indispensable para la posesión de un arma, aunque ésta sea una «escopeta de caza», si no se emplea para cazar". Insiste en que haya acción de cazar: "El seguro solamente es obligatorio durante la acción de cazar y para el cazador con armas, y aún cuando pueda extenderse el concepto de «acción de cazar» a los actos preparatorios de la caza en sentido estricto, y a los posteriores que necesariamente la siguen, no es posible comprender en él actividades que ya desde un principio se definen como distintas de la caza".

En el caso planteado, lesiones causadas con una escopeta de caza por quien no era cazador ni practicaba la caza, la sentencia estimó que no se justifica la intervención del Consorcio.

Frente a lo que ocurre con los vehículos a motor, lo asegurado no es la escopeta, sino el cazador.

d) En los supuestos de existencia de una partida de caza, la responsabilidad subsidiaria del Consorcio nacerá exclusivamente por los miembros de la partida de caza que no estén amparados por el seguro de suscripción obligatoria. Dos observaciones:

1.^a Cuando pueda individualizarse el autor del daño, los demás miembros de la cuadrilla no asumen responsabilidad alguna.

2.^a Si no se sabe quién causó el daño, responden solidariamente todos los componentes de la cuadrilla, pero el Consorcio cubre exclusivamente la responsabilidad de los que no estuviesen asegurados.

e) Indemnizar los daños corporales producidos por arma de caza cuando no se pudiera hacer efectiva la prestación económica por los medios regulados en la legislación sobre el Seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria.

No veo claro el supuesto en el que se está pensando, pues la legislación sobre el seguro de responsabilidad civil del cazador no regula, como presume este apartado, los medios de hacer efectiva la prestación económica. Además, puede mover a confusión que se hable de daños corporales "producidos por arma de caza", sin mencionar que tengan lugar "con ocasión del ejercicio de la caza", lo que podría hacer pensar que el Consorcio cubre los daños causados aunque no se produzcan durante la caza. Tal interpretación sería incorrecta, porque el apartado b) está dentro del número 2, que comienza refiriéndose a daños "con ocasión del ejercicio

de la caza, con armas". Es decir, se exigen los dos requisitos conjuntamente: armas y acción de cazar.

La Jurisprudencia se ha pronunciado en alguna ocasión sobre las obligaciones que debe asumir el Consorcio. Así, la Audiencia Provincial de Córdoba, Sala de lo Civil, en sentencia de 27 de enero de 1993, absolvió al Consorcio en un supuesto en que la cuestión de fondo era si el seguro de responsabilidad civil suscrito por un cazador cubría el daño causado por su hijo menor de edad, sin licencia ni seguro.

Otro supuesto abordado por la Jurisprudencia fue la muerte de una persona por el disparo de un menor de edad que había utilizado la escopeta de su hermano. La Audiencia Provincial de Almería, Sala de lo Civil, en sentencia 6-4-95, estimó la responsabilidad del Consorcio al haberse ejercitado la caza por persona que no estaba asegurada. Pero el Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de mayo de 2000, antes mencionada, revoca en este punto la sentencia anterior, porque el menor causante del daño, según resulta del artículo 3 de la Ley de Caza, no es cazador y por ello no podía estar asegurado.

Creo acertada esta sentencia. Si el seguro obligatorio, por definición, cubre la responsabilidad del cazador, no tiene por qué amparar el accidente producido por el manejo de un arma fuera de la acción de cazar propiamente dicha.

10. Derecho de repetición

El artículo 8 del Reglamento, en concordancia con el artículo 76 de la Ley del Contrato del Seguro, regula el derecho de repetición, que corresponde a la aseguradora: **"A los efectos del ejercicio del derecho de repetición que atribuye al asegurador el artículo 76 de la Ley de Contrato del Seguro, son supuestos de daño o perjuicio causado a un tercero debido a conducta dolosa del asegurado, sin perjuicio de cualesquiera otro en que pudiera concurrir dolo, los siguientes:**

a) Los ocasionados cazando en cualquiera de las circunstancias siguientes: sin haber obtenido la correspondiente licencia o careciendo ésta de validez, con armas prohibidas, en época de veda o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes.

b) Los ocasionados por hacer uso temerario de armas de caza en zonas de seguridad.

c) Aquellos en los que el causante del daño incurra en delito de omisión de socorro".

El último párrafo del artículo 7 del Reglamento concede al Consorcio este derecho de repetición: **“El derecho de repetición del Consorcio de Compensación de Seguros, podrá ejercitarse en los supuestos previstos en el artículo siguiente y, además, podrá dirigirse contra el causante del daño que no esté asegurado, desde que el Consorcio haya procedido a indemnizar a las víctimas o a sus beneficiarios”**.

La enumeración que hace el artículo 8 en las letras a), b) y c) no es exhaustiva; procede el derecho de repetición siempre que haya conducta dolosa del asegurado. La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba antes mencionada reconoce el derecho de repetición a la compañía aseguradora en el caso planteado, que, como hemos visto, fue el de accidente causado por menor de edad sin licencia.

11. Renuncia a la indemnización

Es indudable que quien haya sufrido el accidente o sus herederos pueden renunciar a la indemnización que les corresponda. Tal renuncia no presenta cuestión alguna digna de subrayarse; sí quiero llamar la atención sobre el alcance de ciertos actos de los beneficiarios del seguro que pueden interpretarse como renuncia, aunque no sea ésta la intención de quien los realice. Es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2000. La persona lesionada en un ojo, con ánimo de no perjudicar a su primo, presunto autor del disparo, renunció a cuantas acciones pudieran corresponderle. Más tarde, al conocer que la indemnización corría a cargo de la compañía aseguradora, interpuso demanda contra ésta y contra su primo. En primera instancia se desestimó la pretensión con base en que: *“Pese a los apreciables y encomiables esfuerzos realizados para la defensa del actor, la demanda no puede prosperar pues cuando el Sr. E. renuncia no matiza su declaración de voluntad en ningún sentido. Renuncia a reclamar contra el supuesto autor del disparo, contra la Compañía Aseguradora y contra todos”*. La Audiencia confirma esta sentencia.

LAS NUEVAS SITUACIONES CONVIVENCIALES COMO FUENTE DE RELACIONES DE CARÁCTER FAMILIAR. EL CONCEPTO DE FAMILIA (1)

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de las Islas Baleares*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **1.** LA FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO. ESTUDIO DE LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN. **1.1.** El modelo constitucional de familia. **1.2.** El modelo familiar *versus* protección familiar constitucional. La doctrina del Tribunal Constitucional. **1.3.** El modelo constitucional de familia y el Proyecto de ley de modificación del Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio. **1)** *Análisis del artículo 32.1 de la Constitución Española. La constitucionalización del principio de igualdad entre los cónyuges.* **a)** *Análisis de los términos: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”, del artículo 32.1 CE.* **b)** *Análisis del inciso: “con plena igualdad jurídica” (art. 32.1).* **2)** *Análisis del criterio jurisprudencial referente a la problemática de la tran-*

(1) El título corresponde a la conferencia dada por la autora en el Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares, el 14 de marzo de 2005, que se ha adaptado para su publicación.

sexualidad. 3) *Análisis del Código Civil y la proyectada reforma en materia de derecho a contraer matrimonio.* 4) *Valoración del Proyecto de Reforma del Código Civil.* 2. LOS NÚCLEOS FORMADOS A PARTIR DE RELACIONES CONVIVENCIALES DE PAREJA ESTABLE. 3. LOS NÚCLEOS DE SIMPLE CONVIVENCIA DE LOS QUE DERIVAN *EX LEGE* DERECHOS Y DEBERES DE CARÁCTER FAMILIAR. 3.1. Los hijos no comunes de la pareja. 3.2. Los supuestos de acogimientos familiares.

Introducción

El concepto de familia se encuentra en un proceso evolutivo, consecuencia, no sólo, del natural transcurrir del tiempo y los cambios de costumbres de la sociedad, sino por obra del legislador que ha ido, quizá, más allá (2) de lo que la sociedad, mayoritariamente, reclamaba y puede repercutir en la dificultad de reconocimiento de la institución matrimonial (3), fundamento tradicional de la familia.

Si analizamos algunos conjuntos normativos que hoy presenta tanto el marco estatal como el autonómico, fácilmente nos percataremos de que, en la medida que se vayan consolidando, va a incidir, necesariamente, en el concepto tradicional (4) de familia.

(2) Se explicará más adelante la iniciativa legislativa en materia de derecho a contraer matrimonio, que no era una necesidad demandada por la sociedad mayoritariamente. En este sentido, el Consejo de Estado, en Dictamen (núm. exp. 2628/2004 Justicia), aprobado por unanimidad de la Comisión Permanente el 16-12-2004, sobre el Anteproyecto de Ley que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, concluye diciendo que “ha de reconsiderarse la vía escogida para la consecución de unos fines que no sólo están amparados por la Constitución, sino propugnados de forma decidida desde el Parlamento Europeo y a los que se ha dado adecuada respuesta en diversos ordenamientos de nuestro entorno sin necesidad de forzar los principios articuladores del matrimonio, de acuerdo con *la concepción de éste que actualmente impera tanto en España como en Europa*” (la cursiva es mía).

(3) En opinión de ROCA TRÍAS, Encarna: “Nos encontramos con un modelo en plena evolución”, porque “no existe familia, sino familias, lo que va a llevar a un sistema de modelos plurales, determinados previamente por la consideración que el grupo social tenga en cada momento de lo que deba considerarse como familia”; “Familia, familias y Derecho de Familia”, ADC, 1990, pp. 1065 y 1087.

(4) El concepto de familia ha tenido gran importancia en los derechos civiles territoriales, porque iban unidos a la Casa. Para su análisis, me remito al Derecho balear y al catalán, por estar, éste, anclado en las mismas raíces jurídicas que el balear. Véase SALVÁ RIERA, Jaime: *El Derecho de Familia en Mallorca: un estudio histórico-bibliográfico de la legislación mallorqui-*

Me referiré a la regulación de un conjunto de relaciones de carácter familiar que surgen de tres núcleos convivenciales, como son: 1) la familia fundada sobre la base del matrimonio; 2) en segundo lugar, aquellos núcleos formados a partir de relaciones convivenciales de pareja estable; 3) y, finalmente, me referiré a otros núcleos que tienen como fundamento la simple convivencia, de los que derivan *ex lege* derechos y deberes de carácter familiar.

Hasta época muy reciente, nos situaremos en 1978, fecha de la entrada en vigor de nuestra Constitución, el fundamento básico de donde surgía el conjunto de derechos y obligaciones de carácter familiar era el parentesco y la relación conyugal.

1. La familia fundada en el matrimonio. Estudio de la familia como institución

La familia, como institución, hasta la década de los setenta se consideró un ámbito de la esfera privada en la que no se admitía ninguna clase de intrusismo, incluso el jurídico. Serán las necesarias reformas legislativas del Código Civil, para adaptarlo a los principios constitucionales, por Ley 11/1981, de 13 de mayo; Ley 30/1981, de 7 de julio, junto a la reforma en materia de tutela, por Ley 13/1983, de 24 de octubre, y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de adopción, entre otras, que inician la apertura del ámbito familiar al control judicial. Recordemos, a modo de ejemplo, que la patria potestad deja de ser un reducto interno de la familia para dar paso al juez en los supuestos de desacuerdo entre los padres, artículo 156.2 CC; o la intervención del control judicial en los actos de disposición de los bienes de los hijos, del artículo 166 CC; o en la administración de los bienes de los hijos, artículo 167 CC; o en materia de tutela, que el máximo órgano de control ya no es el Consejo de familia, sino el juez, artículo 216 CC.

na. Palma, 1918, pp. 90 y ss.; *Lecciones de Derecho civil Balear*, 3.ª edición, Palma, 2004, pp. 165 y ss. (coordinado por María Pilar FERRER VANRELL). En el Derecho catalán: MASPONS I ANGELSELL: *La llei de la família catalana*. Barcelona, 1935, p. 9. FAUS CONDOMINES: "Los capítulos matrimoniales en la comarca de Guisona". *Centenario de la Ley del Notariado*. Conferencias, artículos y trabajos de don José FAUS CONDOMINES, notario que fue de Guisona de 1895 a 1936, volumen VII, Barcelona, 1964. BADOSA COLL, Ferrán, explica el concepto de "Casa", en el Derecho catalán como Familia patriarcal. Este mismo concepto se utilizó en Mallorca. *Comentaris a les Reformes del Dret Civil de Catalunya*, volumen I, Barcelona, 1987, pp. 391 y ss.; ROCA TRÍAS, Encarna: *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*. Civitas. Madrid, 1999; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen: "El concepto de familia en los textos legales del Derecho catalán", *La Ley*, 1996, 1.

1.1. El modelo constitucional de familia.

Quizá por este celo de exclusión de todo intervencionismo ajeno al ámbito familiar, el legislador constitucional no ofrece la definición de lo que entiende por familia. El artículo 39, ubicado sistemáticamente en el capítulo III del título I CE, “De los principios rectores de la política social y económica”, lo dedica a la familia, que aun sin definirla parece apuntar a un concepto más amplio que el que tenía el Código Civil (5) en aquel momento.

El artículo 39 reconoce a la familia como un bien constitucionalmente protegible; es un principio rector que tendrá que informar la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos.

Por otra parte, el matrimonio está colocado sistemáticamente, en el artículo 32, como un derecho constitucional (6) dentro del título primero de los derechos y deberes fundamentales.

El modelo constitucional de la familia, en el Anteproyecto de la Constitución, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 18 de abril 1978, era la familia fundada en el matrimonio (7), ya que era el matrimonio el fundamento para “crear una relación estable de familia” (art. 27 proyectado, actual art. 32). Fruto del consenso, el texto aprobado por el Pleno de la Comisión Constitucional (BOC de 1 de julio de 1978), quedan su-

(5) ESPÍN CÁNOVAS, Diego, al comentar el artículo 39 CE, dice: “Al no precisar la Constitución la noción de familia cabe suponer que el legislador tuvo presente la imagen que la sociedad española tiene de la misma. Junto a este punto inicial de una investigación sociológica se observa inmediatamente que tanto en el artículo 39 como en su contexto subyace un concepto familiar diverso al que tenía el Código Civil al tiempo de redactarse la Constitución que implica para los poderes públicos que tienen el mandato de protección familiar la necesidad de la reforma de las normas relativas a la familia en la medida que ésta exija”. “Comentarios a la Constitución Española, Comentario al artículo 39”. En *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAMIL, Madrid, 1984, p. 47.

(6) En el capítulo II, la sección 1.^a regula *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas* (arts. 15 a 29); la sección 2.^a, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*, es donde se ubica el artículo 32. En opinión de ESPÍN CÁNOVAS, Diego, es dudoso “el acierto sistemático de estas instituciones tradicionales del Derecho Privado. El artículo 32, sede del matrimonio, origen secular de la familia, podría haberse incluido en el capítulo III del mismo título (“Principios rectores de la política social y económica”), aproximándolo al artículo 39, sobre protección de la familia, de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, etc.” En *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAMIL, Madrid, 1984, p. 453.

(7) El artículo 27.1 del Anteproyecto constitucional (BOC de 5 de enero de 1978) decía: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia”, fue modificado en el Informe de la ponencia (BOC de 1 de julio de 1978), quedando redactado por ésta en los siguientes términos: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia”.

primidos (en el proyectado art. 30.1) los términos referentes a la familia del artículo 27.

Aun con la supresión de los términos antes mencionados, el modelo constitucional de familia parece que es el basado en el matrimonio, como lo confirma el Tribunal Constitucional.

1.2. El modelo familiar *versus* protección familiar constitucional. La doctrina del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 222/1992, de 11 de diciembre (FJ 5.º), que reitera en sentencia 47/1993, de 8 de febrero (FJ 2.º), mantiene que la Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio” y que no existe ninguna “constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales, esa modalidad de vida familiar; existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural”.

Había declarado anteriormente que no son realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia extramatrimonial, en la famosa sentencia 184/1990, de 15 de noviembre (8), al decir que cabe otorgar por parte de los poderes públicos un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales (9).

Este razonamiento del TC, de entender que matrimonio y pareja convivencial son realidades distintas, se ha ido repitiendo en otras sentencias, por ejemplo, la de 28 de febrero de 1994 y la de 17 de febrero de 1998, entre otras, como en el Auto TC 204/2003, que en su FJ 3.º dice “sin que las uniones no matrimoniales –que no constituyen una institución constitucionalmente garantizada– gocen de esa protección”; aunque también ha

(8) Es la primera que inicia una doctrina de no considerar discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja de hecho. Le siguen las STC 29/1991; 30/1991; 31/1991; 35/1991; 38/1991; 77/1991; 66/1994; Auto TC 232/1996; ATC 204/2003; entre otras, que exigen el vínculo matrimonial para la pensión de viudedad.

La citada STC 184/1990, en su FJ 3.º, dice: “El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

Posteriormente, en sentencia de 14 de febrero de 1991, declaró, en el mismo sentido, que el matrimonio goza de reconocimiento constitucional expreso en el artículo 32, por esto implica un régimen jurídico diferenciado no aplicable a las parejas no casadas.

(9) En su FJ 2.º dice: “No serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”.

declarado que la Constitución protege, no sólo a la familia matrimonial, sino a la familia como realidad social, “entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho afectiva y estable de una pareja”.

De lo que parece derivarse que una cosa es el modelo familiar constitucional (10), que es el basado en el matrimonio, y otra es la protección constitucional (11) que debe alcanzar, también, a la creada por una relación afectiva y estable de pareja.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto cerrado de familia (12), la realidad es que los poderes públicos no han equiparado la familia que surge del matrimonio a la que surge de la relación convivencial de pareja, al existir grandes diferencias; por poner un ejemplo, me referiré a la materia de fiscalidad y Seguridad Social. Un reciente Auto del TC de 9 de marzo de 2004, por el que se declara la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el juzgado de lo Social número 25 de Barcelona, sobre el artículo 174.1 de la Ley General de Seguridad Social, que exige el requisito de vínculo conyugal para acceder a la pensión de viudedad; reproduce, en su FJ 3.º, la doctrina constitucional (13) en los términos siguientes: “Las amplias atribuciones del legislador para configurar legalmente el derecho a la pensión y establecer las condiciones que han de acreditarse para causar derecho a la misma, entre ellas la del vínculo matrimonial legítimo, sin que suponga una vul-

(10) ROCA TRÍAS, E.: “Familias, familia y Derecho de Familia”, ADC, 1990, p. 1057, entiende que “la Constitución protege una familia histórica, en un momento concreto, lo que no significa que se excluya, a este nivel, la posibilidad o incluso la necesidad de proteger a familias formadas de otra forma o con caracteres distintos a las que existen en un momento histórico determinado”. Cita a Díez-PICAZO, que “liga el problema al que se viene denominando *concepto prejurídico de familia* y que, por tanto, los constituyentes hablaban de una familia concreta a la que el Estado debía ofrecer, por una parte, un sistema de regulación mínimo (el art. 32 CE) y, por otra parte, una protección especial (art. 39 CE).”

(11) Véase, entre otros, Díez-PICAZO, L.: “Familia y Derecho”, en *Familia y Derecho*. Civitas. Madrid, 1984, p. 21. FOSAR BENLLOCH: “La Constitución Española de 1978 y la unión libre”, RJC, 1982-4, pp. 117 y ss. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: “La unión libre: Familia, no matrimonio”. *La Ley* (diario 11 de junio de 2004), número 6038, y “Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales”. *Aranzadi Civil* 2002-I, p. 2363.

(12) En opinión de GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: “El concepto de Familia en los textos legales del Derecho catalán”. *La Ley*, 1996-1, p. 795, “ni tampoco un único tipo de familia que sea el modelo al que deba ajustarse el grupo social merecedor de dicho *nomen*”. Cita a ROCA TRÍAS, Encarna, que entiende que “no existe la familia, sino familias, lo que va a llevar a un sistema de modelos plurales, determinados previamente por la consideración que el grupo social tenga en cada momento de lo que deba considerarse como familia”. “Familia, familias...”, cit., p. 1087.

(13) Véanse las sentencias citadas en la nota 8, donde se reproduce la doctrina del Tribunal Constitucional que se apunta.

neración de los preceptos constitucionales, puesto que la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio y de realidades distintas puede el legislador extraer consecuencias distintas, reconociendo una superior protección a las uniones bajo vínculo matrimonial legítimo, dentro de su amplia libertad de decisión”.

La familia constitucional de mejor condición, según interpreta el TC, es la matrimonial. Otra cosa es la evolución posterior a 1978 de la sociedad (14).

1.3. El modelo constitucional de familia y el Proyecto de ley de modificación del Código Civil sobre el derecho a contraer matrimonio.

El cambio social, en las dos últimas décadas, se ha encargado de poner en duda el modelo de familia sobre el que se asentaba la sociedad en 1978. Hoy, especialmente, puede quedar distorsionado si se aprueba el Proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 21 de enero de 2005 (núm. 18-1) (15), cuya única modificación alcanza a los términos hombre y mujer con la finalidad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Esto supone, de acuerdo con la doctrina del TC (como se pronunció en sentencia de 20 de febrero de 1989, de considerar inconstitucionales aquellas medidas que otorguen un trato más favorable a las uniones extramatrimoniales que a las matrimoniales), que tendríamos una familia matrimonial formada por una pareja homosexual, seguramente distinta de la que estaba en la mente del legislador constitucional, merecedora, en con-

(14) El FJ 3 D), del Dictamen del Consell Consultiu de Catalunya al “Projecte de llei de modificació de la Llei 9/1998, del Codi de Família, de la Llei 10/19998, d’unions estables de parella i de la Llei 40/1991, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, en matèria d’adopció i tutela” (BOPC de 17 de gener de 2005, núm. 136), argumenta esta idea al dir “així, en la direcció d’adaptar-se als canvis socials i d’obrir els possibles entorns familiars objecte de protecció, el Tribunal Constitucional ha desvinculat l’article 39.1 CE del 32 CE, en el que es reconeix el dret de l’home i la dona a contraure matrimoni. De forma que el matrimoni no té perquè ser exclusivament el nucli d’un ambient familiar objecte de protecció constitucional, sinó que aquest pot reure en un individu o en una parella estable, malgrat que el constituent no es va plantejar en el moment de debatre la Constitució altres unitats familiars. Això barrer no obsta l’evolució d’aquesta interpretació autèntica cap a una hermenèutica de caràcter finalista que segueix de proa les transformacions de la societat (com el mateix Tribunal ha sostingut en l’esmentada STC 26/1987, de 27 de febrer, FJ4)”.

(15) En el momento de la finalización de la redacción de este trabajo, terminado el debate en el Congreso, ha pasado al Senado, para su discusión. El 21 de abril de 2005, el Pleno del Congreso aprobó el Proyecto de Ley por 183 votos a favor (PSOE, IU, ERC, Grupo mixto, además de algún diputado del PNV y alguno del PP); 134 votos en contra (del PP y UDC y alguno del PNV), y seis abstenciones.

secuencia, de un mejor trato que la familia formada por pareja heterosexual constituida al margen del matrimonio, contrario a la doctrina jurisprudencial del TC, como dijo en sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2.º, “los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual”.

Tanto el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial emitido el 26 de enero pasado, como el del Consejo de Estado (16), de 16 de diciembre de 2004, desaconsejan la proyectada regulación. Concretamente, el Consejo de Estado concluye diciendo que “la Constitución española –y, en concreto, sus arts. 32, 14 y 10.1– no genera un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque amparan el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión estable *more uxorio* entre ellas. El artículo 32 sólo garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a parejas de personas de distinto sexo, si bien ello no impide que el legislador pueda regular otros modelos de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo y les atribuya análogos derechos a los previstos en distintos ámbitos en relación con el matrimonio. No obstante, ese reconocimiento tiene un límite que impide privilegiar esas otras uniones frente al matrimonio heterosexual, dado que la garantía constitucional del matrimonio se ha restringido a las parejas heterosexuales; así, desde la perspectiva del artículo 39.1 de la Constitución, la protección social, económica y jurídica de la familia no podría ser menor para la que está constitucionalmente garantizada que para la que, sin estarlo, se reconozca por vía legislativa”.

Por su parte, el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial finaliza invitando a indagar otras figuras jurídicas para estas uniones, como podría ser el contrato o pacto de convivencia (17).

El Consell Consultiu de Catalunya, en el Dictamen de 5 de enero de 2005 al Proyecto de Ley de modificación del *Codi de Família, de la Llei de Parelles estables y del Codi de successions*, en materia de adopción y tutela, en su Fundamento IV también se manifiesta en el mismo sentido,

(16) Véase el comentario de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el Matrimonio entre personas del mismo sexo”. *La Ley*, número 6170, de 18 de enero de 2005.

(17) Sugerencia tercera: “Se invita a indagar en el diseño de figuras jurídicas que se ajusten a la especialidad de una hipotética regulación de una convivencia libre, basada en la unión por tiempo indefinido, sujeto a libre ruptura por causas legalmente previstas y con determinados efectos jurídicos.

En este sentido, la figura del contrato o pacto de convivencia es una vía que puede acometerse para buscar una solución, no sólo al régimen jurídico de las uniones con un componente sexual, sino a todo aquel núcleo de convivencia que requiere que un específico régimen jurídico que, más allá de pactos o acuerdos que ex artículo 1.255 del Código Civil, puedan estipularse”.

al decir: “en aquest fonament s’estudiarien les previsions constitucionals sobre la família, per quant que el Projecte, en concedir a les parelles de fet homosexuals la capacitat d’adoptar, posibilitaria la creació d’una nova forma familiar que, ensems, podria contradir el concepte que de la família en té la Constitució i consegüentment ser incompatible amb el seu artíclat”.

1) Análisis del artículo 32.1 de la Constitución Española. La constitucionalización del principio de igualdad entre los cónyuges.

Del análisis de los términos constitucionales del artículo 32.1 podremos deducir si amparan o no esta nueva relación como matrimonio que, ciertamente, va a incidir en el concepto de familia matrimonial.

Esta indagación que proponemos no pretende tanto averiguar la constitucionalidad o no de la proyectada reforma, ya que corresponde al TC la declaración de inconstitucionalidad, en su caso, como reafirmar que el modelo constitucional del matrimonio era la unión de un hombre con una mujer, porque el artículo 32.1 lo que pretendió fue constitucionalizar el principio de igualdad entre los cónyuges, a partir del reconocimiento de una realidad histórica (18), que es como se configura el supuesto de hecho del matrimonio: la unión de un hombre con una mujer.

El artículo 32 de la Constitución proclama el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer en el mismo plano de igualdad.

a) Análisis de los términos: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”, del artículo 32.1 CE.

Si interpretamos las palabras en su contexto, siguiendo las reglas del artículo 3 del Código Civil, encontramos que de todos los artículos donde se ubica el citado artículo 32 (cap. segundo del tít. primero) (19), a excepción del propio artículo 32.1 (y el 28.2 y el 37.2, por razón de la materia, ya que se refieren, específicamente, a los trabajadores), los demás se enuncian de forma genérica, con la expresión: “los españoles” (arts. 14, 19, 35); “los ciudadanos” (art. 23); “todos” o “toda persona” (arts. 15, 17, 24, 27, 28, 29, 31, 35), o bien con otras expresiones como “nadie” (art. 25) o “se garantiza”, “se reconoce” (arts. 16, 18, 20, 21, 22, 33, 34, 38), “se prohíbe” (art. 26); incluso, finalmente, se dice “la ley regulará” (art. 36), y entre todos ellos, el artículo 32 dice “el hombre y la mujer tienen derecho...”.

(18) No nos vamos a detener en el estudio histórico del matrimonio, que CICERÓN definía como *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*. Ni en su etimología, *matris munium*. Ni, en definitiva, de las definiciones que nos ofrece la doctrina, por todos conocida.

(19) Véase esta opinión en RDGRN 215/1988, de 21 de enero. (FJ 2.º)

Una correcta interpretación nos tiene que conducir a entender que, al decir que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”, es a contraerlo el hombre con la mujer, porque de no ser así, los términos utilizados en el artículo 32 deberían ser “los españoles”, “todos”, “los ciudadanos”, o, simplemente “se reconoce el derecho a contraer matrimonio”.

A mayor abundamiento, en ninguno de los artículos anteriormente citados se utilizan los términos “los ciudadanos y las ciudadanas”, “los españoles y las españolas”, o bien “todos y todas”.

b) Análisis del inciso: “con plena igualdad jurídica” (art. 32.1).

Estos términos cobran sentido en el contexto del artículo 32.1, porque de no ser así estaríamos en una repetición de lo enunciado en el artículo 14 CE, cuando proclama que los “españoles son iguales ante la ley...”.

Hasta la entrada en vigor de la Constitución, el matrimonio no se celebraba con plena igualdad jurídica entre los cónyuges. Esta es la verdadera aportación constitucional. Lo que se constitucionalizó fue la necesaria igualdad entre la pareja matrimonial, porque iba de suyo que la unión matrimonial era entre hombre y mujer, ya que de no ser así era superfluo exigir la plena igualdad conyugal.

Recordaremos que la modificación que suprimió la venia o licencia marital era muy reciente (por Ley 14/1975, de 2 de mayo); que el artículo 14.4 CC disponía que la mujer seguía la condición del marido, así, en materia de vecindad civil como elemento determinante del estatuto personal, hasta su modificación (por Ley 11/1990, de 15 de octubre); la patria potestad de la madre sólo lo era “en defecto del padre,” artículo 154 Código Civil (hasta su reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo). Lo que indica que el hombre y la mujer no estaban en un mismo plano de igualdad.

2) Análisis del criterio jurisprudencial referente a la problemática de la transexualidad.

El requisito de la heterosexualidad (20) en el matrimonio, aplicado a los casos de transexualidad, ya formó parte de un debate histórico (21). Desde la antigüedad se planteó la problemática de los *hermaphroditos*

(20) El TC proclama el principio de la heterosexualidad, así en Auto 222/1994, FJ 6.º: “Se debe admitir la plena constitucionalidad del principio de heterosexualidad como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil”.

(21) Sobre esta cuestión véase PETRUS FRANCISCUS MONET: *Dissertatio inauguralis de jure circa hermaphroditos*. Argentorani (Estrasburgo), 1788. Este enciclopedista francés dedica trece páginas al tratamiento del hermafroditismo y la dificultad de su exclusión del derecho a contraer matrimonio.

(Grecia) y *hermaphroditus* (Roma) (22). Los glosadores, siguiendo el Decreto de Graciano, a causa de la prohibición de contraer matrimonio personas del mismo sexo, sólo permitieron el matrimonio de mujer con hermafrodita preponderantemente masculino, o de hombre con hermafrodita preponderantemente femenina (23).

La transexualidad es distinta al hermafroditismo, porque desde el punto de vista físico el transexual se encuadra totalmente en uno u otro sexo; el problema surge a nivel psíquico, que es donde se da la dualidad del hermafroditismo, es decir, cuerpo de un sexo que no corresponde con el que psíquicamente se tiene. La regulación de la transexualidad se inició en Suecia (1972), Alemania (1980), Italia (1982), Holanda (1986), Turquía (1988).

En España no existe regulación sobre la transexualidad, pero existe la posibilidad de la autodeterminación del sexo por reasignación de otro mediante el sometimiento a una intervención quirúrgica (24) y que así quede determinado por sentencia para la posterior inscripción en el Registro Civil.

Venimos planteando la cuestión de si la Constitución ampara el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Si contemplara, dentro de la dicción de su artículo 32.1, la posibilidad que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, seguramente la doctrina jurisprudencial acerca de la posibilidad de contraer matrimonio, un transexual, hubiera sido distinta.

Es cierto que el Tribunal Supremo (25) se ha mostrado contrario a reconocer al transexual la aptitud para contraer matrimonio, entendiendo que, incluso en los casos de reasignación de sexo por intervención quirúrgica y que por sentencia se modificara la inscripción en el Registro, no

(22) Estas ideas forman parte también de toda la mitología de la Edad Antigua. Recordemos a OVIDIO, en su *Metamorfosis*, que describe de la siguiente forma: *nec duo sint, et forma duplex, nec femina dici nec puer ut possint, neutrumque ut utrumque videtur*.

Ya en el Derecho Romano, con la teoría de la "viabilidad", incorporó a los hermafroditas a la categoría de "monstruos" o "prodigios". Dirá PLINIO *gignuntur et utriusque sexus quod hermaphroditos vocamus, olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis*. Ahora bien, a los hermafroditas que aparentaban sexo masculino se les otorgó mejores derechos que a los "eunucos". Véase un estudio sobre la materia del profesor doctor Andreas WACKE: "Del hermafroditismo a la transexualidad". ADC, 1990, tomo XLIII, pp. 677-711.

(23) Si no existía sexo preponderante, según el Derecho canónico, y podía utilizar las dos funciones sexuales, el hermafrodita tenía que decidirse por una de ellas y jurar no hacer uso de la otra. Véase el tratamiento de esta cuestión en WACKE: "Del hermafroditismo...", cit., p. 693 y ss.

(24) Las primeras intervenciones se produjeron en el año 1912 en Alemania; sin embargo, hasta 1960 no se extendieron.

(25) Inicia esta doctrina con las sentencias de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991.

se podía permitir contraer matrimonio, porque el sexo cromosómico (26) (que permanece inalterable) seguía siendo el del sexo originario.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (27) ha autorizado el matrimonio de transexual (28), siempre que el cambio de sexo se produzca y por sentencia se inscriba en el Registro Civil (29). Así, por Resolución de 31 de enero de 2001, la DGRN lo autorizó (30) con el siguiente argumento (FJ 6.º): “Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las cualidades personales esenciales del otro contrayente (art. 73.4 CC), no ocu-

(26) La DGRN, en la última Resolución de 24 de enero de 2005, a partir del cambio de criterio de esta Dirección General autorizando el matrimonio de transexual, en su FJ 6.º ya constata que “la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo cromosómico es la generalizada en Derecho comparado”.

(27) En las primeras Resoluciones mantenía la imposibilidad de autorizar el matrimonio de un transexual; así en la Resolución 215/1988, de 21 de enero, argumentaba en su FJ 3.º, “«no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»; la utilización de este adjetivo «matrimonial» sirve para acentuar el carácter singular del consentimiento que han de prestar los cónyuges, que no es ya el simple consentimiento necesario para un contrato cualquiera, sino el recíproco en el que cada contrayente ha tenido en cuenta el sexo distinto del otro, destinados a complementarse en la institución querida por el legislador”. RDGRN de 24 de enero de 2005 (FJ 1.º).

(28) Justifica su posición contraria a la del Tribunal Supremo con el siguiente argumento: “Estas afirmaciones jurisprudenciales no constituyen la *ratio decidendi* de los respectivos fallos en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia, bien en otra litis diferente. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio, como han señalado, por cierto, las Resoluciones de este Centro Directivo que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión”. RDGRN de 24 de enero de 2005 (FJ 4.º).

(29) El TS, en sentencia 811/2002, de 6 de septiembre, no permitió el cambio de nombre en el Registro Civil con base en el siguiente argumento (FJ 7): “Si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindibles que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión, no sólo de sus caracteres sexuales secundarios –que es lo que únicamente ha acreditado la recurrente en el caso que nos ocupa–, sino, también y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y a dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio”.

(30) En el FJ 5.º dice: “No hay obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables (se refiere al cromosómico) de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio de sexo se ha producido a todos los efectos”.

re así en este caso, en el que el varón conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (cfr. art. 76 CC)”.

La cuestión que permitió el cambio de criterio, entendiendo que el transexual puede contraer matrimonio es precisamente porque le ha sido reasignado un sexo quirúrgicamente, que es distinto al originario y así consta en el Registro, por lo que el matrimonio es heterosexual. La Dirección General, en la última Resolución de 24 de enero de 2005, argumenta que, ante la laguna existente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha resuelto al admitir la constancia de un sexo distinto en el Registro Civil (31), y añade en el FJ 5.º: “Desde el momento que una sentencia judicial firme ha declarado el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos (...), (añadiendo) sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo de reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos”.

3) *Análisis del Código Civil y la proyectada reforma en materia de derecho a contraer matrimonio.*

El vigente artículo 44 del Código Civil repite los mismos términos constitucionales del artículo 32.1, “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”. La proyectada reforma del Código Civil en materia al derecho a contraer matrimonio no requeriría ninguna modificación del citado artículo 44, para quienes entienden que en el artículo 32 de la Constitución tiene cabida el matrimonio con persona del mismo sexo.

En efecto, no se ha propuesto la modificación del artículo 44 CC. Sin embargo, se ha introducido un segundo párrafo, que la única finalidad es interpretar que los términos constitucionales amparan el matrimonio homosexual, con los siguientes términos: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Esta aclaración es inútil para quienes entienden que el artículo 32.1 CE permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, salvo que se pensara en regular dos clases de matrimonio (con unos requisitos y efectos distintos, para el supuesto de matrimonio entre homosexuales o entre heterosexuales).

(31) “... y si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológico-genéticos o cromosómico invariables de ambos contrayentes” (FJ 5.º).

No se ha modificado el artículo 44 CC, porque lo que no se podía hacer en este artículo es lo que se ha hecho en los demás artículos, modificar la palabra hombre y mujer, ya que proclamaría, abiertamente, que la Constitución dice otra cosa; en definitiva, que la modificación es inconstitucional.

Además, el artículo 175 del Código Civil, que sólo permite la adopción por más de una persona en el caso que quienes adopten sean los cónyuges, permitirá, caso de aprobarse la proyectada modificación, que el matrimonio homosexual pueda adoptar sin que exista ya ninguna traba legal.

El Proyecto modifica la redacción del párrafo 4.º (32) del citado artículo 175, para permitir que los cónyuges homosexuales que hayan contraído matrimonio posteriormente a la adopción puedan adoptar los hijos de sus consortes.

Lo que no modifica el Proyecto de Ley es la disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que extiende el supuesto de adopción, por más de una persona, “al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

Esto supone que sólo podrá adoptar la pareja homosexual casada, no la pareja convivencial estable. Por lo que las CCAA con competencia en Derecho civil tendrán que regular en las leyes de parejas estables, si en el marco de su política legislativa lo consideran conveniente, el derecho a adoptar.

El grupo parlamentario socialista presentó, en el Parlamento de las Illes Balears, una proposición de Ley de modificación de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (BOPIB núm. 62, de 12 de noviembre de 2004), que incluye un artículo 7 bis (33) que permite la posibilidad de adoptar a las parejas estables, por tanto, a las homosexuales.

Cataluña aprobó, recientemente, el 31 de marzo de 2005, la *Ley de modificación de la Llei 9/1998, del Codi de família, de la Llei 10/1998, d'unions estables de parella i de la Llei 40/1991, del Codi de successions per causa de mort en dret civil de Catalunya, en matèria de'adopció i tutela*, con la finalidad de equiparar las parejas del mismo sexo a las heterosexuales para que puedan adoptar.

(32) En los siguientes términos: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.

(33) En los siguientes términos: “els membres de les parelles estables podran adoptar infants de forma conjunta en igualtat de drets i deures que les parelles unides per matrimoni civil”.

Esta misma posibilidad de adopción conjunta la otorga la Ley Foral 6/2000, de Navarra, de igualdad jurídica de las parejas estables (art. 8) y la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del Parlamento vasco, reguladora de las parejas de hecho (art. 8). Aragón ya modificó la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, por Ley 2/2004, de 3 de mayo (art. 10).

4) *Valoración del Proyecto de Reforma del Código Civil.*

Estos argumentos y, principalmente, los Informes (34) del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial parecen indicar que la proyectada regulación modifica sustancialmente el concepto de matrimonio no tanto constitucional (35) como en los propios datos de reconocimiento de la institución.

Si se aprueba este proyecto de ley, el concepto de familia matrimonial va a quedar alterado respecto al concepto que reconoce, hoy, la sociedad.

Una nueva realidad social requiere un nuevo tipo jurídico que encauce sus efectos; otra cosa es desnaturalizar la institución existente. El *nomen iuris* es esencial en Derecho para reconocer la figura jurídica y, por el instituto jurídico del matrimonio, entendemos la unión de un hombre y una mujer.

Entiendo que estamos ante una modificación arriesgada, porque en materia de Derecho de Familia el legislador debe dar respuesta a lo que la sociedad reclama, mayoritariamente, y no puede ir por delante de la sociedad, porque a esto se le denomina dirigismo político.

Y, probablemente, va por delante, porque, sin detenerme a exponer estadísticas, sólo mencionaré que en el Registro de Parejas Estables de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, desde el inicio en 2002, en el último cuatrimestre se inscribieron un total de 26 parejas; el 31 de diciembre de 2003 existía un total de 156 parejas heterosexuales y 33 homosexuales (de las que 25 eran hombre-hombre y 18 mujer-mujer). El 31 de diciembre de 2004 tenemos 175 parejas heterosexuales inscritas y 28 homosexuales (21 hombre-hombre y siete mujer-mujer).

Pero estas cifras no son distintas a otras; por ejemplo, en Extremadura, la consejera de Bienestar Social, doña Ana Garrido, cuando presentó el anteproyecto de ley de parejas, anunció que, en Extremadura, en el Registro de uniones de hecho, desde 1997 a 2002, se inscribieron un total de 188 parejas heterosexuales y ocho parejas homosexuales (36).

(34) Véanse los comentarios del apartado 1.3 de este trabajo.

(35) Que tampoco se adecua, como se ha expuesto en el análisis del artículo 32.1 CE.

(36) <http://www.aidex.es/observatorio/propuestas/psociedad/parejashecho.htm>.

2. Los núcleos formados a partir de relaciones convivenciales de pareja estable

Este segundo bloque, al que nos referíamos al inicio, corresponde a aquel núcleo convivencial formado a imagen del matrimonio, en los que podemos incluir las uniones de pareja estable o convivencia *more uxorio*.

También incluiremos en este apartado otras unidades de convivencia donde existe una relación de filiación, que son subsumibles en el artículo 39 de la Constitución.

El artículo 39 CE, en los párrafos 2 y 3, nos permite entender que presenta, indirectamente, otros modelos de familia no fundamentados en el artículo 32 CE. Aunque, en realidad, el artículo 39 no reconoce ningún modelo de familia, sino que reconoce la protección constitucional (37) amparando la filiación, cualquiera que sea su origen, y a las madres, con independencia de su estado civil.

Es cierto que la Constitución Española no hace un expreso reconocimiento a la familia constituida fuera del matrimonio; ni la reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981 regula las situaciones convivenciales que no sean fundadas en el matrimonio, aunque reconoce su existencia; basta recordar, entre otros, el artículo 101 CC, que determina que la convivencia con persona distinta del otro cónyuge conlleva la pérdida de la pensión del artículo 97 CC; el artículo 320 CC, la convivencia marital de un progenitor con otra persona es causa de concesión judicial de la emancipación; la disposición adicional tercera de la Ley de Adopción de 1987 que equipara, a efectos de adopción, la pareja convivencial de hombre y mujer al matrimonio; así como otras normas civiles, la Ley de Reproducción Asistida de 1988, que concede al consentimiento prestado por varón no casado, antes de la fecundación de mujer receptora con contribución de donante, valor de escrito indubitado del artículo 49 de la Ley del Registro Civil; la Ley de Arrendamientos Urbanos, entre otras.

Estas diversas formas de uniones al margen del matrimonio forman núcleos convivenciales que son subsumibles, constitucionalmente, en el artículo 39, como son:

— Las uniones convivenciales de pareja estable (38) constituidas con arreglo a la respectiva legislación autonómica (hoy tenemos once leyes

(37) Véase el epígrafe 1.2 de este trabajo. Véase el estudio que hace el profesor Diego ESPÍN CÁNOVAS al artículo 39 CE, donde dice que la Constitución no precisa la noción de familia, añadiendo: “Estos principios constitucionales es que la familia a que se refieren no está reducida a la procreada dentro del matrimonio, pues esto significaría una discriminación para la procreada fuera del mismo, en contra del derecho fundamental de igualdad ante la ley”, en *Comentarios a la...*, dirigidos por Óscar ALZAGA, cit., p. 48.

(38) GAVIDIA SÁCHEZ, J. V.: “La unión libre: familia, no matrimonio”. *La Ley*, número 6038, 11 de junio de 2004. “Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del

autonómicas de pareja estable) y las parejas de hecho que conviven al margen del derecho.

— Las familias reconstituidas o recompuestas (39), de las cuales algunas, ciertamente, pueden estar basadas en segundos o terceros matrimonios y otras en simples uniones convivenciales.

Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales (La unión libre en la jurisprudencia)". *Aranzadi Civil*, 2002-1. En el Derecho balear podemos consultar COCA PAYERAS, Miguel: "Aspectes Generals de la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estable de les illes balears". *Tribuna Parlamentària*, Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables. Palma, 2003. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: "La regulació de les parelles estables pels Parlaments de les Comunitats Autònomes, Aspectes Generals". *Tribuna Parlamentària*, Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables. Palma, 2003. MUNAR BERNAT, Pedro: "Principis inspiradors de les disintes regulacions autonòmiques de les unions estables de parella". *Tribuna Parlamentària*, Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables. Palma, 2003. FERRER VANRELL, Maria Pilar: "Efectos patrimoniales de la constitució de la parella estable, a la Llei 18/2001, de 19 de desembre". *Tribuna Parlamentària*, Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables. Palma, 2003. Y "El «régimen económico» en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, del Parlamento balear", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo III, Madrid, 2003. BOTANA GARCÍA, Gema: "Principals problemes jurídics que plantegen les unions estables de parella". *Tribuna Parlamentària*, Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables. Palma, 2003. PAU PEDRÓN, Antoni: "El Registre d'unions de fet". *Tribuna Parlamentària*, Normativa autonòmica: la Llei 28/2001, de 19 de desembre, de parelles estables. Palma, 2003. En el Derecho catalán podemos consultar, MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni: "La situació d'unions estables de parella", en *Manual de dret Civil català* (dirigido por BADOSA COLL, Ferrán), Madrid, 2003. GINEBRA MOLÍNS, M.ª Esperanza: "Los derechos de sucesión intestada, reconocidos a las parejas homosexuales en la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d'unions estables de parella". AC, 2000, pp. 1221-1234. GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen: *Situacions de convivència diferents del matrimoni. Unions estables de parella heterosexuals i homosexuals. Ajuda mútua. Acolliment de persones grans*. Càlamo (ed. Barcelona, 2003). MARTÍN CASALS, Miquel: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajudia mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, Joseph), Tecnos, Madrid, 2000. EGEA FERNÁNDEZ, Joan: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajudia mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, Joseph), Tecnos, Madrid, 2000. PERERA GÁMEZ, Javier: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajudia mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, Joseph), Tecnos, Madrid, 2000. RIBOT IGUALADA, Jordi: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajudia mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, Joseph), Tecnos, Madrid, 2000. YSAS SOLANES, María: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajudia mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, Joseph), Tecnos, Madrid, 2000. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajudia mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, Joseph), Tecnos, Madrid, 2000. SOLÉ FELIU, Joseph: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajudia mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, Joseph), Tecnos, Madrid, 2000.

(39) Véase ROCA TRIAS, Encarna: "La regulació de les famílies «recompasades» o «reconstituïdes»", XIII Jornades de Dret Català a Tossa (<http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/pon3/ert.htm>). BOSCH, Antoni: "Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial",

— Las familias monoparentales (40) que surgen de distintas situaciones (41): ya sea por la generación de un hijo sin que quede determinada la filiación por parte del otro progenitor; ya sea a consecuencia de haberse sometido a técnicas de reproducción asistida, por mujer sola, permitido según la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, modificada por Ley 45/2003, de 22 de noviembre; como también por adopción por parte de un solo progenitor, permitido por el artículo 175 CC.

Incluso familias, inicialmente constituidas por una pareja, se convierten en familias monoparentales por el fallecimiento de uno de los progenitores o, en otros casos, por abandono definitivo de uno de los padres.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 15 de febrero de 2001, califica la familia monoparental como “la formada por el padre o la madre con sus hijos, con independencia que éstos hayan sido adoptados, sean fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio”.

El legislador, en estos casos, considera que está ante un núcleo familiar (42) y le otorga derechos y obligaciones de naturaleza familiar. En este

XIII Jornades de Dret Català a Tossa (<http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm>). GARRIGA GORINA, Margarida: “Las relaciones paterno-filiales de hecho”. *Indret*, número 13, Barcelona, julio 2004 (www.indret.com). RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”. XIII Jornades de Dret Català a Tossa (<http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/pon/3/frh.htm>).

(40) Véase FERNÁNDEZ CORDÓN Y TOBÍO SOLER: *Las familias monoparentales en España*. Madrid, 1999. ROLL, J.: “Las familias monoparentales en Europa”, en *Infancia y Sociedad*, número 16, 1992. LEFAUCHER, N.: “¿Existen las familias monoparentales?”, en *Las Familias monoparentales*. Madrid, 1988. ALMEDA, E., y FLAQUER, LL.: “Las familias monoparentales en España: un enfoque crítico”. *Revista Internacional de Sociología*, número 11, 1995. IGLESIAS DE USSEL, J.: “La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares”, en *Las familias monoparentales*. Madrid, 1988. VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario”. *La Ley*, número 5696, 14 de enero de 2003.

(41) Los sociólogos definen las familias monoparentales como “aquellas que incluyan un hijo con hasta 18 años, en convivencia con su padre o madre”. VELA SÁNCHEZ: “Aproximación...”, cit., citando a GONZÁLEZ y a FERNÁNDEZ CORDÓN. En opinión de VELA SÁNCHEZ, esta concepción es sumamente injusta, entendiendo que “la consideración de familia monoparental se extienda a progenitores solo que vivan con hijos menores de dieciocho años o mayores, siempre que se justifique fehacientemente que carecen de recursos económicos para independizarse”. Este autor cita la STS de 24 de abril de 2000, que establece, para el artículo 93.2 CC, que “el progenitor no conviviente tiene el deber de alimentos respecto de los hijos emancipados o mayores de edad no independientes económicamente (o “carentes de ingresos propios”) o en “circunstancias de trabajo no permanente y en precario” –sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 31 de enero de 2001–) e integrantes de una familia monoparental con el otro progenitor”.

(42) Hay que excepcionar las parejas estables, a efectos de reagrupación familiar; el legislador, en este supuesto, no las incluye en el ámbito del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificado por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. No se concede la reagrupación familiar a las parejas estables heterosexuales u homosexuales. Como tampoco

sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 3 de septiembre de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4.^a), que califica estos núcleos de familia, diciendo “que se presentan cada vez más en la realidad social y que, pese a ser distintas a la convencional –formada por el matrimonio–, se consideran necesitadas de protección por el legislador precisamente por respeto a los principios recogidos en los artículos 32.1 y 39.1 de la Constitución”.

Estamos ante situaciones convivenciales que constituyen un núcleo del que derivan relaciones de filiación, ya sea adoptiva o biológica; relaciones de patria potestad; relaciones entre pareja de índole personal y patrimonial, concretamente, obligaciones de atender a las cargas de la familia; incluso derivan derechos sucesorios legales entre los miembros de la pareja, de acuerdo con distintas legislaciones autonómicas (43).

Recientemente, leyes estatales y autonómicas, en materia social, como la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; la Ley catalana 18/2003, de apoyo a las familias o el Plan integral de la Familia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (44), incluyen en el concepto de familia otros supuestos más amplios a los fundados en el matrimonio y en las parejas estables.

Así la citada Ley 40/2003, de protección a las familias numerosas, incluye en el concepto de familia numerosa (por tanto, familia), regulado en su artículo 2, además de los números 1 y 2 a), b) y c), que se refieren a núcleos formados por uno o dos progenitores e hijos comunes o no, otros supuestos convivenciales que se equiparan a familias numerosas, en los que no existe una relación de parentesco en línea recta, incluso sin que exista relación de parentesco; nos referimos a los contemplados en el apartado d) del artículo 2, “dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas”, en tal supuesto no existe, probablemente, parentesco entre tutor, acogedor o guardador y los tutelados, acogidos o sometidos a guarda; y en el apartado e)

se admite, cuando en la ley del país de origen permita tener más de un cónyuge, reagruparse a más de uno.

(43) En Baleares, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, regula la pareja convivencial constituida, otorgándole los derechos y obligaciones propios de la pareja matrimonial, tanto en lo que se refiere a cargas de la convivencia como a derechos sucesorios, que equipara al conviviente supérstite al cónyuge viudo.

(44) Nos referimos al Plan Integral de Baleares, porque es el que rige en nuestra Comunidad Autónoma. También se puede consultar el nacional Plan Integral de apoyo a la Familia 2001-2004, aprobado por el Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2001, o el de otras Comunidades Autónomas, como el de la de Madrid, 2005-2008; o el de la Comunidad valenciana de 2002-2005, entre otros.

del artículo 2, “tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan dependencia económica entre ellos”, en este caso existe relación de parentesco en línea colateral. Esta ley introduce la equiparación entre la filiación y los supuestos de tutela, acogimiento y guarda, con independencia que exista o no relación de parentesco.

La Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, *de suport a les famílies*, en el artículo 2, incluye como destinatarios de las medidas de ayuda a las familias, además de los antes citados en la Ley estatal 40/2003, de familias numerosas, otros supuestos que el artículo 3 equipara a la familia, como son los supuestos de los titulares de una relación de convivencia de ayuda mutua, de acuerdo con la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, de situaciones de ayuda mutua. Como también están equiparadas las situaciones de convivencia en acogimiento y “altres situacions jurídiques a les quals les lleis atribueixin o reconeguin els mateixos efectes jurídics que a la família”.

Estas realidades nos conducen al tercer bloque.

3. Los núcleos de simple convivencia de los que derivan *ex lege* derechos y deberes de carácter familiar

Estos núcleos, que forman el tercer bloque al que nos hemos referido anteriormente, están formados por otras situaciones en las que existe una relación convivencial de la que la ley hace derivar efectos propios de las relaciones familiares, sin que exista parentesco ni relación afectiva de pareja.

La convivencia, en estos núcleos de personas, determina efectos que son propios de la relación familiar, tales como las de protección y potestad, los deberes de ayuda mutua, los alimentos, incluso efectos sucesorios de origen legal, que pueden confundir y condicionarnos a la hora de tipificarlas como si se trataran de las llamadas relaciones familiares.

Plantaremos, a modo de ejemplo, dos grupos de supuestos regulados jurídicamente, en los que concurren las obligaciones propias de las relaciones familiares, sin que exista relación de parentesco, ni afectiva, de pareja matrimonial o convivencial.

3.1. Los hijos no comunes de la pareja.

La situación convivencial en la que confluyen una pareja con hijos comunes y no comunes es frecuente en las llamadas familias reconstituidas o combinadas. Estamos ante uniones de pareja, sea matrimonial o simple

unión convivencial, en cuyo núcleo conviven hijos no comunes a dicha pareja. En estos supuestos la ley otorga al sujeto no progenitor, siempre que conviva con el menor, deberes que son propios de la patria potestad o de la relación de filiación, propios, en definitiva, de las relaciones familiares.

La Compilación balear no menciona el supuesto de convivencia de un hijo no común con la pareja matrimonial, al regular las cargas de la familia (45). Por el contrario, el artículo 5.2 de la Ley de Parejas Estables de Baleares (46) atribuye, dentro de los gastos de convivencia de la pareja, la obligación de alimentar a los hijos no comunes siempre que sean convivientes. No lo configura como derecho de alimentos, sino como carga familiar, obligación que cesará en el momento que dejen de convivir con la pareja. Lo que determina que sea un gasto que se tenga que sufragar por la pareja es la convivencia del hijo no común con la pareja, con independencia que lo necesite o no.

Lo que deslinda que esta obligación del conviviente no progenitor de sufragar los gastos del hijo no común, impuesta por la LPE balear, sea carga familiar y no un derecho de alimentos, es la propia convivencia y no la necesidad (art. 148 CC), porque si no convive, aún necesitando-los, no son gasto familiar.

Esta obligación, que impone la LPE balear a la pareja convivencial, debería excepcionarse cuando el hijo no común tenga un obligado principal a sufragar los gastos, porque, de otro modo, sería relevarlo de su obligación de alimentar a sus hijos. En tales casos, salvo que el obligado principal no pueda satisfacerlos, será gasto de la pareja. Incluso se debería entender que los necesita cuando el nivel de vida de la pareja con la que convive el menor es más elevado que el de su progenitor, de acuerdo con el artículo 5.2 LPE (47).

(45) FERRER VANRELL, María Pilar: "Los efectos patrimoniales *inter vivos* del matrimonio", en *Lecciones de Derecho Civil balears*, 3.ª edición. Palma, 2004, p. 176.

(46) El artículo 5.2 dice: "Tienen la consideración de gastos para el sustento de las cargas familiares los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, de acuerdo con los usos sociales y el nivel de vida de la pareja, y...". Véase el análisis de esta cuestión por FERRER VANRELL, María Pilar, en "Efectos patrimoniales de la constitución de la pareja estable, en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre", en "Normativa Autonómica: la Llei 28/2001, de 19 de diciembre, de parelles estables". *Tribuna Parlamentaria*. Parlament de les Illes Balears, juny 2003. También "El «régimen económico» en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, del Parlamento balear", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo III, Madrid, 2003, p. 4605.

(47) El artículo 5.2 dice: "Tienen la consideración de gastos para el sustento de las cargas familiares los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, de acuerdo con los usos sociales y el nivel de vida de la pareja, y especialmente...".

En el Derecho catalán, el artículo 4.2 del Codi de Família de Catalunya (48) incluye, como carga del matrimonio, los alimentos de los hijos no comunes convivientes y los gastos de otros parientes también convivientes. Esta regulación catalana tiene una excepción, que no lo necesiten (49); debería entenderse que no lo necesitan cuando exista un obligado principal (50).

El artículo 1.362.2-2 del Código Civil dispone que el mantenimiento del hijo no común, si convive, es de cargo de la sociedad de gananciales (51). Tampoco tiene la naturaleza de derecho de alimentos, sino de carga del matrimonio, que variará el régimen en tanto sea conviviente o no, porque, en este caso, podrá sufragarse con el patrimonio ganancial, si bien, al tiempo de la liquidación dará lugar a la acción de reembolso.

En los supuestos, antes citados, del Código Civil y de la LPE balear, es carga de la pareja, siempre que el hijo no común conviva, con independencia que lo necesiten o no. También la Ley catalana de uniones estables de pareja, en su artículo 4.1, establece que es “gasto común”, sin tener en cuenta la necesidad (52), como excepciona para el matrimonio el Codi de Família de Catalunya.

Otra obligación, propia de la patria potestad o del parentesco, que surge de la convivencia, es la regulada en el artículo 9.3 (53) de la Compi-

(48) El párrafo 2 del artículo 4 CF dice: “También es considerado gasto familiar el originado por los alimentos, en el sentido más amplio, de los hijos no comunes que convivan con el marido y la mujer, así como los gastos originados por los demás parientes que convivan con los mismos, salvo, en ambos casos, que no lo necesiten”.

(49) Aunque EGEA FERNÁNDEZ, Joan, entiende que si no lo necesitan, ya no es gasto familiar, porque las pueden cubrir íntegramente, tampoco se refiere, en mi opinión, a la necesidad propia de los alimentos, sino a la existencia de un obligado principal. Véase su comentario en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (dirigidos por EGEA FERNÁNDEZ i FERRER RIBA), Tecnos, Madrid, 2000, p. 101. Véase también CASANOVAS MUSSONS, Anna: “A propòsit de l'art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d'aliments entre parents: distinció entre «aliments institucionals» i «aliments autònoms» i les seves interferències”. *RJC*, 1-1998, p. 33. BADOSA COLL, Ferrán: *Comentaris al DCC*, Bosch, p. 383. MIRAMBELL ABANCO, Antoni: “Comentaris a la modificació de la Compilació en matèria de reaccions patrimonials entre cònjuges”. *DJ*, Barcelona, 1995, p. 44.

(50) Véase el razonamiento de CASANOVAS MUSSONS, Anna: “A propòsit de l'art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d'aliments entre parents...”, cit., pp. 31 y ss. Véase también RIBOT IGUALADA, Jordi: *Comentaris al Codi de Família...*, cit., al artículo 260.

(51) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, en *Comentarios del Código Civil*. Tomo II. *MJ*, p. 683.

(52) Véase el comentario al artículo 4 LUEP, en *Comentaris al Codi de família...*, cit., pp. 1170 y ss.

(53) El artículo 9.3 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, redactado de acuerdo con la Ley 3/1985, de 21 de mayo, dice: “Cuando el hijo de uno sólo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor concurriendo justa causa”.

lación de Aragón, que otorga, expresamente, al cónyuge no progenitor la participación en la “autoridad familiar” respecto de los hijos no comunes que convivan, si así se lo pide el cónyuge progenitor. Incluso el artículo 10 permite la atribución de la autoridad familiar al cónyuge no progenitor, entre otros, si fallece el progenitor.

El fundamento de tales obligaciones no es el parentesco, ni la relación de filiación, es la simple convivencia que las imponen; incluso algunas legislaciones las superponen a las del obligado principal.

3.2. Los supuestos de acogimientos familiares.

La regulación sobre acogimiento de menores (art. 173 CC) y el acogimiento de personas mayores, reguladas por algunas legislaciones (54), crean unas obligaciones que son propias de la relación de parentesco y, en estos supuestos, las obligaciones que derivan de tales acogimientos se fundamentan en la propia convivencia.

1) En el acogimiento familiar de menores, regulado en el artículo 173 y ss. del Código Civil, determina que “el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral” (art. 173.1 CC). Estos

(54) No es el momento de entrar en el estudio de esta materia, aunque debemos indicar que la figura del acogimiento familiar de personas mayores es relativamente novedosa en España, aun existiendo precedentes históricos (véase el preámbulo de la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, sobre acogimiento de personas mayores, que recuerda la figura del “donat”, y los comentarios en *el Dret Privat del Pallars Sobirà*, Lleida 2001, el capítulo de Jume RIBALTA y Esther ARROYO: *Dels donats als acollits, la Llei 22/2000, d'acolliment de persones grans*, pp. 33-76). En el ámbito internacional, la tradición de acoger a personas mayores en el ámbito familiar, por el contrario, está presente desde el Decreto de 2 de septiembre de 1954, en Francia, Código de la Familia y de la Ayuda Social, así como en otros países, como Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, entre otros.

En el ámbito nacional se han ido desarrollando por distintas CCAA programas de ayudas a acogimientos familiares a personas mayores, como son: Orden 3/1993, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 12 de enero de 1993 y Orden 554/1998, de 20 de marzo; Decreto 225/1994, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la CA de Galicia de 7 de julio de 1994, modificado por Decreto 184/2000, de 29 de junio y Decreto 318/2003, de 26 de junio; Decreto 331/1995, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Generalitat de Valencia de 3 de noviembre de 1995; Decreto 284/1996, de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña de 23 de julio de 1996; Decreto 38/1999, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; Resolución de la Consellera de Presidencia y Deportes de 3 de febrero de 2004. Se puede citar también la Ley del Parlamento de Andalucía 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, aunque no regula el acogimiento familiar, ni programas de acogimiento; en su artículo 19 prevé la posibilidad de regular programas de acogimiento familiar. Tan sólo Cataluña y Navarra tienen leyes reguladoras del acogimiento familiar de personas mayores.

deberes son propios de la patria potestad que deriva de la relación de filiación. Podemos calificar esta figura de institución protectora de menores y no entraremos en su análisis, ya que estamos ante una institución que puede derivar en los supuestos de tutela de los desamparados, que, aun siendo la concreta figura relativamente nueva (Ley 21/1987, de 11 de noviembre), tiene su fundamento en la necesidad de dar protección a los menores no sujetos a patria potestad, como es la secular institución de la tutela judicial.

2) El acogimiento de personas mayores persigue regular una situación de convivencia en la que la persona o personas acogedoras no están unidas por relación de parentesco, ni afectiva de pareja, con la persona mayor acogida. El fundamento de este instituto es proporcionar un hogar a una persona mayor en una convivencia como si se tratara de una familia. Se persigue rodear al anciano de un entorno que le preste cuidado y afecto que eviten el desarraigo y le permita una convivencia semejante a la familiar.

Pocas son las Comunidades Autónomas que, en el ámbito de sus competencias, han legislado (55) sobre esta materia; la Ley Foral de Navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores, y las leyes dictadas por el Parlamento de Cataluña, la Ley 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar de personas mayores, y la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de las personas mayores; anteriormente, la Ley catalana 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, permitía regular la convivencia con persona mayor acogida.

No me referiré al acogimiento familiar que se configura como un servicio social, que regula la Ley Foral de Navarra 34/2002 (56), de 10 de diciembre, y la Ley catalana 11/2001, de 13 de julio, porque los efectos que producen quedan en el marco social como alternativa al internamiento en un centro geriátrico.

Analizaremos la Ley del Parlamento de Cataluña, 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, que regula el contrato de aco-

(55) En la nota anterior se pueden consultar los Decretos y Órdenes sobre programas de acogimiento de personas mayores.

(56) Esta ley, aunque se presenta como un servicio social, fundamenta la relación de convivencia en el pacto, con la finalidad que los acogedores cuiden al acogido, lo alimente, presen asistencia y le atiendan en situaciones de enfermedad (art. 2.1), a cambio de un precio fijado por la Administración, con la concesión de ayudas para cuando los acogidos no pudieran pagar la totalidad (art. 2.2). Esta ley, como la catalana citada, no deriva otros derechos y obligaciones que son propios de la relación de parentesco, que ahora tratamos, porque la obligación de cuidar y alimentar está compensada económicamente.

gimimiento, que es oneroso, que otorga derechos sucesorios y que excluye el control de la Administración, porque no es un servicio social y, en consecuencia, las relaciones que surgen se fundamentan en la autonomía de la voluntad; estas situaciones convivenciales producen efectos que son propios de las relaciones familiares, sin que exista relación de parentesco ni relación afectiva de pareja, sea conyugal o de hecho.

La Ley 22/2000, al regular el contrato de acogimiento familiar, no dice que la relación de convivencia entre acogedor y acogido (57) constituye una familia; sin embargo, pone de relieve que el pacto de acogida genera unas relaciones parecidas al parentesco (“regula la convivencia originada por la acogida que se manifiestan en que una persona o pareja ofrecen... en condiciones parecidas a las relaciones que se producen entre ascendentes y descendientes”, preámbulo 3, y el art. 1.1 califica las relaciones que surgen de la acogida de “parecidas a las relaciones de parentesco”).

Del pacto entre acogedor y acogido surge el deber de los acogedores de convivir, cuidar y alimentar al acogido y el deber de éste de colaborar en los gastos derivados de las cargas familiares según sus posibilidades, artículo 2.1 (nos recuerda el deber de los hijos de contribuir del artículo 155.2 y 165.2 CC, que sin ser carga del matrimonio, es un deber exigible), y “deben actuar siempre en beneficio de la persona o personas acogidas”, artículo 2.4.

Esta relación convivencial tiene también unos efectos a la extinción de la convivencia (58) por muerte de la persona acogida, que sólo producen las relaciones de parentesco o conyugales y las de pareja estable en cuanto lo determina la normativa aplicable. Estos efectos atañen a la vivienda (art. 7), a la sucesión intestada (art. 8) y a la sucesión testada (art. 9).

Derechos sobre la vivienda. Respecto de la vivienda, el artículo 7 determina que, en caso de fallecimiento de la persona acogida, pueda continuar en el disfrute de la vivienda, si era de propiedad de la persona acogida, por el plazo de un año. Este mismo plazo tienen las personas acogidas, si el fallecimiento es de las personas acogedoras.

Si la vivienda es arrendada, el párrafo 2 del artículo 7 remite a lo dispuesto sobre arrendamientos urbanos.

Derechos en la sucesión intestada. El artículo 8 determina que si la convivencia ha durado más de cuatro años, los acogedores tienen derecho

(57) Los requisitos personales están regulados en su artículo 3. Entre acogedor y acogido, dice el artículo 3.1, no debe existir relación de parentesco hasta el segundo grado.

(58) Si la extinción es en vida, el artículo 6 regula sus efectos.

“en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, y conjuntamente si son dos, a ejercer una acción personal y a exigir a los herederos de aquéllos bienes hereditarios o su equivalencia en dinero a elección de los que sean herederos, que representen una cuarta parte del valor de la herencia” (art. 8.1); también puede reclamar la parte proporcional de sus frutos y rentas (art. 8.2), estas acciones prescriben al año del fallecimiento de la persona acogida (art. 8.4).

Si no existen parientes (“descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado o los hijos de éstos han premuerto”), a las personas acogedoras les corresponde toda la herencia, siempre que la convivencia haya durado cuatro años, como mínimo.

Derechos en la sucesión testada. Los acogedores también tienen derecho a la cuarta parte regulada en el artículo 8.1, en la sucesión testada.

El plazo de prescripción para exigir el derecho es de un año.

En ambos casos se deben aplicar las normas de imputación del valor de los bienes recibidos de las personas acogidas, por título gratuito, o por disposición hereditaria.

Existen otros derechos que tienen los acogedores, en los supuestos que exista desproporción entre las compensaciones recibidas de los acogidos, *inter vivos* y *mortis causa*, y las prestaciones asistenciales y económicas a los mismos (art. 9.2).

Este derecho de los acogedores a la cuarta parte de hereditaria, llamada “cuarta acollidora” (59), es un derecho que tiene cierta analogía al que surge respecto de los legitimarios que tiene su fundamento en el parentesco y en la relación conyugal, o convivencial, en su caso, cuando la norma lo determina (60).

Es evidente que el acogimiento familiar no determina la creación de una familia (61), aunque estamos ante una institución que trasplanta unos determinados derechos que sólo se conceden en los supuestos de parentesco y relación conyugal o convivencial, en su caso, que dificulta el deslinde nítido de las instituciones.

(59) Así la califica ARROYO AMAYUELAS, Esther, en *El Dret Privat del Pallars Sobirà*, Lleida 2001, el capítulo de Jaume RIBALTA y Esther ARROYO “Dels donats als acollits, la Llei 22/2000, d’acolliment de persones grans”, Lleida, 2001, comenta la autora, al tratar del derecho a la cuarta parte hereditaria, “i’ anomenarém «cuarta acollidora» (ex art. 379 del CS y art. 34 de la LUEP)”, p. 78, y *Manual de Dret Civil Català* (dirigido por Ferrán BADOSA COLL), Barcelona, 2004, pp. 503-520.

(60) La Ley de Parejas Estables de Baleares otorga al conviviente los derechos que la Compilación balear concede al cónyuge viudo.

(61) ARROYO AMAYUELAS, Esther, se cuestiona tal posibilidad, entendiendo que lo que se crea es un hogar. *Manual...*, cit., p. 506.

En efecto, en todas estas situaciones que hemos analizado, su regulación otorga, en uno u otros casos, efectos jurídicos propios de la relación familiar, tales como relaciones de ayuda mutua y potestades, alimentos, en sentido amplio, y derechos sucesorios.

Estos núcleos de convivencia de los que derivan derechos y deberes análogos a los fundamentados en las relaciones familiares, además de la proyectada regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, que han sido objeto de nuestro análisis, contribuyen a desdibujar, cada día más, el concepto tradicional de familia, iniciándose una andadura hacia unas nuevas relaciones, cuyo anclaje ya no es la relación de parentesco, ni la relación conyugal, sino la mera convivencia basada en la autonomía de la voluntad, de la que la ley hace derivar tales deberes y derechos (62).

Como dice ROCA TRÍAS, “hay que decir que nos encontramos con un modelo en plena evolución. No existe la familia, sino familias, formadas de acuerdo con modelos distintos y que no todas tienen traducción en el mundo jurídico, ya que el Derecho sólo contempla, por ahora, la familia formada a través del matrimonio” (63).

(62) En definitiva, como dijo la consejera de Extremadura al presentar el anteproyecto de ley de parejas estables, “en la región tendrá la consideración de familia: un nuevo modelo no fundado únicamente en el vínculo matrimonial, sino en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados”, situación que puede ir referida no sólo a las relaciones de pareja, sino a otras situaciones convivenciales unidas por lazos de ayuda, solidaridad y afectividad, siempre que se hayan aceptado libremente.

(63) *Familia...*, cit., p. 1065.

**ALGUNOS ASPECTOS
DE LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD
DE LA INFORMACIÓN: EL COMERCIO
ELECTRÓNICO, UN RETO DE PRESENTE
Y DE FUTURO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN
DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario.

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

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ARTÍCULO 1. OBJETO. **III.** PRESTADORES DE SERVICIOS ESTABLECIDOS EN ESPAÑA. ARTÍCULO 2. **IV.** PRESTADORES DE SERVICIOS ESTABLECIDOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA O DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO. ARTÍCULO 3. **V.** SERVICIOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. ARTÍCULO 5. **VI.** PRINCIPIO DE LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. **VII.** DEFINICIONES. **VIII.** LOS CONTRATOS POR VÍA ELECTRÓNICA. **1.** Introducción. **2.** La contratación electrónica en la Directiva de Comercio electrónico. **3.** Los contratos electrónicos en la Ley Española de Comercio electrónico. **A)** *Planteamiento general. Concepto de los contratos electrónicos.* **B)** *Aplicación del Ordenamiento jurídico.* **C)** *Contratos excluidos.* **D)** *El proceso de la contratación electrónica.* **E)** *La Ley apli-*

cable. F) La prueba. G) El lugar de celebración. H) Momento de celebración del contrato. La contratación entre ausentes. I) Intervención de terceros de confianza. 4. Una breve remisión a la Ley de Comercio Electrónico de UNCITRAL.

I. Introducción

La Directiva 2000/31/CE 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, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), fue traspuesta al Derecho español en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Como indica la exposición de motivos, "... lo que pretende esta ley, que parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por dicha regulación... la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropiezan con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio".

En efecto, y como hemos tenido ocasión de ver y analizar en la Directiva de comercio electrónico, la Ley regula aspectos variados, y que giran en torno a un mismo tema, que es el de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

Esta Ley de trasposición parte, por supuesto, de los principios y directrices de la propia Directiva de comercio electrónico, pero como tal Ley de trasposición se adapta a nuestro sistema jurídico, no siendo simplemente una copia literal de la Directiva antes citada. Especial consideración hay que tener en relación al título referente a la contratación por vía electrónica, por ser uno de los puntos más novedosos que requieren ciertamente un estudio especial de la materia. Muchos de los artículos podrán ser entendidos mejor, tras la lectura de la propia Directiva del comercio electrónico, y sirvan en este momento los comentarios interpretativos y explicativos que allí se hicieron, ya que, como es lógico, la relación entre la Ley de trasposición y la Directiva que ésta traspone es total.

II. Artículo 1. Objeto

El artículo 1 de la Ley hace referencia al objeto de la misma, que no es otro que el de la regulación del régimen de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios, incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En definitiva, lo que la Directiva establecía como el denominado ámbito normativo coordinado.

En cuanto al concepto de ámbito normativo coordinado, y a los servicios de la sociedad de la información, nos remitimos a lo ya dicho a la hora de estudiar y analizar la Directiva de comercio electrónico.

Únicamente indicar que la Ley quiere especificar el concepto de servicios de la sociedad de la información, en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CEE, modificada por la Directiva 98/48/CEE, como todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, aunque teniendo en cuenta que también comprende este concepto el de los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

El anexo de definiciones de la Ley hace una enumeración, no con carácter exhaustivo, pero sí didáctico e ilustrativo, en relación a cuáles son servicios de la sociedad de la información, siempre que representen una actividad económica. Entre éstos se encuentran la contratación de bienes o servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática y el denominado vídeo bajo demanda.

Asimismo, y todo ello teniendo en cuenta los considerandos de la propia Directiva ya citada, se especifican en el mismo anexo aquellos servicios que no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información, señalando algunos como los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o telex, el intercambio de información por medio de correo electrónico, para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan, los servicios de radiodifusión televisiva, los de radiodifusión sonora y el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes, como las vías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

La enumeración que hace la Ley española es mucho más especificativa y descriptiva que la propia Directiva, y ello parece lógico, ya que se

trata de una Ley de trasposición, en la que se intenta aclarar los conceptos. Por ello, de la lectura de la Directiva y de la Ley de trasposición se puede perfectamente intentar entender la cuestión.

El artículo 1.º de la Ley es reflejo del artículo 1 de la Directiva, donde también se establece una cláusula de salvaguarda en relación con la normativa específica que se encuentre fuera del ámbito normativo coordinado, o bien que, estando dentro de él, tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la formativa reguladora de defensa de la competencia. De la misma manera que prevé el artículo 1, apartado 3, de la Directiva de comercio.

III. Prestadores de servicios establecidos en España. Artículo 2

El artículo 2 regula quiénes son los prestadores de servicios de la sociedad de la información que están sujetos a la Ley. En principio, se aplica a los prestadores de servicios establecidos en España y a los servicios prestados por ellos. También a los servicios de certificación que prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

En primer lugar, hay que partir de la definición que consta en el Anexo de prestador de servicios, que es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información. En segundo lugar, es necesario establecer con claridad cuándo podemos entender que el prestador está establecido en España. En este sentido, la Ley concreta esta cuestión, ya que no hay que olvidar que la terminología utilizada en esta materia, tanto en la Ley de Comercio electrónico que comentamos, como en la Ley de firma electrónica, surge de la normativa fiscal en relación con los conceptos de establecimiento permanente, de residente, etc. Y en los dos textos se utiliza una parecida terminología.

En este sentido, se entiende que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se halla en territorio español, pero siempre y cuando éste coincida con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios, ya que en otro caso se debe atender al lugar en que se realice dicha gestión o dirección. Ésta es una cuestión muy importante, sobre todo para determinar el ámbito de aplicación desde el punto de vista subjetivo, porque el problema de la deslocalización es especialmente importante, y ello determina la aplicación o no de una Ley.

También se aclara la cuestión del establecimiento permanente, enten-

diéndose que un prestador opera mediante este establecimiento situado en territorio español cuando disponga en él, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que realice toda o parte de su actividad. En este sentido, la Ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

Asimismo se quiere establecer un medio para facilitar cuándo debe considerarse establecido en España el prestador, y para ello establece la presunción de que el prestador está establecido en España cuando el mismo o alguna de sus sucursales se hayan inscrito en el Registro Mercantil o en otro Registro Público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica. Como decimos, se trata de una presunción introducida en los borradores para facilitar la circunstancia del establecimiento en España, de igual manera a como se determina en la Ley de firma electrónica.

De otra parte, para evitar falsos lugares de establecimiento, como la utilización de medios tecnológicos situados en España para la prestación o el acceso al servicio, no implicará por sí sola que el prestador esté establecido en España, o dicho de otra manera, no servirá como criterio definitivo para determinar ese establecimiento, sobre todo porque en el mundo de las nuevas tecnologías, en efecto, puede existir un medio tecnológico, o un servidor situado en un país, pero no ser efectivamente el lugar del establecimiento del prestador de servicios de certificación, en el caso de la firma electrónica.

En algún momento de las discusiones del borrador se analizó el alcance en relación a los Registros que deberían de tenerse en cuenta para establecer esta presunción y se consideró que era conveniente circunscribirlos a aquellos en los que la inscripción fuese necesaria para la adquisición de personalidad jurídica. No cabe la menor duda que el centro radica en el Registro Mercantil, donde los prestadores toman la forma societaria normalmente de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada.

IV. Prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo. Artículo 3

El artículo 3 de la Ley de trasposición tiene directa conexión con el artículo 3 de la Directiva relativa al mercado interior, en relación con el anexo de la misma que expone las excepciones al artículo 3. Ya tuvimos ocasión de analizar, en la Directiva, la evolución y el significado del artículo 3.

Se parte del principio general de mercado interior, donde la Ley aplicable es la Ley del lugar del establecimiento del prestador de servicios. No obstante, este principio en muchos casos no puede llegar a ser realizado por diversas circunstancias, ya explicadas en el análisis de la Directiva, y por ello se llegó a establecer en un anexo las excepciones a este artículo 3.

Del mismo modo, el artículo 3 de la Ley española establece también esas excepciones, en el sentido que será aplicable nuestra Ley incluso a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo, cuando el destinatario de los servicios radique en España, y los servicios afecten a materias como los derechos de propiedad intelectual o industrial, la emisión de publicidad o de instituciones de inversión colectiva, la actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento, o de libre prestación de servicios, las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores, el régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato, y la licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente no solicitadas.

Todas las anteriormente citadas, enunciadas de una u otra manera, son consecuencia del anexo de la Directiva, como excepciones al artículo 3 de la misma.

En la Ley española se utiliza un apartado 2, en el artículo 3, para indicar un principio de carácter general en el sentido de que la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España, se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español. Este apartado 2 se podía haber incluido con una redacción similar en el propio apartado 1 del artículo 3, dentro de las letras que enumeraban, la aplicación de la Ley española, como excepción al principio de la Ley del país de origen.

Por otra parte, ya tuvimos ocasión de analizar el porqué la Directiva acogió finalmente el régimen de excepciones a la Ley del país de origen en vez de utilizar algún principio o norma de carácter general.

V. Servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley. Artículo 5

El artículo 5 se refiere a los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, y es corolario del artículo 1, apartado 5 de la Directiva, y además creo que con un enunciado que aclara mejor el significado de la exclusión de estos servicios del ámbito de aplicación de la Ley, ya que ello

no significa que no se puedan realizar las actividades y servicios de la sociedad de la información, sino que se regirán por su formativa específica.

El artículo 5 excluye los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, así como los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio.

En cuanto a los servicios prestados por notario, a modo de ejemplo, hay que decir que:

La Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 dispone en el artículo 1, párrafo segundo, que: La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, ni afectan a las normas y límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitarias que rigen el uso de documentos.

Por su parte, la Directiva 2000/31/CE 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, en particular del comercio electrónico en el Mercado interior, en su artículo 1, relativo al objetivo y ámbito de aplicación, en el número cinco, letra d), determina que dicha Directiva no se aplicará entre otras actividades de los servicios de la sociedad de la información, a la de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública.

Todo lo anteriormente indicado no puede significar en absoluto que el notariado y los registradores de la propiedad y mercantiles deban estar apartados de las nuevas tecnologías, del comercio electrónico y, en general, de los servicios de la sociedad de la información. Muy al contrario, puede y debe estar presente en todo el fenómeno del comercio electrónico, lo que ocurre es que en el campo de la función notarial y registral existe una competencia reservada a cada uno de los Estados miembros de la Unión bajo la soberanía de cada uno de ellos, puesto que la función notarial de tipo latino determina que el notario es un oficial público, en el que el Estado delega un aspecto de su soberanía, de su competencia, a través de la fe pública. De todo ello deriva que serán cada uno de los Estados miembros los que deban legislar, ordenar y derivar las cuestiones relativas a las nuevas tecnologías, las comunicaciones telemáticas, la firma electrónica y el notariado.

Por ello, es necesario crear un marco de seguridad jurídica y de confianza para su consecución. Si se pretende que el llamado comercio electrónico pueda desarrollarse, es necesario que las transacciones electrónicas ofrezcan a los consumidores y profesionales el mismo nivel de seguridad

y confianza, al menos, que las relaciones documentadas en papel, y todo ello porque las nuevas tecnologías de la información, con la potenciación de la comunicación a distancia que suponen, hacen posible realizar transacciones comerciales, entre personas distantes entre sí, prescindiendo del tradicional soporte papel para plasmar sus compromisos.

En cuanto a los servicios prestados por abogados, en un momento determinado de elaboración de algún borrador, se intentó suprimir esta exclusión, en mi opinión sin una clara argumentación, de manera contraria a lo que la propia Directiva establecía, y todo ello por las propias características de esos servicios de abogados en sus funciones de representación ante los Tribunales. En cuanto a los juegos de azar, el artículo 5, apartado 2 de nuestra Ley, dice que serán aplicables a los servicios de la sociedad de la información, relativos a juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico, lo dispuesto en la Ley, teniendo en cuenta, claro está, su legislación específica, y con la excepción de la aplicación de la libre prestación de servicios. En este caso, el legislador español aplica la Ley a estos supuestos, con unos límites lógicos que vienen determinados, por una parte, por su Ley específica, y de otra por la no aplicación del régimen de libre prestación sin restricciones.

VI. Principio de libre prestación de servicios

Los artículos 6, 7 y 8 de la Ley española regulan en el título 2.º, y en concreto en el capítulo 1.º, el principio de libre prestación de servicios, que son consecuencia de los propios artículos 3 y 4 de la Directiva de comercio electrónico.

Para evitar innecesarias repeticiones, con respecto a lo ya analizado en la Directiva, basta indicar que se enumeran el principio de no sujeción a autorización previa, para la prestación de servicios de la sociedad de la información. Asimismo, el principio de libre prestación de servicios, que proceda de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones, claro está sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3, que regula los supuestos de no aplicación de la Ley del país de origen, y los del artículo 8, que establece las restricciones a la prestación de servicios, y que son excepciones a este principio de libre prestación, contempladas en el artículo 3, apartado 4.º de la Directiva.

Estas restricciones están contempladas en el artículo 8 de la Ley, y casi todas tienen una idea común, en el sentido de que si un servicio atenta, o puede atentar, contra una serie de principios, se podrán por los órganos competentes adoptar las medidas necesarias, para interrumpir la pres-

tación de ese servicio o para retirar los datos que vulneren los mismos.

En cuanto a los principios, éstos son los de la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. De otro lado, la protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores, la protección de la juventud y de la infancia, y el respeto a la dignidad de la persona, y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social.

El propio artículo 8 establece el procedimiento para realizar esta restricción, así como que las medidas de restricción serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, debiéndose adoptar de forma cautelar, o en ejecución de las resoluciones que se dicten, estableciéndose un mecanismo diferente, cuando estas restricciones se establezcan dentro o fuera del ámbito de los procesos judiciales, y haciendo una reserva, especial y muy importante a favor de la autoridad judicial, que será la única competente para adoptar las medidas de restricción, en aquellos supuestos en que la Constitución, las normas reguladoras de los derechos y libertades, o las que resulten aplicables a las diferentes materias, atribuyan específicamente competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos. Este punto fue discutido en diversos momentos por el grupo de trabajo en el sentido de que había que ser totalmente escrupulosos en cuanto a quiénes eran los competentes para poder imponer estas restricciones, sobre todo en relación a los órganos administrativos, como contraposición a los órganos jurisdiccionales. Al final se llegó a esta fórmula de consenso, en la que se pretende llegar a un equilibrio lo más adecuado posible y respetando el estado de derecho.

VII. Definiciones

El anexo de la Ley de comercio electrónico, siguiendo la técnica de las Directivas, dedica un apartado especial a las definiciones de algunos conceptos y términos que aparecen en la Ley. Algunas de estas definiciones ya han sido explicadas en otros apartados; baste ahora hacer mención a la definición de profesión regulada, que es definida como toda actividad profesional que requiera para su ejercicio la obtención de un título, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias. En este sentido, el artículo ocho de la Directiva hace una especial mención a las profesiones reguladas, en el sentido de que los Estados miembros garantizarán que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información facilitado por un miembro de una profesión regulada, condicionado al cumplimiento de

normas profesionales relativas, en particular a la independencia, dignidad y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas. En la Ley de trasposición española no se hace ninguna referencia especial a este tema de las profesiones reguladas, aunque en alguno de los borradores del anteproyecto sí se hacía específicamente.

También se define el término consumidor como la persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo uno de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este fue uno de los puntos de discusión especial sobre la amplitud o el alcance del término consumidor. En la Directiva de comercio electrónico, el artículo dos, e), define al consumidor como cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión. En cambio, la ya citada Ley de Consumidores y Usuarios contiene un concepto más amplio del término consumidor, en la modificación que se efectuó, a través de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en concreto en la exposición de motivos. El Consejo de Estado, en su dictamen de 17 de enero del 2002, no hace referencia a ninguna observación en relación a esta cuestión, observación que sí hizo la Comisión Europea, al considerar que se extralimitaba el concepto de consumidor de los límites establecidos en la propia Directiva.

VIII. Los contratos por vía electrónica

1. Introducción.

No cabe la menor duda que una de las cuestiones más importantes dentro de los Servicios de la Sociedad de la Información es el denominado Comercio Electrónico, que es una parte de esa Sociedad de los Servicios de la Información.

El Comercio Electrónico, entendido en un sentido amplio como cualquier forma de transacción o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet, incluye, no sólo la compra y venta electrónicas de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para aspectos de publicidad, búsqueda de información de productos, proveedores, el propio mecanismo de negociación entre comprador y vendedor y un largo etcétera.

Dentro del fenómeno del comercio electrónico, un apartado esencial es el de la contratación electrónica. En este sentido, la Directiva 2000/31/CE 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, en particular el comercio electrónico en el mercado interior,

trata esta cuestión de manera especial. Por una parte, el artículo 1 de la citada Directiva hace referencia específica a los contratos por vía electrónica y, de otra parte, la sección 3.^a de la misma se dedica a esta materia en los artículos 9, 10 y 11.

De otro lado, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que es la trasposición de la Directiva antes indicada, regula detalladamente el fenómeno de la contratación electrónica, en concreto en los artículos 23 a 29, ambos inclusive.

Es necesario analizar fundamentalmente estos dos textos normativos, ya que son piezas esenciales en relación a la contratación electrónica, y será interesante analizar lo que determina la Directiva y cómo el legislador español ha realizado esa trasposición, con independencia de que todo el conjunto formativo se vea afectado ciertamente por este nuevo fenómeno.

Resta indicar que, al acercarnos a la contratación por vía electrónica, debemos hacerlo con el esquema de las instituciones del sistema jurídico *civil romano continental*, y únicamente adaptarlas en aquello que sea necesario, por las características del soporte utilizado o, en su caso, en aquellas circunstancias en que sea preciso por razones de la especialidad de la vía utilizada. Con ello se quiere indicar que las nuevas tecnologías son las que deben estar al servicio del sistema jurídico y no al revés, ya que los mismos principios de seguridad y de eficacia deben darse tanto en la contratación en soporte papel como en la contratación electrónica.

No cabe duda que uno de los problemas más importantes en general del comercio electrónico, y como consecuencia de la contratación electrónica, es el de la confianza del ciudadano ante estos nuevos medios, y si no conseguimos dar esa confianza, esa seguridad, el comercio electrónico no llegará a desarrollarse en los niveles que se ha pretendido desde todas las instancias europeas.

El análisis de la Ley de Trasposición española antes citada nos va a servir como punto de referencia esencial, en el sentido de cómo el legislador español ha previsto este fenómeno en todos sus aspectos, incardinándolo dentro del sistema jurídico de una manera armónica y aplicando en la mayoría de los casos las normas y reglas generales.

2. La contratación electrónica en la Directiva de Comercio electrónico.

La Directiva 2000/31/CE 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, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, como indicamos anteriormente, hace refe-

rencia a la contratación por vía electrónica, y de una manera específica en los artículos 9, 10, y 11 de la misma. Vamos a analizar estos artículos, para así poder tener una idea más clara de lo que el legislador español ha hecho a la hora de hacer la trasposición de la misma, en la Ley Española de Comercio Electrónico.

En cuanto al artículo 9, que hace referencia al tratamiento de los contratos por vía electrónica, nos recuerda en parte al artículo 5 de la Directiva sobre firma electrónica, en el sentido de que allí se indicaba que los Estados Miembros no podrán negar validez a dicha firma electrónica, por el simple hecho de no ser firma manuscrita, con las matizaciones y problemática que ya se indicaron en los diferentes Informes del Ministerio de Justicia sobre los efectos y eficacia de la firma electrónica en los distintos supuestos. No olvidemos que, en el caso de la Ley Española sobre Condiciones Generales de Contratación, se prevé la validez de los Contratos incluso por esa vía electrónica, existiendo ya el desarrollo reglamentario de dicho artículo 5 en su apartado 3, en virtud del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la ya citada Ley 7/1998, de 13 de abril, así como un conjunto de Leyes que también se adujeron en los informes sobre firma electrónica en el sentido de diversas Leyes españolas que han regulado la Comunicación por Vía Telemática, tanto, por ejemplo, el Mercado de Valores, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y un largo etc. Pero este Principio General debe estar matizado en cada caso concreto en relación con la Legislación interna de cada Estado, que no puede ni debe entrometerse en el Sistema Jurídico de Derecho Interno, cuando existen un conjunto de Normas y Leyes que establecen todo el entramado de la Contratación, y sobre todo en determinados sectores donde parece esencial y conveniente la exclusión de esta Contratación por Vía Electrónica. Por ello, el artículo 9, en su apartado 2, de manera lógica y concluyente, establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan disponer que el apartado 1 del citado artículo, relativo al principio general de validez de los contratos por vía electrónica, no se aplique a determinados contratos. La lista, a la que luego haremos referencia en concreto, es en principio adecuada y acorde con nuestro sistema jurídico español, sistema jurídico de Derecho Romano Continental, con los pilares en materia de seguridad jurídica preventiva de las funciones notariales y registrales. Aún hay un ámbito de exclusión, ya que la Directiva 97/7/CE, relativa a la Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia, no olvidemos que los Contratos por Vía Electrónica son por esencia Contratos a Distancia, ya

que las partes no están presentes simultáneamente, excluye de forma categórica la posibilidad de las ventas a distancia sobre Bienes e Inmuebles y los Derechos Reales sobre ellos constituidos. En este caso no se trata de que los Estados puedan o no aplicar esos contratos a la vía electrónica, como dice el artículo 9 de esta Directiva, sino que en las ventas de inmuebles a distancia siempre estarán excluidos. Por ello podría pensarse que no haría falta la inclusión de esa excepción en el artículo 9, ya que está la Directiva sobre contratos a distancia, y al no derogar esta nueva Directiva, la de los Contratos a Distancia, quedarían excluidos *per se*. No obstante, en la Directiva de Contratos a Distancia se hace mención a las ventas, pero también existen otros posibles Contratos sobre Bienes e Inmuebles que no son compraventas, y de ahí que fuera conveniente el incluir en la lista del apartado 2, del artículo 9, los contratos relativos a Bienes e Inmuebles y a los Derechos Reales sobre ellos constituidos.

Profundizando un poco más en este importantísimo artículo 9, sobre la base de la redacción dada en los textos que figuraban en la primera y segunda lectura, se realizaron informes por la Delegación Española en el sentido de matizar y ampliar el número 2, del artículo 7, en el sentido de que los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1, relativo a la posibilidad de realización efectiva de contratos comerciales por vía electrónica, no se aplique a determinados contratos. En este sentido, en la exclusión que aparece en la letra a), de los contratos que requieran la intervención de un notario, se proponía hablar también de actos jurídicos, por ser un concepto que engloba otra serie de negocios que no son contratos, por no ser negocios jurídicos bilaterales, como por ejemplo requerimientos, notificaciones, actas de manifestación, declaraciones de obra nueva y un largo etcétera. Asimismo, se quería ampliar a otros fedatarios públicos, que también ejercen la fe pública, como los corredores de comercio, por ejemplo. En el apartado b), la redacción del texto hablaba de los contratos que, para ser válidos, deban registrarse ante una autoridad pública, proponiéndose la modificación por la de contratos y actos jurídicos que para ser válidos, o para producir efectos frente a terceros, deban registrarse ante una autoridad pública, teniendo en cuenta que frente a Registros de la Propiedad Alemán o el Austriaco, que tienen carácter constitutivo, es decir, que los actos y contratos no inscritos, o los derechos en ellos constituidos, no existen ni son válidos, existen otros Registros de carácter declarativo, en el sentido de que el contrato no inscrito, o mejor dicho, el derecho que se transmite o se constituye, aunque no esté inscrito, es válido, pero no produce fuerza ni efecto frente a terceros hasta que no se inscriba; de ahí la necesidad de incluir también a estos Registros,

que por regla general tienen carácter declarativo, salvo algunos casos, en las excepciones o en las exclusiones de este artículo 9.2. También se propuso introducir dentro de estas exclusiones, que no estaba contemplada en el artículo 9, la de los contratos relativos a la adquisición del derecho de propiedad, o a la constitución o transmisión de otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Como indicamos anteriormente, esta excepción está ya comprendida en la Directiva sobre contratos a distancia, y es lógica su exclusión debido a la importancia de estos contratos, donde no debe primar en ningún caso la rapidez, y por razones de seguridad la vía electrónica es un método inadecuado. En el documento ya citado de la Presidencia de agosto de 1999 se introducen algunas de estas sugerencias, aunque no todas.

El Texto de la Directiva, en cuanto al artículo 9.2 que hemos comentado, y debido entre otros motivos a una participación activa de la Delegación Española en su discusión, permite la no aplicación, a determinados contratos, que los Estados miembros quieran excluir de su realización por vía electrónica. En este sentido, pueden quedar excluidos los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; los contratos que requieran por Ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; por último, los contratos en materia de derecho de familia o de sucesiones. La lista, creemos, es bastante completa, y en definitiva se permite, a través de esta posible exclusión por parte de los Estados miembros, adaptar las distintas particularidades de sus sistemas jurídicos en razón a las propias exigencias de formas y solemnidades requeridas, para celebrar determinados actos o contratos, así como por las especiales características del objeto de determinados contratos, que requieren una reflexión por las partes contratantes, lejos de la rapidez que pudiera ofrecer el comercio electrónico, pero que en determinados casos produciría una total inseguridad en las partes contratantes.

El artículo 10 hace referencia a la información exigida en los contratos por vía electrónica, en el sentido de que los Estados miembros dispondrán en su legislación que el prestador de servicios deberá explicar las modalidades de formación de un contrato por vía electrónica de forma clara e inequívoca, como los pasos que hay que dar para cerrar el contrato, si el contrato se archiva o no una vez celebrado, qué medios existen para corregir los errores de manipulación, etc. La Delegación Española, en sus intervenciones y propuestas, introdujo el que los Estados

garantizarán, mejor que la expresión dispondrán, y que la forma de explicar la modalidad de formación de un contrato por vía electrónica, además de forma clara e inequívoca, debería ser también comprensible, por ser la expresión que se utiliza en el artículo 4.2 de la Directiva sobre contratos a distancia. Entre otras matizaciones, se propuso introducir como información exigida que debería incluirse la de indicar las limitaciones que la legislación nacional establezca a la capacidad para contratar de menores e incapacitados, por razones fundamentales de orden público, en relación a estos grupos más desprotegidos, y que se encuentra también en la ya citada Directiva de contratos a distancia en su artículo 4.2, inciso final. Como punto esencial e importante cuando la Directiva dice que los Estados garantizarán en su legislación que los pasos que hay que dar para celebrar un contrato por vía electrónica, deberán estar fijados de tal manera que se garantice que las partes lo entiendan, se propuso que debería de advertirse en particular, antes del último paso, en el proceso de la contratación electrónica, que no se trata de un juego o simulación de contratación, sino de un contrato real, y que la opción final de aceptación del mismo no podría estar configurada como opción por defecto; con ello se pretende garantizar la posición de la persona que contrata por estas vías electrónicas, garantizando en definitiva el consentimiento real de los contratantes.

El Texto de la Directiva parte del principio, en este artículo 10, de que los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite una información al destinatario del servicio que efectúe un pedido, de manera clara, comprensible e inequívoca. Esta información consistirá en los diferentes pasos técnicos que deben seguirse para celebrar el contrato, si el prestador del servicio va a archivar o no el contenido del contrato que eventualmente va a celebrarse, y si éste va a ser accesible. Asimismo, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido, así como las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato, y nosotros diríamos que en la Ley de Transposición debería establecerse, a elección del consumidor. Otra información exigida debe ser la de los códigos de conducta correspondientes a los que en su caso se encuentre acogido el prestador, y la manera de consultar electrónicamente dichos códigos y las condiciones generales de los contratos facilitados al destinatario, debiendo estar disponibles, para que pueda almacenarlas y reproducirlas.

El artículo 11 de la Directiva regulaba la importante cuestión del momento de celebración del contrato. Este artículo 11 establecía que los Estados miembros dispondrán en su legislación que, salvo acuerdo en con-

trario de las partes y siempre que se trate de profesionales, cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos, como por ejemplo clicar sobre un icono, para aceptar la oferta de un prestador de servicios, el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio y haya confirmado la recepción del acuse de recibo. La propuesta de la Delegación Española, sobre este texto, era cambiar la palabra *dispondrán* por la de *garantizarán*, añadir a la expresión *profesionales* la de *empresarios*, y añadir después de clicar un icono, o mecanismos de firma electrónica, así como cambiar la expresión *medios tecnológicos* por *medios electrónicos*. La razón de estas alteraciones, unas son de carácter terminológico en cuanto a la de garantizar, y otras como la de medios electrónicos o mecanismos de firma electrónica, por la gran relación que existe con la Directiva sobre firma electrónica, no cabiendo duda de que uno de los mecanismos más normales que se utilizarán, para esta contratación electrónica, serán los de la propia firma electrónica. Asimismo, en el texto se establece que el contrato quedaría celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios, acusando recibo de la aceptación del destinatario de dicho servicio, y además haya confirmado la recepción del acuse del servicio. La propuesta de modificación consistía en suprimir la frase *haya confirmado la recepción del acuse de recibo*, y que fue comentada por varias Delegaciones, e incluso por la propia Comisión y por una enmienda en el Parlamento Europeo. La razón de esa supresión es que se haría demasiado complicado el proceso en toda la contratación, ya que habría hasta cuatro comunicaciones, que serían la oferta, la aceptación, el acuse de recibo y la confirmación posterior. La introducción también de la frase *perfeccionamiento y ejecución* hace referencia a indicar que esta Directiva tiene un ámbito de aplicación, siempre que todo el proceso se dé dentro de las redes informáticas, pero en ningún caso cuando sea fuera de las mismas; por ejemplo, la entrega efectiva de un bien o entrega material deberán aplicarse las Directivas correspondientes sobre contratos de distribución, de responsabilidad por producto defectuoso y un largo etcétera. El apartado c) del texto en primera y segunda lectura establecía que el acuse de recibo del prestador de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible; la Delegación Española propuso introducir la frase referente a que a un retraso superior al habitual según los usos del comercio genera responsabilidad *in contrahendo* y la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados, tratando con esta ampliación de especificar las consecuencias

jurídicas en caso de retraso indebido en la remisión por parte del prestador de servicios del acuse de recibo. Asimismo, se indicó la necesidad de suprimir el número 2 del artículo 11, que estaría más adecuado en el propio artículo 10 en relación con la información exigida. En el texto de agosto de 1999, tanto de la Comisión como de la propia Presidencia, se suprimió la cuarta comunicación a la que hacíamos referencia anteriormente, o sea, la confirmación de la recepción del acuse de recibo. En cambio, el texto de la Comisión suprimió algunos de los apartados, pero en cambio no introdujo lo relativo a los medios electrónicos y a los mecanismos de firma electrónica. Sí coincidieron el texto reformado de la Comisión y el de la Presidencia, de agosto de 1999, como ya se ha indicado, en introducir en relación con los consumidores el que las cláusulas contractuales y las condiciones generales que se ofrezcan al consumidor deberán ponerse a su disposición de tal manera que pueda conservarlas y reproducirlas.

Posteriormente, en el debate acaecido en las sesiones, **se cambió el título de este artículo 11 por el de realización de un pedido**, en el sentido de no quererse inmiscuir la Directiva en cuestiones como la de la celebración del contrato por vía electrónica, sobre todo por la diversidad de los sistemas jurídicos y por el distinto tratamiento que en las diferentes legislaciones se daba a esta cuestión. Por ello, en el Texto se llegó a una solución menos comprometida, más ambigua, que no entraba de lleno en la auténtica fase contractual, sino más bien en la fase anterior preliminar, y creo que esta solución ha sido acertada. Así, en la redacción del artículo 11, relativa a la realización de un pedido, se articula que cuando el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, los Estados miembros deben garantizar que se apliquen determinados principios, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden. Estos principios son:

1. El prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida, y nosotros diríamos conforme a los usos y prácticas habituales, y por vía electrónica.
2. Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.
3. El prestador de servicios pondrá a disposición del destinatario los medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de realizar el pedido.

3. Los contratos electrónicos en la Ley Española de Comercio electrónico.

A) *Planteamiento general. Concepto de los contratos electrónicos.*

Como indicamos anteriormente, la ley española, Ley 34/2002, de 11 de julio, traspone la Directiva de comercio electrónico y en concreto la materia dedicada a la contratación electrónica.

En este sentido, la Exposición de motivos de la citada Ley establece que: “Se favorece igualmente la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la Ley, de acuerdo con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en nuestro Derecho, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarar que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes y asegurar la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita que figura en diversas leyes”.

En la Ley se analizan diversas cuestiones relativas a la fijación del momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, con alguna matización como luego veremos, y unificando el criterio contenido hasta ahora de manera dispar en los Códigos Civil y de Comercio.

Otra cuestión también importante y que fue objeto de discusión en los diferentes borradores es el ámbito expansivo de las disposiciones contenidas en la Ley sobre aspectos generales de la contratación electrónica, como las relativas a la validez y eficacia de los contratos electrónicos o al momento de prestación del consentimiento, y digo expansivas porque serán de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario de servicios de la Sociedad de la Información.

El contrato formalizado por vía electrónica es el contrato celebrado a distancia o sin que las partes estén simultáneamente presentes, enviado en origen y recibido en destino por medio de equipos electrónicos de tratamientos y almacenaje de datos y que son enteramente transmitidos, encaminados y recibidos por medio de cable, radio, medios ópticos o por otros medios electromagnéticos. Esta definición fue una de las que aparecieron en los distintos borradores del anteproyecto de ley. La definición que finalmente se adoptó consta en el anexo de la Ley de Comercio Electrónico, en concreto en la letra h), que establece: “Contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico: todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones”.

Particularmente me gusta más la definición que recalca y hace hincapié en el sentido de constatar que se tratan de auténticos contratos a distancia, o entre ausentes, y en este sentido iba también una de las observaciones en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley.

En efecto, el Dictamen de 17 de enero de 2002, cuando pasa a analizar el apartado correspondiente de las definiciones, y en concreto de la definición de contrato celebrado por vía electrónica, indica con claridad que "... en esta definición se omite un elemento esencial, consistente en la celebración del contrato a distancia. Los contratos celebrados entre presentes con utilización de dispositivos electrónicos..., por ejemplo, la compraventa celebrada en un establecimiento mercantil en presencia del cliente a través de un programa informático conectado a una red de telecomunicaciones... no presentan especialidad alguna que haga aconsejable su regulación mediante el Anteproyecto sometido a consulta... Dado que esta definición de «contrato celebrado por vía electrónica», o «contrato electrónico», no pretende sin duda ampliar el ámbito de aplicación del Anteproyecto, procede, a juicio del Consejo de Estado, añadir la expresión «celebrado a distancia» (o celebrado entre ausentes) al inicio de la definición de estos conceptos...".

Curiosamente, en la Directiva de Comercio Electrónico, en el artículo 2, que hace referencia al conjunto de definiciones, no define lo que es el contrato electrónico, y ello tiene una explicación por el propio ámbito y esencia de la Directiva, que no quiere meterse en cuestiones de Derecho Interno sobre la materia contractual, donde no existe una armonización desde el punto de vista comunitario, sino únicamente algunas parcelas específicas, sobre todo en materia de contratación con consumidores, a los efectos de aplicar la legislación tuitiva de éstos. Además, como ya vimos anteriormente, lo que se pretende en la Directiva es que todo Estado miembro debe ajustar su legislación en cuanto a los requisitos y, especialmente, los requisitos formales que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica. Con ese ajuste se deberá hacer posible la celebración de contratos por vía electrónica. En definitiva, lo que se pretende es que los Estados miembros supriman los obstáculos para la celebración de los contratos electrónicos, obstáculos derivados del régimen jurídico. Por ello quizá es lógico que la propia Directiva no establezca ninguna definición, ya que la diversidad de los sistemas jurídicos civiles y mercantiles existentes en la Unión Europea hacen imposible la fijación de criterios unívocos, más aún cuando no existe una armonización completa y general en esta materia.

De la definición antes expuesta se deduce que se trata de unos contratos a distancia, y esto ha sido criticado por algún sector doctrinal indi-

cando que no debe ser considerado como contratos a distancia, ya que hay una conexión directa e inmediata entre las partes contratantes. No comparto esta opinión, puesto que realmente el proceso de contratación, aunque pueda ser ágil y directo, está tamizado por unos equipos al menos informáticos en los que la presencia física de las partes contratantes no existe, y en donde la soledad de cada contratante es clara, más aún cuando en determinados momentos se relaciona con una máquina que le está pidiendo y ofreciendo un método que el aceptante debe seguir paso a paso, sin existir un auténtico diálogo entre las partes. Por ello considero ciertamente que se trata de una contratación a distancia, ciertamente con algunas particularidades, como son la utilización de máquinas informáticas.

No cabe duda que en los contratos, o en la contratación electrónica, se ha distinguido tradicionalmente entre la contratación directa y la contratación indirecta. En la primera todas las fases contractuales, desde los denominados tratos preliminares, hasta la generación, perfección, consumación y ejecución del contrato se realizan por vía electrónica o telemática. Así, por ejemplo, en la adquisición a través de la red de un determinado programa informático, todas las fases se celebran por vía electrónica, ya que la entrega del programa se produce a través de esta vía, descargando el propio adquirente dicho programa en su ordenador una vez que el contrato ha quedado perfeccionado.

Por el contrario, el comercio electrónico indirecto, en cuanto a la celebración del mismo, sí que se realiza *on-line*, pero la fase de la consumación o ejecución se establece fuera de línea. Es el supuesto en el que una persona adquiere, por ejemplo, un libro en soporte papel, pero en cambio celebra el contrato por medios electrónicos, pero la ejecución del mismo, es decir, la entrega del libro, se hace de manera física, remitiéndole el mismo a su domicilio. En este sentido, el artículo 2 de la Directiva de Comercio Electrónico, al definir en la letra h) el ámbito coordinado, que no es más que aquel conjunto formativo que se debe aplicar a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, con independencia de otras normas y con prevalencia a ellas si contradicen ese ámbito coordinado, no es aplicable el mismo, o no está dentro del mismo cuando se habla de los requisitos aplicables a las mercancías en sí, a los requisitos aplicables a la entrega de las mercancías y a los requisitos aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos. Esto es una consecuencia lógica, ya que el servicio no se ha prestado todo él por medio electrónico, sino una parte del mismo y, como consecuencia, la propia Directiva lo excluye del ámbito coordinado y por tanto de la aplicación de la propia Directiva por no ser un servicio de la Sociedad de la Información.

Otra clasificación, u otra forma de entender el mecanismo de la contratación electrónica, es la manera de establecer ese diálogo entre las par-

tes contratantes. En todos los supuestos se utilizan medios electrónicos de comunicación, pero en algunos casos existe un diálogo contractual directo entre el comprador y el vendedor, tanto en los tratos preliminares como en todo el proceso de celebración del contrato, discutiéndose sobre las cláusulas y condiciones que se van a establecer en el contrato. Éste sería de alguna manera el medio común utilizado a través del correo electrónico, donde ambas partes contratantes establecen ese diálogo. Otra manera de concebir el diálogo contractual es cuando realmente no existe tal diálogo, no hay esa oferta y esa aceptación tan clara, en cuanto a su elaboración, o en cuanto a la manera de conformarse, sino que existe una oferta ya establecida en una página *web*, por ejemplo, donde se indica el producto objeto del contrato, donde se establecen las condiciones del mismo y donde el aceptante va siguiendo unos pasos predeterminados que debe realizar hasta dar en el último clic en la casilla correspondiente de esa página *web*. En este caso se ha hablado de la contratación electrónica por medio de máquinas o de la contratación electrónica por proceso automático. En esta segunda modalidad, la diferencia con la contratación tradicional es mucho mayor, ya que no solamente es el medio electrónico el criterio diferenciador, sino que también lo es la forma de concebirse y desarrollarse todo el fenómeno contractual. Posteriormente veremos cómo esta diferenciación tuvo alguna repercusión importante a la hora de redactar los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio.

B) *Aplicación del Ordenamiento jurídico.*

Como ya indicamos anteriormente, uno de los principios básicos es el no establecer diferencias entre los contratos celebrados de forma tradicional y los celebrados por vía electrónica. Este principio se traduce en realizar las mismas modificaciones posibles en el sistema jurídico, y únicamente realizar aquellas adaptaciones que sean necesarias por razón del soporte o el medio utilizado de la contratación.

Este fue uno de los puntos esenciales que se trataron desde los primeros borradores de la Ley, ya que existían algunos que pensaban que era necesario hacer modificaciones en muchos textos legales para que hicieran referencia a la vía electrónica, al considerar que, en efecto, la normativa existente sólo preveía el contrato o documento en soporte papel.

Triunfó la tesis de realizar las mínimas alteraciones, y en definitiva dar cumplimiento a la Directiva, que no era otro que el suprimir aquellos obstáculos legales que pudieran existir y que impidieran la celebración de contratos por vía electrónica.

En este sentido, el artículo 23 de la Ley, relativo a la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, parte de dos premisas

básicas: por un lado, estos contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. En definitiva, lo que con carácter general establece el artículo 1.261 del Código Civil. Con este simple párrafo el legislador español está cumpliendo perfectamente uno de los mandatos de la Directiva.

Como consecuencia de esta filosofía de no querer hacer una especialidad distinta para este tipo de contratos, salvo en aquello imprescindible, se establece un orden normativo aplicable a los mismos, es decir, se regirán por lo dispuesto en la propia Ley de Comercio Electrónico, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. En este caso serán aplicables todo el elenco de disposiciones que afecten a esta materia, como Ley de Consumidores y Usuarios, la Ley de Condiciones Generales de Contratación, la Ley de Comercio Minorista y un largo etcétera siempre que se den los presupuestos básicos en estos contratos para la aplicación de estas normas, con las mismas condiciones que en los contratos celebrados en soporte papel.

En el sentido antes expuesto, la normativa aplicable ciertamente es variada, y en algunos supuestos el ámbito de aplicación puede ser diferente, y así se ha indicado (1) que: "... Es por ello que algunos aspectos de dicha Ley (tales como los relativos a la validez y eficacia de los contratos electrónicos) resultan de aplicación en todo caso, tanto a contratos de consumo como a los celebrados entre empresarios o profesionales entre sí, o entre particulares, conforme deja sentado el punto cuarto de su Exposición de Motivos. En otros casos, sin embargo (p. ej., los deberes de información), sí deberá atenderse a dicha naturaleza, pues sólo los prestadores de servicios en sentido propio (en cuanto tal actividad constituya una auténtica actividad económica", en el sentido de ofrecimiento profesional, no esporádico, de bienes o servicios en el mercado) serán los obligados. O, dicho de otra manera, cuando el contrato se celebra entre dos consumidores, esto es, personas físicas que actúan al margen de sus actividades económicas, no resultan de aplicación los preceptos sobre obligaciones de los prestadores de servicios establecidos por la LSSI, para la contratación electrónica... No obstante lo anterior y por lo que respecta a su formación, conviene recordar que muchos de los contratos electrónicos adoptan la forma de contratos de adhesión, por lo que será necesario acudir a la Ley de Condiciones Generales y al Real Decreto 1906/1999, de desarrollo del artículo 5.3 LCG (vigente art. 5.º, 4, tras la reforma in-

(1) APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: ob. cit., pp. 182 y ss.

troducida por la Ley 24/ 2001), en lo que no sea contrario a ésta o a otras normas de superior rango, incluida la LSSI... Cuando estemos en presencia de un contrato de consumo, además habrá que tener en cuenta la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios... y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, ... en cuanto son también contratos a distancia. Y todo ello sin perjuicio de la aplicación del Código Civil y del Código de Comercio en los aspectos no expresamente regulados por las normas referidas”.

Otro de los principios básicos, también recogidos en el artículo 23 de la Ley y que facilitan este tipo de contratación, es que para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. Esto es un elemento más para no poner trabas a la contratación por vía electrónica, al igual que en la contratación en soporte papel no es necesario el previo acuerdo de las partes para que sea válido el contrato.

Por último, y a los fines de evitar tener que modificar todo un cuerpo normativo, a los efectos de adaptar el medio utilizado como es el electrónico, se cogió la idea que estaba plasmada en la Ley de Comercio Electrónico de UNCITRAL, que es una ley modelo que ha servido como punto de referencia a muchos Estados a la hora de desarrollar desde el punto de vista interno la materia relativa al Comercio Electrónico. En este sentido, el apartado 3 del artículo 23 establece que: “Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”. De esta manera se consigue un efecto importante, sin perjuicio de que en algunos supuestos pueda exigirse una forma determinada.

C) *Contratos excluidos.*

Como ya tuvimos ocasión de analizar líneas arriba, el artículo 9 de la Directiva de Comercio Electrónico prevé en su apartado 2.º la posibilidad de que los Estados miembros puedan disponer que no se aplique el principio de la celebración de contratos por vía electrónica en determinadas categorías. Ésta era una posibilidad que tenían los Estados a la hora de hacer sus leyes de trasposición, y fue ciertamente uno de los puntos más conflictivos al discutir este artículo en la Ley de Trasposición, que en alguno de los borradores tenía un artículo en concreto dedicado a esta materia.

Al final la cuestión se solventó con un apartado 4.º en el artículo 23, al establecer la exclusión sólo con referencia a los contratos relativos al Derecho de Familia y Sucesiones, que era uno de los supuestos contem-

plados en el artículo 9, apartado 2, letra d, de la Directiva de Comercio Electrónico. En los sucesivos y diversos grupos de trabajo, por parte del Ministerio de Justicia se defendió constantemente la exclusión en relación con los bienes inmuebles, en concreto para los contratos en los que se constituyeran, modificaran, transmitieran o extinguieran derechos reales sobre bienes inmuebles, estableciendo la excepción de los derechos de arrendamiento como específicamente preveía la Directiva de Comercio Electrónico. Entre otros informes que se remitieron, a continuación se transcribe lo siguiente: “Se ha de indicar que en el Capítulo de las exclusiones de determinados contratos, al amparo de lo que prevé el artículo 9.2 de la Directiva de Comercio Electrónico, los Estados pueden prever determinadas exclusiones, y éstas que se introducen en el texto que a continuación se dirán son las imprescindibles que considera este Ministerio, y que están en consonancia con lo que ocurre en Europa, entre otras, en la Ley de 14 de agosto de 2000 de Luxemburgo, en la que se realiza una transposición entre otras de la Directiva de Comercio Electrónico, y en concreto el artículo 50 de dicha Ley de Luxemburgo, al hacer referencia al ámbito de aplicación, excluye, entre otros, los contratos en virtud de los cuales se constituyan o transmitan derechos reales sobre inmuebles, los de familia y sucesiones, los que intervengan Tribunales, autoridades públicas, etc., y los contratos de seguros y las garantías dadas por personas que actúen por motivos ajenos a su actividad económica o profesional. Por todo ello y por razones de la propia característica de los bienes inmuebles como bienes no fungibles, y por razón de la concepción del propio consumidor europeo y razones de seguridad y de inmediatividad del sujeto con la cosa, y el tiempo de reflexión que requieren este tipo de contratos, se propone la siguiente redacción, de carácter intermedio, que pueda satisfacer a todos”. Como otro argumento complementario en materia de la exclusión de bienes inmuebles, hay que tener en cuenta que esta exclusión ya se establece en otra Directiva, como es la de Contratos a Distancia, ya que no debemos olvidar que la contratación por vía electrónica es una contratación a distancia. También debemos tener en cuenta el Real Decreto de 1999, que desarrolla el artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el cual hace referencia a la celebración de contratos con condiciones generales por vía electrónica, donde se excluye específicamente la constitución y transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles. Esta exclusión de los bienes inmuebles también se va a introducir, y está en discusión en los borradores de otras Leyes de Transposición Europeas de la Directiva de Comercio Electrónico, y durante muchos meses fue discutida esta Directiva en relación a este punto de las exclusiones, y se llegó a la conclusión de que era necesario plasmar en el texto, en su artículo 9.2, la posibilidad de esta exclusión de inmuebles.

De otra manera, si pareciera tan absurdo el establecer esta exclusión, está claro que no se hubiera introducido en la Directiva después de casi dos años de discusión por quince países miembros, de diferente concepción jurídica y sistemas jurídicos. No se debe olvidar que es necesario extremar al máximo las cuestiones de crear confianza y seguridad en el adquirente-consumidor europeo en materia de inmuebles; por ello se propone, intentando llegar a un acuerdo máximo en esta materia, teniendo en cuenta todas las discusiones y debates que se han mantenido sobre el texto del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico, el poder llegar a un consenso final, proponiéndose la siguiente redacción:

“Artículo 23.3. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones y a los de constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, con excepción de los arrendamientos.”

Además se ha de indicar que, desde el punto de vista del Derecho comparado, Alemania aprobó una Ley de firma electrónica en mayo de 2001, así como una importantísima Ley de 13 de julio de 2001, de adaptación de las formalidades del Derecho privado y de otras disposiciones al moderno tráfico de actos jurídicos. Esta Ley, de carácter sustantivo, modifica todo un conjunto normativo de leyes sustantivas para recoger el fenómeno de las nuevas tecnologías, de la firma electrónica y de los documentos en soporte electrónico. En este sentido se modifican, entre otras, el Código Civil, la Ley de créditos al consumo, la Ley de viviendas en multipropiedad, la Ley de prueba, etc., para realizar dicha adaptación. El legislador alemán, con su capacidad de reflexión al hacer estas modificaciones, ha excluido de la forma electrónica, entre otros, los contratos de arrendamientos de servicios, la renta vitalicia, el aval, la promesa y reconocimiento de deuda, las transmisiones inmobiliarias, la conclusión del contrato en formato electrónico en la Ley de crédito al consumo, así como también la conclusión del contrato en forma electrónica en la Ley de viviendas en multipropiedad; y en la Ley de prueba de 20 de julio de 1995, en lo relativo al contrato de trabajo, se excluye la prueba de las condiciones contractuales principales en formato electrónico, quedando también excluidos *per se* todos aquellos actos o contratos para los que se precisa la autorización notarial en el artículo 126 BGB, a menos que en la Ley se establezca otra cosa.

Éste era un nuevo argumento de Derecho comparado, como ya indicamos en la vigente Ley de agosto de 2000 de Luxemburgo, donde se trasponen las Directivas de Comercio y de Firma electrónica, donde se excluían de la contratación electrónica los bienes inmuebles, y éste parece

ser el criterio en los distintos borradores que se están elaborando para trasponer la Directiva de Comercio Electrónico, en alguno de los países de la Unión Europea.

Finalmente, no se hizo la citada exclusión con relación a los inmuebles y, como hemos dicho, sólo en relación al Derecho de familia y sucesiones.

Aunque no se trata de contratos excluidos, el artículo 23, en el mismo apartado 4.º, al analizar los contratos excluidos, hace una referencia en concreto a los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por ley la intervención de órganos jurisdiccionales como notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, que se regirán por su legislación específica. No se trata de una exclusión como a primera vista pudiera parecer, porque en efecto, en la Directiva, en el artículo 9, apartado 2, letra b, los Estados pueden excluir esta contratación electrónica en los “supuestos de aquellos contratos que requieran por ley la intervención de los Tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública”. Lo que hace nuestra Ley de Trasposición, es decir, que los supuestos contemplados, y a los que hemos hecho referencia, estos contratos se rigen por su legislación específica, en el caso de la función notarial por la legislación notarial, o por aquellas normas que exigen para la validez o para determinados efectos la forma documental pública.

Hay que tener en cuenta en esta materia la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por las que se introduce la incorporación de las técnicas electrónicas, telemáticas e informáticas a la seguridad jurídica preventiva, y entre otras cuestiones la obtención y el uso de la firma electrónica por notarios y registradores.

En el caso de la función notarial, la existencia del documento público electrónico en su consideración de matriz, se halla prevista en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado de 1862, artículo que fue introducido por la citada Ley de Medidas, en el que también se contempla la existencia de las copias autorizadas electrónicas y, en general, en esta Ley de Medidas, en los artículos 106 y siguientes, aparte de la regulación ya citada de la firma electrónica, se regulan otros usos en relación a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ejercicio de la función notarial. Por todo ello, será la legislación específica quien determine esta circunstancia, pero siempre teniendo en cuenta que las partes contratantes, cada una estará con un respectivo notario, para que éste realice su propia función, como es la del control de legalidad del documento, el asesoramiento, el juicio de identidad, el de capacidad, así como la legitimación.

En la Ley de Medidas ya citada se prevé la posibilidad de una deno-

minada formalización de negocios jurídicos a distancia en su artículo 111, que establece: “Por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y el procedimiento para la integración de las distintas declaraciones de voluntad en el negocio unitario, así como la plasmación del mismo en un único documento público”.

Se prevé la posibilidad, en efecto, de una contratación a distancia, y mientras que la regulación del documento público notarial electrónico se entienda aplicable en este momento exclusivamente a las copias de las matrices de las escrituras, el proceso será, por ejemplo, que un vendedor esté con un notario en una determinada localidad, y otro comprador esté con otro notario, por ejemplo a 700 kilómetros, en otra localidad. En este caso el vendedor realiza una oferta de venta plasmada en el documento público notarial, que redacta y autoriza el notario que se encuentra con él. Una vez que se redacta el documento en soporte papel, se remite una copia autorizada electrónica a la otra notaría, donde se encuentra el comprador, que a su vez otorga una escritura de aceptación de esa oferta, y en ese momento se produce la celebración del contrato por la conjunción de la oferta y de la aceptación. Se trata de una contratación a distancia en la que se han utilizado medios electrónicos o telemáticos, pero no en sí un contrato electrónico. No obstante, con la propia existencia y regulación normativa del documento público notarial en matriz, previsto en la Ley como ya dijimos, será posible esta contratación electrónica, pero siempre respetando la legislación específica, en este caso notarial, con la presencia física de las partes intervinientes, en diversos lugares, y ante distintos notarios. En este sentido, la citada Ley de Medidas establece también que hasta que los avances tecnológicos lo hagan posible, la referencia al documento público notarial electrónico lo será en relación a las copias autorizadas electrónicas, que también son documentos públicos notariales. En este sentido, por la citada Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se añadió una nueva disposición transitoria undécima a la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, con el siguiente contenido: “Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas, así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas”.

D) *El proceso de la contratación electrónica.*

Desde un punto de vista general, como hemos visto anteriormente, el contrato celebrado por vía electrónica debe tener los mismos requisitos para su validez que el celebrado en soporte papel, es decir, si concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. En ello no hay pues variación con respecto al sistema general. No obstante, y como consecuencia de la trasposición de la Directiva, y como ya hemos tenido ocasión de analizar al tratar el artículo 10 y el artículo 11 de esta Directiva de Comercio electrónico, se obliga a los Estados miembros a reflejar en sus leyes de trasposición lo correspondiente a unas cuestiones que sí se cree deben tenerse en cuenta al tratarse de contratos por vía electrónica; en este caso el medio produce o refleja una serie de requisitos considerados necesarios por razón del medio, que no por la esencia jurídica del contrato.

En este sentido, los artículos 27 y 28 de la Ley Española de Comercio electrónico, regulan respectivamente las denominadas obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación, y la información posterior a la celebración del contrato. Vuelvo a insistir en el carácter y justificación de estos artículos, que tienen un reflejo inmediato en los artículos 10 y 11 de la Directiva.

El artículo 27 impone una serie de obligaciones, previas al inicio del procedimiento de contratación, para el prestador de servicios de la Sociedad de la Información, que puede ser cualquier persona física o jurídica, que proporciona un servicio de la Sociedad de Información, y estas obligaciones son para los prestadores que realicen actividades de contratación electrónica, relativas a informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación sobre determinados extremos. En este sentido deberá informar sobre los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato. Asimismo, si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato, y si éste va a ser accesible, los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y por último la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

Como podemos apreciar, el medio electrónico requiere unas especificaciones de protección, ya que en la contratación por vía electrónica, al no haber presencia física de las partes, y en muchos casos al tratarse de una contratación muy rápida, que deja poco tiempo para reflexionar y pensar, es necesario que al menos unos requisitos básicos sean necesarios para que el contratante pueda mínimamente saber dónde se encuentra y si el medio es adecuado, así como todas las posibilidades técnicas que

puedan facilitar esta contratación y sobre todo poder rectificar determinados errores, que por la rapidez del medio se pueden cometer con gran facilidad.

El apartado 2 de este artículo 27 prevé la posibilidad de no existir las obligaciones antes vistas bien cuando ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o en el supuesto en que el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, siempre y cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

Estas exclusiones tienen sentido porque parten de una igualdad de las partes contratantes, basadas en el acuerdo de ambos y cuando ninguno tenga la consideración de consumidor, pues en estos casos no hay una parte especialmente objeto de protección, o en inferioridad de condiciones. El supuesto de exclusión relativo al intercambio de correo electrónico proviene de la propia Directiva y quizá tenga su justificación en que en este tipo de contratación electrónica, mediante intercambio de correo electrónico, esta contratación no es tan compulsiva; como anteriormente indicábamos, existe un diálogo contractual más reflexivo, menos inmediato, que deja tiempo para la reflexión de la oferta y, en su caso, de la aceptación, a diferencia de lo que ocurre con los procesos automáticos de contratación, o mediante máquinas.

Dentro de este conjunto de obligaciones, uno de los problemas que se planteaban es el período o el tiempo en que las ofertas se mantienen válidas, para comprometer al oferente. Este es un punto esencial para determinar la responsabilidad y las obligaciones que adquiere el oferente y dotan de mayor seguridad al sistema. La norma opta como principio general la validez de la oferta durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

Por último también se prevé en el apartado 4.º, del artículo 27, la posibilidad de que existan condiciones generales de contratación, y en estos supuestos, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario aquéllas, de manera que las mismas puedan ser almacenadas y reproducidas por el propio destinatario. En este caso hay que tener en cuenta el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica, con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. No cabe la menor duda que este Real Decreto, que ha sido bastante criticado por la doctrina, debe ser adaptado a esta nueva Ley en lo referente a la contratación electrónica, y de ahí que la disposición

final 5.^a de la Ley de Comercio Electrónico prevea la modificación del citado Real Decreto para adaptar su contenido a lo dispuesto en esta Ley, así como para facilitar la autorización real de los contratos electrónicos, conforme al mandato recogido en el artículo 9.1 de la Directiva de Comercio Electrónico.

El artículo 28 de la Ley de Comercio Electrónico regula la información posterior a la celebración del contrato, en clara conexión con el artículo 11 de la Directiva de Comercio Electrónico, que hace referencia a la realización de un contrato.

Como punto de partida hay que indicar que este artículo 28 está haciendo referencia a obligaciones por parte del oferente, pero posteriores a la celebración del contrato. Es decir, se entiende que el contrato ya se ha celebrado, y en principio debe desplegar todos sus efectos.

Existen dos formas por las que el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación, siendo la primera el envío de un acuse de recibo, por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación. Asimismo la confirmación, utilizando un medio equivalente en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, y siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. Como vemos, se intentan establecer procedimientos lo más fiables posible para que las partes contratantes puedan estar ciertamente seguras de lo que han realizado con anterioridad.

También en el artículo 28, para facilitar la prueba a estos efectos, se establece como principio general que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirija puedan tener constancia de ello. Para el supuesto en que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

De nuevo nos encontramos con presunciones que el legislador establece para facilitar en un momento dado lo que la Ley exige a cada una de las partes, facilitando esta circunstancia por el supuesto especial del medio electrónico que se utiliza, ya que uno de los problemas más importantes que se plantean en este medio de comunicación es el de determinar y constatar que el mensaje ha llegado y, más aún, que ha sido recibido, y en su caso abierto.

En el apartado 3.º de este artículo, al igual que ocurría en el apartado 2.º del artículo 27, se exime de la obligación de confirmación de la recepción de la aceptación en los supuestos en que ambos contratantes

así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o bien cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

E) *La Ley aplicable.*

El artículo 26 regula la Ley aplicable, o mejor, la determinación de esta Ley a los contratos electrónicos. Como principio general se establece una remisión a las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español, pero matizándose a continuación que deberá tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de la propia Ley de Comercio Electrónico, que fundamentalmente regula el ámbito de aplicación de la misma, en relación a los prestadores de servicios establecidos en España y a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo. Con ello se quiere indicar que habrá que tener en cuenta estos dos artículos, para tomar en consideración la Ley aplicable, teniendo en cuenta los principios de mercado interior regulados en la propia Directiva de Comercio Electrónico, ya que, no olvidemos que el principio general en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley de Comercio Electrónico, es aplicar la Ley donde esté establecido el prestador de servicios, pero teniendo en cuenta, como hace la propia Directiva, un conjunto de excepciones a esta regla general, entre otras, en las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores por el carácter especialmente tuitivo de esta regulación, así como la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles; si éstos se encuentran situados en España, se aplicarán, para los requisitos formales de validez y eficacia, los establecidos en el ordenamiento jurídico español, aunque el prestador de servicios de la Sociedad de Información esté establecido en otro Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo, y el destinatario de los servicios radique en España. Esta cuestión es, desde un punto de vista más general, uno de los puntos esenciales tanto de la Directiva de Comercio Electrónico como la de la Ley española de Comercio Electrónico.

F) *La prueba.*

El artículo 24 regula la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica, partiendo de una consideración general al sujetarse a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en

la legislación sobre firma electrónica. Como podemos apreciar, se ha querido evitar, y creo que con acierto, cualquier intento de regular de manera distinta este aspecto de la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica. No cabe la menor duda que la remisión que se hace también a la legislación sobre firma electrónica tiene su razón de ser en el propio medio o soporte realizado, ya que si por alguien se impugnara, por ejemplo, que un documento en el que conste el negocio electrónicamente, y por lo tanto firmado electrónicamente, indico, se impugne un determinado tipo de firma, la avanzada o la reconocida, habrá que establecer un procedimiento que regule esa impugnación, ya que de resultados de dicha impugnación claramente puede quedar afectada la existencia o no del contrato, y por lo tanto con una gran influencia en lo relativo a la prueba de celebración. En este sentido, la reciente Ley de Firma Electrónica, en su artículo 3, prevé estos supuestos, además de consagrar de manera inequívoca la existencia del documento electrónico como tal.

El apartado 2 de este artículo 24 establece un principio que no está en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que además en la vigente Ley de Firma Electrónica ha sido elevado a una categoría general, ya que se refiere, no solamente a los documentos electrónicos, donde esté incorporado un contrato, sino en general a todo tipo de documentos. Por ello el legislador indica que el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental, aplicándose las normas generales que la Ley de Enjuiciamiento Civil determina, según se trate de un documento privado o público electrónico. No se trata, como ya he defendido en otras ocasiones, de una simple prueba determinada por las reglas de la sana crítica y de apreciación por los Tribunales, sino una auténtica prueba documental, superando así los límites en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba la prueba para los instrumentos electrónicos. No obstante, no debe confundirse, y la Ley de Firma Electrónica, en su artículo 3, lo deja bien claro, el continente con el contenido. El soporte electrónico por sí solo no tiene ninguna categoría documental, como tampoco la tiene el soporte en papel que esté en blanco sin ningún contenido y sin firma. El documento electrónico es todo un conjunto de su soporte, de lo que él contiene y de la firma que determina la autoría, y por ello existirán documentos públicos electrónicos y documentos privados electrónicos, y la diferenciación de uno y de otro se establece, como en el soporte papel, dependiendo de su autor y de los requisitos que establece la Ley para unos y para otros, y el mismo valor y efectos tendrá un documento privado electrónico que un documento privado en soporte papel, con una consideración especial: sólo el documento privado electrónico con firma electrónica reconocida tendrá el mismo valor que el documento privado en soporte papel con firma ma-

nuscrita, por el principio de equivalencia funcional, consagrado en la Directiva de firma electrónica y en la reciente Ley Española de Firma Electrónica.

G) *El lugar de celebración.*

El artículo 29 trata la cuestión del lugar de celebración del contrato, punto este esencial, entre otros aspectos, para poder ser indicativo de la Ley aplicable.

Como luego tendremos ocasión de analizar en el artículo 1.262 del Código Civil y el artículo 54, que tratan de la contratación entre ausentes, se establece en dichos preceptos que el contrato en esos casos se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Éste es el principio general en materia contractual, pero como especialidad en la contratación por vía electrónica, para los supuestos en que intervenga como parte un consumidor, en estos casos se presumirá celebrado el contrato en el lugar en que el consumidor tenga su residencia habitual. Para el supuesto de que el contrato electrónico se celebre entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirá celebrado el contrato en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

En la discusión de los distintos borradores esta cuestión fue debatida, sobre todo porque tenía conexión con las reglas generales de la contratación a distancia, pero se optó por el principio que la propia Directiva marcaba en materia de obligaciones contractuales con los consumidores, donde el principio de mercado interior quedaba apartado frente al principio de aplicación de la Ley de donde el consumidor tuviese su residencia.

De esta manera se establecían unas reglas especiales para el lugar de celebración, distintas a las contenidas en los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, por razón de las especiales características de la contratación electrónica, pero, en cambio, como veremos a continuación, se aplicarían las reglas generales del Código Civil y el de Comercio, en cuanto al momento de celebración del contrato, introduciendo al efecto las modificaciones necesarias en estos textos.

No cabe la menor duda que el lugar de celebración del contrato es una cuestión esencial para determinar la Ley aplicable en relación a la forma de ciertos contratos con arreglo al artículo 9.1 del Convenio de Roma, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como también para la determinación de la Ley aplicable tanto a la forma como al fondo de los contratos en derecho interregional, además de sus consecuencias en sede procesal y penal.

En el dictamen emitido por el Consejo de Estado, con fecha 17 de enero del 2002, se trató esta cuestión, en íntima relación con lo que es tratado

en el apartado siguiente sobre el momento de celebración del contrato. El Consejo de Estado, después de repasar algunas normas de Derecho Internacional sobre esta materia, como el artículo 9.1 del Convenio de Roma, así como el artículo 10.5 del Código Civil, en conexión con el artículo 16 del mismo Código, y desde el punto de vista procesal, el Reglamento 44/2001/CE del Consejo, del 22 de noviembre del 2000, y del propio análisis de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), aprobada por resolución 51/162, de 16 de diciembre de 1996, de la Asamblea General de Naciones Unidas, dice textualmente que “para solucionar este problema caben en principio dos soluciones: o bien complementar el artículo 1.262 del Código Civil con una norma de contenido análogo al del artículo 15.4 de la citada Ley Modelo, que aclare dónde se entiende hecha la oferta (con arreglo a la citada Ley, en el lugar donde el oferente tenga su establecimiento), o bien utilizar para los contratos electrónicos un punto de conexión diferente. Esta última es la opción elegida en el artículo 30 del anteproyecto, que considera celebrados los contratos electrónicos en el lugar en que el consumidor que en su caso intervenga tenga su residencia habitual, o en su defecto en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios. El precepto proyectado persigue favorecer a la parte más débil en los contratos celebrados entre prestadores de servicios y consumidores y permitir la localización de todos los contratos del prestador de servicios en un solo lugar en los contratos celebrados entre empresarios o profesionales”.

Como hemos visto anteriormente, la dicción del anteproyecto, en su artículo 30, tuvo un contenido en mi opinión más claro en el nuevo artículo 29, distinguiendo de una parte en los contratos con consumidores y de otra los contratos celebrados entre profesionales o empresarios. Hay que tener en cuenta, y en eso compartimos la opinión del Consejo de Estado, que en la contratación electrónica el presumir celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta resulta ciertamente problemática desde un punto de vista práctico, ya que, como indica el Consejo de Estado, el lugar en el que el mensaje de datos que incorpora la oferta es confeccionado es escasamente relevante y resulta difícil de determinar, ya que puede hacerse desde cualquier ordenador.

H) *Momento de celebración del contrato. La contratación entre ausentes.*

Uno de los puntos más debatidos en las diferentes comisiones de trabajo de redacción del anteproyecto era el de determinar la necesidad o no de establecer un régimen especial para la contratación electrónica en lo relativo a la fijación del momento de celebración del contrato. No sola-

mente el debate se centra en esa regulación especial o no, sino en definitiva en cómo se iba a hacer.

La Comisión General de Codificación elaboró un borrador de anteproyecto de ley de comercio electrónico, y en concreto en esta materia propuso la modificación de los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, que están haciendo referencia a la contratación a distancia.

No cabe la menor duda, y así lo hemos defendido, que los contratos celebrados electrónicamente son auténticos contratos celebrados a distancia, y por lo tanto se les debía aplicar el régimen de éstos, pero se consideró que debería de haber por una parte una unificación en materia civil y mercantil, en estos contratos a distancia, y de otro lado alguna especificación más en la que pudieran estar acogidos los contratos celebrados por vía electrónica, aunque no se nombraran como tales en los dos artículos citados.

La propuesta de la Comisión General de Codificación, asumida y defendida por el Ministerio de Justicia en todos los informes y reuniones, consistía de un lado en establecer un mismo régimen para los contratos a distancia en materia civil y mercantil, aplicándose la regla del conocimiento de la aceptación, a diferencia de lo que estaba regulado, ya que, para los contratos a distancia, en el Código Civil la regla era efectivamente la teoría del conocimiento de la aceptación, mientras que para el Código de Comercio la regla era la teoría de la emisión de la aceptación, en uno y otro supuesto para determinar cuándo hay consentimiento, y por lo tanto para establecer el momento de celebración del contrato. Entre otros, por parte del Ministerio de Economía y de Ciencia y Tecnología, se consideró que por la propia dinámica de la contratación electrónica y por sus características especiales, relativas sobre todo al proceso de formación del contrato, y por la propia manera de contratar, la regla debería ser aplicar la teoría de la emisión de la aceptación para entender cerrado el contrato. En el Ministerio de Justicia, defendiendo el texto de la Comisión General de Codificación, se pensó que la teoría del conocimiento de la aceptación por el oferente era más segura, sobre todo por la propia problemática que plantea la contratación electrónica, por su mayor rapidez, agilidad, y porque era necesario fijar un criterio lo más seguro posible para evitar considerar celebrados contratos que en realidad no lo estaban. En el texto defendido por el Ministerio de Justicia se dice que en estos contratos a distancia hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. Es esta última parte la que se introduce como novedosa en el 1.262 del Código Civil, y que está pensando específicamente en los contratos celebrados por vía electrónica, ya que puede ocu-

rrir que el aceptante haya remitido la aceptación al oferente por medios electrónicos, haya llegado a su servidor, esté accesible ese mensaje en su ordenador y el oferente no quiera abrirlo. En este caso, por razones de seguridad y de mínima coherencia, se debe entender que el oferente conoce la aceptación, y si no la conoce no es por culpa o por falta de diligencia del aceptante, sino por la mala fe del oferente. En este caso se entiende que hay consentimiento y que por lo tanto se ha celebrado el contrato, ya que lo que ha hecho el oferente es ignorar esa aceptación, o el conocimiento de la aceptación, faltando a la buena fe. Esta es la interpretación que yo entiendo se debe dar a esta nueva inclusión.

En el texto que por fin se aprobó como anteproyecto, y después como proyecto, y definitivamente como ley, se recoge la tesis de la Comisión General de Codificación y del Ministerio de Justicia, con la salvedad de que se introduce un nuevo párrafo al propuesto por Justicia y que proviene del dictamen del Consejo de Estado, que da su visto bueno a la redacción del 1.262 del Código Civil y del 54 del Código de Comercio, pero que cree conveniente hacer una especificación concreta para algunos tipos de contratos electrónicos, en los que intervienen dispositivos automáticos para su celebración. El párrafo que se introduce es el siguiente: "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

He hecho mención al Dictamen del Consejo de Estado partiendo de la premisa que el propio Consejo de Estado acepta la tesis del Ministerio de Justicia y de la Comisión General de Codificación, a los efectos de modificar los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, pero haciendo la matización de los dispositivos automáticos. Como dijimos, el Ministerio de Ciencia y Tecnología consideraba que la teoría de la emisión, que es la que establecía el Código de Comercio, se consideraba más apropiada para la contratación electrónica, no sólo por la inmediatez de esta modalidad de contratación, sino porque se estimaba por ese Ministerio que la mayor parte de la contratación que se iba a llevar a cabo por internet sería de tipo mercantil. Otro argumento a favor de la teoría de la emisión por parte de Ciencia y Tecnología es que esta teoría era más beneficiosa para el consumidor que la teoría de la recepción, puesto que el consumidor puede estar seguro de la celebración del contrato desde que remite su aceptación al oferente, pudiendo despreocuparse de posibles fallos en la conexión que retrasen la recepción de su comunicación y cerrando el paso a maniobras fraudulentas del oferente para alterar los registros de la fecha de entrada de dicho mensaje en su servidor. Como ya hemos indicado, el Ministerio de Justicia indicó en variadas ocasiones que es necesario eliminar diferencias entre el régimen jurídico de los contratos civiles y mercantiles y solucionar todo el tema de una vez

en relación también a los contratos electrónicos, que son contratos entre ausentes.

Siendo pues favorable el Consejo de Estado a esta postura unificadora, y a modificar el Código Civil y el Código de Comercio, no obstante realiza una matización específica, para un tipo de contratos electrónicos, y para este tipo de contratos electrónicos acepta la teoría de la emisión, que era la solución que se había establecido en el artículo 29 del anteproyecto cuando llega al Consejo de Estado. A este respecto, el Consejo de Estado establece: “A juicio del Consejo de Estado, la solución adoptada en el artículo 29 del anteproyecto resulta idónea en los supuestos de contratación automática, incluida la contratación electrónica. La inmediatez es característica de estas formas de contratación y resultaría sin duda contrario a la buena fe que quien instala, en condiciones de funcionamiento, un mecanismo automático de contratación pretendiera supeditar el perfeccionamiento del contrato o la prestación del consentimiento al momento en que tenga conocimiento efectivo de las aceptaciones formuladas por sus clientes. En cuanto a la contratación electrónica por otros medios no automáticos, como por ejemplo el correo electrónico, debe tenerse presente que la aceptación es una declaración recepticia, lo que aconseja anudar en principio la producción de sus efectos a su conocimiento por el destinatario. Sin perjuicio de ello, cuando por circunstancias imputables al oferente éste no conoce la aceptación (por ejemplo, porque pese a estar disponible el mensaje en el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de correo electrónico asociada al destinatario, o por haber designado a estos efectos una dirección de correo equivocada, el mensaje no ha sido descargado o leído por él), tampoco podrá alegar ignorancia sin faltar a la buena fe... Con arreglo a este criterio, desde que quede almacenado el mensaje de correo electrónico a disposición del oferente, en el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de éste, podría entenderse recibido el pedido y perfeccionado el consentimiento. La solución empleada en el artículo 29 proyectado se basa en cambio en la protección del aceptante. No obstante, no debe olvidarse que el oferente no siempre coincidirá con el prestador de servicios de la Sociedad de la Información, ni siquiera en los supuestos de contratación automática. Resultaría fácil eludir la finalidad tuitiva del precepto proyectado mediante el empleo de la técnica de la *invitatio ad offerendum*: el prestador realiza tan sólo una invitación a formular ofertas dirigidas al consumidor, que sólo cuando sean aceptadas por aquél darán lugar a la formación del consentimiento. En este caso, una norma pensada para tutelar al destinatario del servicio puede acabar convirtiéndose en perjudicial para él... a juicio del Consejo de Estado resulta conveniente aceptar la sugerencia formulada por el Ministerio de Justicia y por la Comisión General de Codificación...

Si se desea, en aras de una mayor seguridad jurídica, establecer un criterio que sea más fácilmente aplicable al comercio electrónico, cabría añadir, al final del párrafo transcrito, la siguiente oración: «En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación»”.

Como hemos comprobado, la idea del Consejo de Estado era clara sobre la materia, y la introducción que se hizo en el texto relativa a los contratos celebrados por dispositivos automáticos fue una simple sugerencia, con un criterio muy condicional y sin que en ningún caso fuera una cuestión esencial de la que el Consejo de Estado hiciese una batalla especial.

La sugerencia del Consejo de Estado fue rápidamente captada y asumida por aquellos que abogaban por la teoría de la emisión de la aceptación y, al ser ya un momento final de la discusión del texto como solución intermedia, se introdujo este párrafo. En definitiva, se crea una norma específica para un tipo de contratos celebrados por vía electrónica, y a los que hicimos mención en otro apartado de este trabajo, es decir, en aquellos que no existe un auténtico diálogo contractual, sino más bien un diálogo entre un aceptante y una máquina, que es la oferente, a través de una página *web*, en la que se le indican al aceptante los pasos que debe seguir según vayan apareciendo unos u otros iconos en la pantalla.

Por ello se volvió a insistir sobre el tema, ya que después de haberse aceptado el texto de Justicia, sobre la teoría del conocimiento, al analizarse el dictamen del Consejo de Estado, se introduce en el texto la sugerencia de éste.

Acertadamente, el último texto propuesto acepta modificar la teoría del conocimiento en cuanto al momento de celebración de los contratos, e incluso de los contratos electrónicos, con la nueva redacción de los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, en el sentido que se había propuesto por el Ministerio de Justicia y por la Comisión General de Codificación.

No obstante, como se ha dicho anteriormente, se introdujo dicho nuevo párrafo en dichos artículos, no propuesto por el Ministerio de Justicia y sugerido por el dictamen del Consejo de Estado. Lo que ocurre es que con la redacción introducida se puede correr el peligro que se comprendan en ese párrafo todos los contratos celebrados por vía electrónica y, si eso fuera así, estaría otra vez la teoría de la emisión de la aceptación, ya que este último párrafo establece que “en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”. El concepto de dispositivo automático es un concepto no jurídico ciertamente indeterminado y en un sentido laxo se puede entender que con la utilización de las nuevas tecnologías hay automatismo por la rapidez de las comunicaciones, y ello puede dejar una puerta abier-

ta que interprete que este último párrafo introducido pueda ser aplicable a la contratación por vía electrónica en todos los supuestos y no sólo en determinados supuestos.

Por otra parte, con la redacción que existe del párrafo segundo del artículo 1.262 del CC, se engloban todos los contratos a distancia, entre ausentes, pero también específicamente la contratación electrónica, ya que se dice que “hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”. Este último inciso está cubriendo aquellos supuestos de la contratación electrónica donde el aceptante emite su aceptación, ésta llega al servidor y al equipo del oferente y, si este mensaje es accesible, el oferente no podrá escudarse en que no lo ha recibido, sin faltar a su buena fe, ya que estaba accesible y ha sido él voluntariamente el que no lo ha querido abrir. Por ello, con ese párrafo, se cubre también la contratación electrónica, párrafo que está ya recogido en la disposición adicional 4.^a del borrador del Proyecto de Ley.

Por todo lo anterior, el último párrafo que hemos comentado, que se introduce por el Consejo de Estado, es un arma de doble filo, que quizá pueda hacer referencia a unos tipos de mecanismos técnicos donde se produce automáticamente el proceso de contratación, pero en supuestos muy especiales que no deben generalizarse a toda la contratación por vía electrónica, que requiere unos requisitos de seguridad importantes. Porque realmente, si se hiciera una interpretación estricta del término automático, quizá no habría problema, pero ni por la propia expresión del texto ni por el contenido puede haber seguridad de lo que se quiera decir por dispositivo automático, produce una gran inseguridad y una escasa profundidad en la terminología jurídica”.

A mí particularmente no me gustó esta introducción del nuevo párrafo, pero por las circunstancias de última hora y las sugerencias del Consejo de Estado, al final fueron aceptadas en aras de sacar un texto en la etapa final de los trabajos.

Acertadamente el último texto propuesto acepta modificar la teoría del conocimiento en cuanto al momento de celebración de los contratos, e incluso de los contratos electrónicos, con la nueva redacción de los artículos 1.262 del CC y 54 del Código de Comercio, en el sentido que se había propuesto por el Ministerio de Justicia y por la Comisión General de Codificación.

No obstante, se ha introducido un nuevo párrafo en dichos artículos, no propuesto por el Ministerio de Justicia y sugerido por el dictamen del Consejo del Estado. Lo que ocurre es que, con la redacción introducida, se puede correr el peligro que se comprendan en ese párrafo todos los contratos celebrados por vía electrónica y, si eso fuera así, estaría otra vez la

teoría de la emisión de la aceptación, ya que este último párrafo establece que “en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”. El concepto de dispositivo automático es un concepto no jurídico ciertamente indeterminado y en un sentido laxo se puede entender que con la utilización de las nuevas tecnologías hay automatismo por la rapidez de las comunicaciones, y ello puede dejar una puerta abierta que interprete que este último párrafo introducido pueda ser aplicable a la contratación por vía electrónica en todos y no sólo en determinados supuestos.

Como resumen de todo el proceso, baste decir que en todas las discusiones las posturas eran discrepantes en esta materia; por ello, en uno de los informes remitidos por Justicia, se pretendía llegar a un consenso posible, incluso incluyendo algún nuevo apartado que aclarara el problema, sobre todo en relación a los contratos electrónicos. Por ello se indicaba lo siguiente: “La diferencia básica en la cuestión del momento de celebración del contrato electrónico entre el texto defendido por Justicia frente al defendido por Ciencia y Tecnología es que, en Ciencia y Tecnología, se establece la teoría de la emisión, es decir, desde el momento en que se emite o se envía la aceptación se entiende celebrado el contrato.

La propuesta del Ministerio de Justicia radica en modificar los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio con carácter general para la contratación a distancia o cuando se hallen en locales distintos los contratantes. En este caso se ha propuesto el momento de perfección o celebración del contrato, cuando el oferente conoce la aceptación con criterio general, pero también en la modificación propuesta se utiliza el criterio de la buena fe, y se está pensando en la contratación electrónica, ya que en la modificación propuesta se dice “cuando tenga conocimiento de la aceptación el oferente, o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”. Con esta redacción se pretendía eludir alguno de los problemas de la contratación electrónica que da la simple teoría de la emisión, ya que el aceptante puede haber emitido su aceptación, pero en cambio queda en el aire el conocimiento efectivo por parte del oferente. Por ejemplo, una persona oferta la venta de varias toneladas de un producto perecedero y se envía la aceptación por el aceptante, pero no sabemos si el oferente la ha recibido o no, y por la teoría pura de la emisión quedaría ya comprometido el ofertante, con los perjuicios que de ello se pueda derivar. Por ello, en el texto de Justicia, modificando el Código Civil, se utiliza la teoría del conocimiento, pero matizándola, ya que se dice que se entiende celebrado el contrato cuando haya remitido el aceptante su aceptación, no pudiendo ignorarla el oferente sin faltar a la buena fe. Ello significaría en la contratación electró-

nica, por ejemplo, que si el aceptante ha remitido por correo electrónico su aceptación, el oferente no puede ignorarla si ya está en su servidor y además está accesible para poder leer el mensaje. Con ello dotamos de mayor seguridad a la contratación electrónica.

Ciertamente el texto de Ciencia y Tecnología establece una obligación por parte del oferente a acusar recibo, pero esa es una obligación posterior a la celebración del contrato, lo que significa que el contrato ya se ha celebrado con la simple emisión de la aceptación, ya que se trata de una obligación posterior, obligación que ni siquiera existe en los contratos que se celebren con no consumidores.

Por todo ello, manteniendo la redacción del 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio en el proyecto de Ley de Comercio Electrónico, se podría introducir un párrafo que aclarara en la contratación electrónica lo que debe entenderse por buena fe, y podría quedar de la siguiente manera:

“En los contratos celebrados por vía electrónica, en relación con lo establecido en los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, se entenderá que no existe buena fe cuando el oferente ignora la aceptación remitida, una vez que ha llegado a su servidor (su equipo informático) y está accesible.”

Con ello se pueden acercar las posturas de ambos Ministerios, ya que no olvidemos que en la contratación electrónica el problema básico es que las dos partes conozcan las declaraciones de voluntad para entender perfeccionado y celebrado el contrato, ya que la teoría de la emisión pura y la del conocimiento puro inclinan la balanza a una de las partes; con la propuesta, aunque se utiliza la teoría del conocimiento, ésta se matiza y se suaviza en la contratación electrónica.

El texto definitivo aprobado en la Ley, y que hemos analizado en las diferentes fases de su elaboración, es el siguiente:

Disposición adicional cuarta. Modificación de los Códigos Civil y de Comercio.

Uno. Se modifica el artículo 1.262 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente manera:

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

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la

buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación."

Dos. Se modifica el artículo 54 del Código de Comercio, que queda redactado de la siguiente manera:

"Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación."

D) Intervención de terceros de confianza.

Una de las cuestiones que siempre me han preocupado en la materia del comercio electrónico, en general, es la incardinación y adaptación a nuestro sistema jurídico de la figura del tercero de confianza, y sobre todo la errónea interpretación que a veces se le ha querido dar, sobre todo porque se quiere importar una figura creada fundamentalmente en el Derecho anglosajón, o el Derecho americano, que es donde surge la esencia del comercio electrónico. Se crea esa figura en estos sistemas porque desconocen la existencia de otras figuras en el Derecho continental romano-latino, que ya están inventadas hace mucho tiempo, y esa necesidad surge porque es necesario establecer algún mecanismo de control y de seguridad en el comercio y en la contratación electrónica. Más aún, mi preocupación ha sido la de querer confundir, o mejor dicho, equiparar o dotar de especiales efectos a esa intervención del denominado tercero de confianza con la de determinados funcionarios públicos que por Ley tienen encomendadas determinadas funciones, y que con su intervención y autorización el ordenamiento dota de especiales efectos a las mismas, como en el caso de los notarios.

Para poder dar una contestación adecuada, a la hora de establecer la necesidad o no de la inclusión de la figura de los terceros confiables o los *Trusted Third Party*, es necesario analizar el marco jurídico en el que surge el comercio electrónico, así como los mecanismos e instrumentos utilizados en determinados países, con sistemas jurídicos muy diferentes de los existentes en los países de sistemas latinos-romanos continentales. El comercio electrónico surge en Estados Unidos, y es por ello que desde un

primer momento se establecen las primeras leyes sobre el comercio electrónico en varios Estados. En este sistema el documento informativo ideado, como se ha indicado, no puede funcionar por sí mismo de manera autónoma y necesita de organismos en los que apoyarse y así surgió la Asociación Norteamericana de Abogados, el llamado Proyecto Cyber Notario, resultando necesario en todo el esquema un tercero de confianza de las partes (*Trusted Third Party*, TTP), tercero en cuanto a las partes y también respecto del proveedor del servicio. Pero en algún punto más que de un tercero se le llama y denomina Autoridad de Certificación, con la misión de emitir certificaciones de distinto contenido y amplitud, incluso a veces se ha pretendido la extensión del certificado a datos de relevancia económica, como pueda ser la información sobre la solvencia de las partes o de alguna de ellas.

Esa Autoridad de Certificación debe tener un encaje en el sistema, y así los americanos y en especial la ABA, la *American Bar Association*, se dieron enseguida cuenta de la insuficiencia de sus mal llamados notarios, para llenar este cometido; en Norteamérica no existe un sistema notarial, sino un sistema documental, de documento privado, al que puede o debe añadirse una diligencia de reconocimiento, por el que la persona que ha firmado un documento declara ante un oficial autorizado que la firma es suya y que lo ha firmado libremente; este oficial autorizado, generalmente un *Notary Public*, identifica al reconocedor y firma y sella la diligencia; sólo se exigen dos requisitos: honorabilidad y no saber Derecho. Por ello, y debido a las propias insuficiencias del sistema jurídico norteamericano, la citada ABA inició un proyecto conocido como *Cyber Notario*, queriendo introducir en Estados Unidos la figura de un profesional que por un lado estuviese dotado del poder de certificación que en la actualidad, por parte de cada Estado, se otorga al *Public Notary* y por el otro estuviese dotado de la cultura jurídica propia de un abogado que ha aprobado los exámenes de admisión y que además realizara los cursos de actualización. Tanto es así que en la propia ABA se creó una nueva sección y especialidad, la del *Cybernotary* y, surgiendo y desarrollándose esta idea en los diversos Estados de Norteamérica, incluso cuando no ha habido legislación al respecto, se ha acudido al propio acuerdo de las partes; aunque esta idea fue complicándose, ya que este sujeto, para ser de la confianza del usuario, tiene que ser elegido libremente por éste. Y tarde o temprano tendrá que conexionarse con otras autoridades de certificación a fin de expedir certificaciones cruzadas hasta llegar a certificación en cadena.

En definitiva, cuando se habla de este tercero de confianza en el sistema notarial latino debe llegarse a la conclusión de que ese tercero de confianza entre las partes contratantes, sobre todo a la hora de dar segu-

ridad jurídica a la contratación electrónica de carácter privado, pues la de carácter público exige la intervención de un notario conforme a nuestra legislación notarial, civil, etc., requiere una contestación adecuada dentro de nuestro marco.

En el sistema español, y en general en el latino-romano continental, la figura está inventada y tiene su regulación en la Ley del Notariado, en el Reglamento Notarial, en el Código Civil y en las Leyes Especiales, que regulan la materia. El fedatario público, sometido como funcionario y también como profesional a una responsabilidad civil, penal y administrativa. Asimismo se regulan en la legislación española las características de esa función de la fe pública, las características de las declaraciones y juicios vertidos por el notario, con el sistema de presunciones, así como la eficacia de la fecha, de los documentos, bien autorizados por él en su total contenido o bien protocolizados e incorporados al protocolo público, con la fehaciencia de la fecha, como establecen los artículos 1.216 y siguientes y 1.225 y siguientes del Código Civil. El sistema está pues inventado, y si se quiere inventar un sistema diferente habría que hacer una nueva Ley del Notario Cibernético, copiando el sistema norteamericano, que, como no tenía otra cosa, tuvo que inventar esa figura, pero en nuestro caso parecería absurdo y poco presentable políticamente el esforzarse en hacer una nueva Ley creando una nueva figura a la que se otorgaran determinadas facultades, haciendo y produciendo efectos los documentos en los que interviniera de una o de otra manera. Ello parece ciertamente poco presentable e inadecuado.

El notario, fedatario público, ha cumplido en el documento privado esas funciones que ahora se quieren dar para los llamados terceros de confianza, a través de la protocolización del documento privado, y debido a que las firmas electrónicas no ofrecen total garantía en el tiempo, por la, entre otras, ruptura de claves; no sería mala idea el que, una vez que se realizara el contrato privado en su soporte informático, se llevara al fedatario público para que lo trasladara al papel y lo incorporara a un protocolo. En ese momento se constataría que se ha recibido en una determinada fecha a tal hora, que se han comprobado las firmas electrónicas de los contratantes, y que una vez realizado esto como se ha indicado, aparte de poder existir un protocolo o archivo informático, también el pasarlo a soporte papel por razón de la seguridad. Por supuesto estaría incluido el servicio del *Time Stamping*. Servicio éste que han prestado los fedatarios públicos desde sus orígenes en la contratación en soporte papel.

Una solución al tema la tenemos también, desde el punto de vista legislativo, en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en concreto en el artículo 114.2, donde

tiene perfecto encuadramiento lo que se ha comentado anteriormente, en el sentido de las comunicaciones electrónicas recibidas y las que se envíen a través de notario, pudiendo ser almacenadas en soporte informático.

Por todo ello debe recapacitarse seriamente y en profundidad sobre lo que queremos importar, cuando lo que importamos es de peor calidad, y sobre todo cuando lo importado es una invención de sistemas jurídicos como el norteamericano o anglosajón en general, que no poseen el sistema jurídico español romano-continental, con la existencia de los fedatarios públicos, con el papel asignado por el Estado y con el reconocimiento y eficacia de sus intervenciones, así como todo el sistema de responsabilidades civiles, penales y administrativas. Otra cuestión, y eso es también tema de estudio y reflexión, es el adaptar la legislación sectorial sobre esta materia, aplicando las nuevas tecnologías.

Esta preocupación fue transmitida en todo momento, y creo que se recoge de manera adecuada en el artículo 25.

Lo que el artículo 25 dispone como principio general es que las partes contratantes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que se consignen la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. Ello es una consecuencia lógica del medio y del soporte utilizado, a los efectos de esa conservación en soporte electrónico, sobre todo cara a un futuro posterior, cuando puedan surgir problemas entre las partes contratantes; pero ese archivo no tendrá más efectos que los propios que se pudieran dar, cuando las partes contratantes en soporte papel encomendaran la custodia de un contrato a un tercero. Y esa custodia podrá tener distintas finalidades, pero nunca producir efectos especiales en cuanto a la autenticidad de la fecha de su fehaciencia, así como si el proceso contractual y las declaraciones de voluntad han sido o no libremente consentidas. La Ley prevé que este tercero, como obligación, deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado, teniendo en cuenta que en ningún caso será inferior a cinco años.

Como consecuencia de lo que antes indiqué, el artículo 25 establece, para no dejar lugar a dudas, que: “La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho para dar fe pública”. Está haciendo clara referencia a la función notarial, a la función de los notarios, y es que además es lógico, ya que el tercero de confianza dotado de fe pública y que actúa por delegación de la soberanía del Estado es el notario, desde hace muchos años, y además con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se regula el conjunto y abanico de posibilidades para la aplicación de las nuevas tec-

nologías a la función notarial, y perfectamente encajaría la constatación de que un mensaje electrónico ha sido enviado, en qué día y en qué hora, y el notario podría constatarlo, con los efectos que esa constatación notarial tiene determinados en el ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 114, apartado 2, de la citada Ley de Medidas, tiene una aplicación directa para estos supuestos, así como para el archivo informático correspondiente.

4. Una breve remisión a la Ley de Comercio Electrónico de UNCITRAL.

Ya hemos hecho referencia en otro momento a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996.

En mi opinión, esta Ley Modelo es bastante positiva, y no cabe duda que directa o indirectamente tiene una influencia en legislaciones de muchos Estados, a las que sirve de inspiración, ya que aporta soluciones muy meditadas y pensadas, debido al proceso de formación de este tipo de Ley Modelo de UNCITRAL, de la misma manera que ha ocurrido con respecto a la Ley Modelo sobre Firma Electrónica.

El objeto de este epígrafe es el acudir a una serie de puntos, tratados en la Ley Modelo y que ciertamente en mayor o menor medida en algunos casos pueden haber servido de inspiración en nuestra Ley de Transposición, o en otros casos ver cuál es la solución que se da a algunas cuestiones puntuales, teniendo en cuenta que esta Ley Modelo va dirigida a muchos países con diversidad de ordenamientos, sistemas y concepciones jurídicas diferentes.

El artículo 6, apartado 1, de la Ley Modelo, intenta resolver el problema de pasar de las redacciones establecidas en las normas, para adaptarlas a las nuevas tecnologías, en definitiva, a nuevos soportes, y en este sentido establece que: "Cuando la Ley requiera que la información conste por escrito ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta". Hay que tener en cuenta que el concepto de mensaje de datos entendido en la Ley Modelo es bastante amplio, ya que en el artículo 2, letra a), lo define como la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, y por su parte la letra b) de este mismo artículo define el intercambio electrónico de datos (EDI) como la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando es-

estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.

El capítulo 3.º de la Ley hace referencia a la comunicación de los mensajes de datos, regulando la formación y validez de los contratos, el reconocimiento por las partes de dichos mensajes de datos, la atribución de éstos, el acuse de recibo y por último el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos.

Como puntos especialmente curiosos están los relativos al artículo 11, sobre formación y validez de los contratos, partiendo de un principio de validez de los contratos por medio del mensaje de datos, pero existiendo la posibilidad de que las partes especifiquen lo contrario. En este sentido establece en su apartado 1, que: “En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”; por otra parte, y en conexión con la Directiva de Comercio Electrónico y con nuestra Ley de Trasposición, sobre el tiempo y lugar del envío y la recepción de la oferta y de la aceptación, el artículo 15 establece:

“1) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.

2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

- a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:
 - i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o
 - ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos.
- b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

3) El párrafo 2) será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje, conforme al párrafo 4).

4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

- a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal.
- b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual...”

Como podemos apreciar, la Ley Modelo, en este artículo 15, trata cuestiones tan esenciales como el lugar donde el mensaje de datos se tiene por expedido, así como el momento en que se entiende recibido el mensaje de datos. Esta terminología es diferente a la de una legislación interna, de un país determinado, ya que no puede descender ciertamente a la palabra, momento de celebración o lugar de celebración de un contrato, pero en el fondo eso es lo que está planteando el artículo 15.

El artículo 14 hace referencia al acuse de recibo y establece todo un procedimiento para establecer el mismo entre la persona que inicia el envío de un mensaje de datos, así como el destinatario del mismo, regulándose las distintas posibilidades según haya habido acuerdo o no entre ambas partes sobre este acuse de recibo. Del mismo modo, el artículo 9, sobre la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, parte del principio general de que no será óbice para no admitir como prueba a un mensaje de datos, teniendo la información presentada en forma de mensaje de datos la debida fuerza probatoria. Un aspecto muy importante y que creo que debería haberse ajustado mejor en nuestras leyes de trasposición es que, al valorar la fuerza probatoria, dice la Ley Modelo en este artículo 9, párrafo 2.º, de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Para finalizar, citar simplemente el artículo 10, relativo a la conservación de los mensajes de datos, en definitiva, uno de los problemas más importantes en las nuevas tecnologías, es decir, el archivo electrónico, su perdurabilidad en el tiempo y su accesibilidad y consulta.

**LOS ACTUALES
ARTÍCULOS 831 Y 1.056-2.º
DEL CÓDIGO CIVIL.
APLICACIONES PRÁCTICAS
ANTE EL SISTEMA DE LEGÍTIMAS**

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

SUMARIO: **A)** PREÁMBULO EN SEDE DE LEGÍTIMAS. **B)** EL ARTÍCULO 831. SU FINALIDAD. **I.** Lo acaecido en 1975. **II.** El retoque legal de 1981. **1.** *Lo que puede hacer el fiduciario.* **2.** *Fiduciario usufructuario universal. La administración de la herencia.* **3.** *El artículo 831 y la intangibilidad legitimaria.* **C)** EL ACTUAL ARTÍCULO 831: TRANSCRIPCIÓN DE LO ESENCIAL. **I.** Finalidad de la reforma legal. **II.** La partición por el testador y la fiducia sucesoria. **1.** *Lo que supone partir la herencia y el supuesto de donación por el fiduciario a hijos y descendientes comunes.* **2.** *El deslinde con otros supuestos reales.* **3.** *No cabe pasar por alto la liquidación de la sociedad conyugal.* **D)** EL CÓNYUGE FIDUCIARIO ANTE EL ACTUAL ARTÍCULO 1.056-2.º Introducción. **I.** El sucesor idóneo de la empresa familiar. **II.** Concretándose a una cuestión de necesario planteamiento. **1.** *¿Adjudicación a persona distinta de hijo descendiente común?* **2.** *Pero, ¿y en la conexión 1.056-2.º - 831 del Código Civil?* **E)** AHORMANDO EL PRECEPTO EN ESTUDIO CON LA PRO-

TECCIÓN AL DESCENDIENTE JUDICIALMENTE INCAPACITADO. 1. Sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta. 2. El fiduciario y las facultades ex artículo 841 del Código Civil. CONCLUSIONES ANTE EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL.

A) Preámbulo en sede de legítimas

La época en que nos hallamos no es pacífica acerca de las opiniones, pareceres y criterios sobre el sistema legal de las legítimas. Pienso que al respecto pueden hacerse algunas afirmaciones.

Primera. En determinados momentos ha podido efectuarse la crítica a las legítimas con argumentos metajurídicos tales como: mercantiliza a la familia, consideró Joaquín COSTA; desincentiva el estímulo para crear riqueza, ha entendido DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ; no responde a la auténtica realidad social, que hoy exige la conveniente previsión de las necesidades de padres y ascendientes –por la vía de los alimentos– más que la existencia de una *pars bonorum* forzosa en favor de los descendientes, lo que han expuesto ÁLVAREZ-SALA WALTHER, CALATAYUD SIERRA, LEÑA FERNÁNDEZ... Opiniones, todas ellas de notarios, sin duda fruto de experiencias contrastadas con las situaciones y las realidades vividas.

Segunda. Pienso que la realidad social muestra como más frecuente que el tener hijos exige y espolea a trabajar y a crear riqueza, ante todo para lograr su digna manutención y hoy “la calidad de vida mayor que sea posible”. En la mente de los progenitores no ocupa lugar –desde luego en el discurrir diario– esa “porción de bienes de que no se puede disponer por...”, según la terminología legal.

Porque al que quiera dilapidar bienes y hacienda –que los hay– escaso freno legal puede ponerse ante la reforma que en los años ochenta se realizó en sede de la prodigalidad (sólo pueden solicitarla el cónyuge y los ascendientes o descendientes necesitados de alimentos legales). Hoy, dice Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, el causante puede vivir *como quiera*.

Tercera. A salvo lo anterior, ha podido afirmarse que: “la práctica unanimitad de los hijos son queridos por sus padres, y viceversa”; en consecuencia, ¿para qué la imposición legal legitimaria? (DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ).

Afirmación tan rotunda pone el acento en un componente aritmético que ante la actual realidad familiar y social necesita ser contrastada.

El contraste es que –aparte otras hipótesis reales– la existencia creciente del divorcio es básica, fundamental, para poner el acento en que roto el matrimonio, la descendencia sufre con frecuencia las consecuencias y las padece el cónyuge más necesitado desde luego: las pensiones y los alimentos derivados de los convenios de separación o de divorcio lo atestiguan (el regateo, cuando no la mezquindad y también su incumplimiento frecuente respecto al cónyuge e hijos, son la pura y dura realidad).

Más. Cuando se liquida una unión con descendencia y se inicia una “nueva vida” no puede negarse que se quiere dar la espalda al pasado. “El pasado, pasado está. Ya repartí a los hijos; ahora tengo otra pareja, otros hijos, otras obligaciones.” Aquí es donde con frecuencia se incide hoy por hoy y la obligación legitimaria para *con todos* los hijos –proven-gan de la unión/uniones que sean– se rechaza, se elude, se pretende ignorar, se mira para otro lado..., cuando no se acude a artilugios de ingeniería pseudojurídica.

Cuarta. En lugar de blindar el matrimonio (¿por qué no regular un matrimonio civilmente indisoluble?; las causas de divorcio se han restringido hoy en varios Estados federales USA), en España se ha ido al divorcio *exprés*, unilateral y sin causa y sin necesidad de pasar por la previa separación judicial (que la realidad enseña cómo hace en ocasiones recapacitar y no dar el paso a la aniquilación de la unión matrimonial): un matrimonio disoluble a los tres meses de contraído, sin causa que lo justifique, ni período de reflexión... ¿qué es? ¿Para hablar de que se regule la mediación familiar!

Quinta. Por otra parte, el régimen sucesorio ha de contemplarse imbricado con el económico matrimonial: si es el de gananciales, la mitad de los bienes comunes pertenece al cónyuge que sobrevive. Si se plantea el de separación de bienes, el asesoramiento del profesional debe hacer ver la conveniencia o no de su establecimiento capitular ante el matrimonio concreto (si se trata de empresarios, profesionales, si la mujer se dedica exclusivamente al hogar...). Y de las consecuencias de su regulación; así como su ensamblamiento con los testamentos respectivos.

Sexta. Estamos siempre ante un juego de “pesas y medidas” que a lo largo de los siglos ha hecho que las legislaciones se esfuercen porque la unión matrimonial reciba un trato jurídico ajustado a los cambios sociales y las consecuencias que producen para los cónyuges, el cónyuge viudo, los hijos: régimen matrimonial, viudedad, legítima viudal, *cautela socini*, *any de plor*, *fealdat*, la reserva del cónyuge bínubo, la del artículo 811, el derecho de reversión y las legítimas de los descendientes (con la estricta, el tercio de mejora y el de libre disposición), así como las garantías para

su efectividad (la garantía real se ha suprimido en el Derecho catalán, con lo que la posición del legitimario se ha debilitado ante la posible aparición de terceros y los conflictos en el seno de las familias han aumentado).

Séptima. El legislador está atento a la evolución de las necesidades reales específicas y el Notariado ha sabido extraer el jugo a normas que templan la posible virulencia del sistema en sus aplicaciones reales *ad hoc*: así, el usufructo universal de viudedad, por la senda del artículo 820-3.º CC, pero ahormado por la experiencia profesional, responde al sentir de la inmensa mayoría de matrimonios con hijos (“ninguna vez los descendientes lo han impugnado ante el Tribunal Supremo”, dice Alicia REAL PÉREZ). Usufructo universal que en la última reforma del *Code* francés ha pasado a ser legítima viudal. Advertencia al legislador español, una más.

Octava. El legislador va paulatinamente modificando normas en sede legitimaria: para proteger a los discapacitados, para velar por el paso generacional ante la prematura muerte de uno de los padres, para posibilitar atribuciones preferentes sobre la empresa ganancial, así como la adjudicación de la empresa-sociedad familiar sin fraccionamientos, con el pago de las legítimas en dinero... Son los artículos que regulan el patrimonio protegido de los *discapacitados*, son los artículos 831, 1.406-2.º y 1.056-2.º, recientemente reformados; ellos merecen estudio profundo y objetivo, por responder a realidades atendibles. Junto con otros preceptos: el 821, 829, 841 y ss... configuran –con el instituto sabio y ponderado de la mejora– un sistema digno de elogio (como se reconoce por de pronto por juristas extranjeros), adaptado a la realidad social y sus necesidades más atendibles.

Novena. Y no se olvide el contrato de alimentos (arts. 1.791 y ss. CC). Prudentemente aplicado a supuestos fácticos necesitados de atención *ad hoc*, es figura de interés, que los notarios estamos aplicando y debemos de considerar porque se adapta a situaciones que antes no recibían tratamiento ajustado, ni en lo jurídico sustantivo ni fiscalmente.

Décima. Roma nos ha legado el Derecho de los prudentes: desde LABEÓN a SALVIO JULIANO, desde ULPIANO a los compiladores justinianeos, se fue consolidando una concepción jurídica basada en los parámetros de la *utilidad* y la *certeza* (fue el resultado de la colaboración –no exenta de tensiones– entre el principado y los juristas).

Y de juristas estamos hoy necesitados. No de quienes se limitan a levantar acta de concretas realidades sociales –nunca completas, siempre cambiantes, cuando no tornadizas, volubles– sin criterio valorativo. Sí de quienes profundicen en la norma para extraer sus posibilidades de aplicación, marcando el deber ser normativo. Sí de quienes no confundan la norma (regla de conducta) y lo que el poder legislativo pretenda en ocasiones configurar como tal por la vía de la ley, si la prudencia del jurista la califica de irresponsable, de arbitraria.

Hoy, ahora mismo, toda una concepción del matrimonio y de la familia están en juego. ¿Por qué? Porque se tambalea el *principium urbis et quasi seminarium...* ciceroniano.

B) El artículo 831. Su finalidad

En los años cincuenta expuso ROURA ROSICH en la Academia Matritense del Notariado cómo ante el deseo –frecuente y por lo demás lógico– por parte de los cónyuges de disponer de sus bienes en favor de los hijos, asignándoles bienes determinados, de modo que –con independencia de su naturaleza privativa y ganancial– se consideren sus patrimonios como un todo unitario a efectos sucesorios, la respuesta del jurista resulta insatisfactoria; esta sencilla pretensión, decía, tiene una solución complicada ante el régimen sucesorio del Código Civil.

¿Ha cambiado el panorama desde entonces? Creo que sí. Ya desde 1975 comenzó a pensarse que soluciones más abiertas eran posibles, y el resurgir de esa convicción ha ido *in crescendo* hasta el momento actual. Voy a ver hasta qué punto el actual artículo 831 del Código Civil permite dar una respuesta realista a legítimos anhelos de la vida: si hoy –por paradójico que pueda parecer a algunos– cabe considerar al organismo familiar como un todo y no simplemente –como decía por aquellos años HERNÁNDEZ GIL– como simple conglomerado de relaciones parentales ante el Código Civil y su régimen sucesorio.

“Se reforma, dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad...”

Palabras, las anteriores, que recuerdan lo que en su momento escribí (años 1975-76) cuando por Ley se permitió otorgar capitulaciones matrimoniales constante matrimonio y con ello el precepto –en su redacción originaria, de 1889– cobró vida: “supongamos que un hijo está impedido o enfermo, o tiene especiales necesidades, o padece incapacidad o quiere premiarse la conducta de alguno de ellos, o estimularse ciertas condiciones personales, o dar carrera o colocación a algunos de ellos, o también

organizar un sistema de vida que permita la subsistencia de toda la familia encomendando el gobierno de ella al hijo mayor o más capacitado...; el viudo al realizar... para lo que está autorizado puede remediar o solucionar la especial situación de los hijos o de la familia... (ref. SECO CARO). También para una economía industrial puede valer el instituto: ... la necesidad de que el heredero que ha de continuar al frente del negocio reúna unas características especiales que sólo pueden apreciarse cuando los hijos alcanzan cierta edad y han dado pruebas de cuáles son sus aptitudes, afanes o vocación de trabajo. Si cuando desaparece el titular de la empresa los hijos no han alcanzado todavía esa edad, lógico es que pueda encomendarse al cónyuge... la facultad de escoger el heredero que con mayores garantías de acierto haya de asumir la gestión del patrimonio familiar..." (LACRUZ, con referencia a PUIG FERRIOL).

Sabedor el legislador de que el simple retoque despertaba posibilidades reales que superaban lo que la redacción del precepto ofrecía, se modificó el artículo 831 en 1981 (13 de mayo) para –en esencia– permitir la concesión de facultades, no sólo en capitulaciones, sino también por la vía del testamento y plantearse la posibilidad de concederlas sin señalar plazo al cónyuge fiduciario.

Y llegamos a la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (de 18 de noviembre, BOE del 19 de noviembre, de 2003), por la que –con la finalidad expuesta ya al transcribir las palabras de su Exposición de Motivos– se da nueva redacción al artículo 831.

I. Lo acaecido en 1975.

Con la modificación del Código Civil permitiendo otorgar capitulaciones constante matrimonio, al artículo 831 se le hizo despertar. Fuimos varios notarios –entre los que comenzaron a estudiarlo– los que destacamos las posibilidades reales de la norma: cómo GARCÍA GOYENA había considerado saludable conservar la cláusula capitular de las Provincias de Fueros por la que el cónyuge sobreviviente podía disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos del matrimonio, dando a uno más que a otro. Con lo que –afirmé en 1975– una visión realista de la institución tiene que resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias o insuficiencias interpretando el 831 y en su caso integrándolo por medio de la inducción a los principios generales que se extraen de los que sirven de fundamento a las instituciones forales reguladoras de la fiducia sucesoria.

Señalé, por otra parte, cómo el acento había que ponerlo sobre todo en la facultad de mejorar –sin olvidar la facultad distributiva–, destacando así la posibilidad de disponer de los bienes del cónyuge difunto.

Igualmente se puso de relieve, con realismo, cómo la fiducia debía po-

der abarcar la disposición del tercio libre, a salvo las legítimas y las mejoras realizadas por el difunto, y cómo la mejora debía poder aplicarse en favor de los descendientes comunes y no sólo de los hijos *sensu stricto*. Para terminar destacando la cuestión del plazo para el ejercicio de las facultades encomendadas, con el necesario alejamiento de los plazos legales del albaceazgo, haciendo viable la norma y sin confusión con otras figuras.

II. La sensibilidad del legislador de 1981.

La Ley del 13 de mayo de 1981 que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, no olvidó los toques de atención que se habían exteriorizado desde el campo doctrinal: con posibilitar que pueda ordenarse en testamento la facultad fiduciaria conyugal y permitir señalar plazo para ello ya demostró su sensibilidad.

El medio testamentario, además del capitular, venía a hacer más sencilla y realista la utilización del medio legal. El poder señalar plazo para el ejercicio fiduciario posibilitaba adaptar el instituto al caso real concreto: “mientras viva el cónyuge fiduciario...”. Íbamos por buen camino.

Con la prudencia necesaria, con la imprescindible atención al caso concreto, con la ponderación de las ventajas e inconvenientes que podía acarrear la previsión y utilización del instituto en el supuesto real de que se tratara, el artículo 831 se ha ido plasmando en los testamentos notariales, y diversos estudios posteriores –con la perspectiva que va dando el tiempo y la experiencia renacida desde 1975– han ido aclarando aspectos del discurrir vital de la figura, asegurando su aplicación. Voy a fijarme en algunos de ellos.

1. Como escribí en 1975 –y resumía en 1993 con mayor aporte doctrinal–: el ordenante delega en su consorte para que disponga de su herencia con iguales amplitud y efectos con los que él puede hacerlo. Y es que el viudo puede por acto *inter vivos* o a causa de muerte disponer de la herencia –excepto en la parte en que ya lo haya efectuado el difunto–, y ello donando, legando e instituyendo herederos, asignando y transmitiendo bienes y cargas; todo ello sin perjuicio de las legítimas estrictas.

Lo anterior queda sin duda facilitado con la disposición conjunta de ambos patrimonios por el fiduciario, lo que parece que no requiere la liquidación de la sociedad de gananciales (con cita de VALLET y SAPENA TOMÁS).

Y desde luego puede hacer testamento particional en base al 1.056; pero es que también –con SAPENA– puede partir donando bienes a los hijos y

descendientes: verdadera donación-partición irrevocable en este caso, pues la plena y total firmeza la da el consentimiento de los donatarios.

2. Fiduciario que además es usufructuario universal, o también administrador amplio de la herencia, decía en 1993, añadiendo: puede ocurrir que la administración corresponda al cónyuge viudo y ello con amplitud, para que así pueda disponer libremente de los frutos y rentas invirtiéndolas en las necesidades de la familia, “a su prudente arbitrio”.

3. En resumen –exponía en 1975–, como dice LACRUZ: acaso el artículo 831 presupone que hay gravamen sobre la legítima, pero... no le importa; le importa más el interés de la familia, y por ello sigue en pie el precepto.

C) El actual artículo 831: lo que permite en esencia

“1. Las facultades pueden conferirse al cónyuge en testamento exclusivamente.

2. Para que pueda, fallecido el testador, realizar a favor de los hijos o descendientes comunes: mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición y en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio y particiones.

3. Incluyendo las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

4. Si se le hubiere señalado plazo o conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento. Caso contrario, el plazo será de dos años.

5. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el precepto.

6. El cónyuge facultado deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

Unas y otras se entienden respetadas cuando resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

7. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.”

He procurado extraer los aspectos esenciales de la nueva norma (sin olvidar otros; así la aplicación del 831 también cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí), pero el precepto –cuya redacción debería haberse reducido a la quintaesencia– no puede negar-

se que ha bebido en las fuentes que invitaban a una concesión generosa de facultades al cónyuge fiduciario. Voy a concretar el estudio a unos aspectos determinados, de conveniente realce.

I. La reforma del artículo 831 y su razón de ser.

Se ha realizado –como explica la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, ya transcrita– con el objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. No es su única *ratio*, pero sí una fundamental.

En efecto, la situación de familias con discapaces es una de las que hacían necesaria la viabilidad de la institución en estudio. Como en 1997 señaló LEÑA FERNÁNDEZ: si la muerte sorprende a uno de los padres, el que queda puede solucionar los problemas del disminuido; con el transcurso del tiempo contará con unos elementos de juicio que antes podía no tener el premuerto, tales como el talante del resto de los hijos y sus cónyuges, sus respectivas actitudes sobre el problema del disminuido, la mayor o menor capacidad de este hijo, el volumen real del patrimonio con que se cuenta, la cuantía de la pensión que en ese momento pueda quedar al mismo...

Y si la asistencia económica al discapacitado se procura con cargo al propio patrimonio protegido que en su beneficio se constituye (objeto de la regulación de la Ley citada de 18 de noviembre de 2003), tras madurada reflexión de su conveniencia-necesidad-utilidad por la familia implicada en tal situación, el mecanismo de protección que ahora se regula merece elogio, y a la vez exige del jurista sereno estudio y ponderado consejo para su aplicación en la vida real. Y es que si –con LEÑA FERNÁNDEZ– considero que la vía del artículo 831 permite al fiduciario llegar a atribuir todos los bienes a su hijo discapacitado, ordenando que se satisfaga su legítima estricta a los demás hijos en metálico, en base al artículo 841, existe además este nuevo medio legal que permite encauzar la atribución al discapaz por la senda del patrimonio especialmente protegido, si se dan en el caso real los requisitos de la Ley 41/2003.

II. La partición por el testador y el cónyuge fiduciario.

Sin malabarismos ni juego de palabras hay que afirmar sin duda alguna que el encargo personalísimo del cónyuge –lógicamente conviene que sea recíproco entre ambos– permite al supérstite realizar la partición *por el testador*. Ya he expuesto algunas apreciaciones al respecto, con específicas citas doctrinales, por lo que en estos momentos me ciño a realizar algunas consideraciones que parecen oportunas.

1. Al lado, pero aparte de la partición en base al artículo 1.056, el cónyuge fiduciario puede realizar las donaciones a hijos y descendientes comunes que ambas partes convengan. No hay que confundir esto con lo anterior: la partición por el testador es esencialmente revocable (como lo es el testamento que le sirve de base y constituye el cauce dispositivo), y ello aunque se haga por la vía del acto *inter vivos*. Pero si el fiduciario con los herederos distribuye, reparte y transmite a los mismos los bienes del difunto (e incluso bienes propios del supérstite), la donación-partición efectuada es firme e irrevocable. La confusión de ambos supuestos, a las alturas que estamos –con la reforma abierta y generosa que brinda la actual redacción del art. 831– supondría para mí algo incomprensible.

Quede, por lo demás, advertido el posible apoyo que puede representar para el enfoque aquí señalado el significativo retoque que la Ley 7/2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa ha dado al artículo 1.271 del Código Civil, añadiendo a su redacción: “... y otras disposiciones particionales”.

2. *El deslinde de supuestos con causa específica.*

A mi juicio –como procuré aclarar al estudiar el art. 1.056 en el año 1993– existen supuestos en la vida real en que el viudo llega al acuerdo con los hijos, y resolviendo las diferencias que hayan podido existir, se realiza la donación de bienes (en ocasiones, la controversia entre las partes arranca del desacuerdo sobre la naturaleza de bienes concretos, que al fallecimiento de uno de los padres aflora con cierta virulencia: “si las partes evitan la provocación de un pleito o ponen término al comenzado, *dando...*”; [art. 1.809], el acuerdo transaccional que se plasma en escrituras públicas de donación tiene su causa *ad hoc*, alejada de la partición por el testador del 1.056, que el testamento sí puede dejar sin efecto. Son casos diferentes que el jurista ha de deslindar en pura ortodoxia).

3. *La liquidación de la sociedad conyugal. No la pasemos por alto.*

¿Permite el actual 831 que el fiduciario la liquide? La dicción literal del actual precepto parece responder al criterio de que en la realidad el patrimonio familiar es único –lo que planteaba al principio del presente estudio con ROURA ROSICH– y aunque han existido críticas al criterio afirmativo (LOIS PUENTE ha advertido que un patrimonio ganancial con deudas, con responsabilidades hipotecarias... no cabe *atribuirlo* sin más el cónyuge fiduciario), el texto del vigente precepto lleva a RUEDA ESTEBAN, entre otros, a responder afirmativamente.

SAPENA TOMÁS, en su último estudio del precepto (año 2004), se pre-

gunta: ¿no ha de entenderse facultado si el fiduciario ordena la sucesión de todo el caudal ganancial?, ¿no lo interpretaría así la jurisprudencia si el caso judicialmente se plantea?, para responder: la solución más sencilla es que el viudo adjudique los bienes de la sociedad conyugal a los descendientes en cuanto a una mitad en uso de sus facultades fiduciarias y la otra mitad por su propio derecho y como *donación*, a cuenta o no de su propia herencia, según el mismo lo ordene; donación naturalmente que aceptará o no el donatario.

A mi juicio, si en el caso real se plantea la conveniencia –por la composición, escasez, entidad... del patrimonio– de la posible futura liquidación, el consejo profesional debe ser el de la previsión testamentaria del nombramiento de contador-partidor para, cuando el viudo se lo pida, verificar ambos la liquidación de la sociedad conyugal (es la prudente conclusión a la que llega el autor últimamente citado y que suscribo, en aras del interés y la armonía familiar, que precisamente es lo que el precepto persigue).

D) El cónyuge fiduciario y el actual artículo 1.056-2.º

Introducción.

Cuando el artículo 1.056-2.º, modificado por la Ley de 1 de abril de 2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, permite al testador que al partir adjudique la explotación económica o el paquete de control de una sociedad de capital o grupo de éstas, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados, reafirma su toma de partido en pro de la prevalencia de la conservación de la empresa familiar sobre el derecho de los legitimarios en todo caso a bienes hereditarios.

Merecedora la reforma del precepto de completo estudio, el traerlo aquí a colación es para plantear sólo concretas cuestiones relacionadas con la fiducia sucesoria, pues soy consciente de que son más las que hoy por hoy el precepto suscita.

I. La sucesión más adecuada de la empresa familiar y el artículo 831 del Código Civil.

La Exposición de Motivos de la Ley IV-2003 considera que “la legislación civil, respecto a la sucesión de la unidad productiva, ha de dotar de instrumentos al emprendedor que le permitan diseñar la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual...” Es claro que –como decía al principio del presente

estudio—, si cuando desaparece el titular de la empresa, los hijos no han alcanzado la edad y madurez suficientes para poder saber quién será el idóneo..., lógico es que pueda encomendarse al cónyuge la facultad de escoger el heredero que con mayores garantías de acierto haya de asumir la gestión del patrimonio familiar.

Y éste es el supuesto que imbrica las dos normas recientemente modificadas, y ello por leyes distintas, dentro del mismo año 2003.

II. Concretándome a una cuestión de necesario planteamiento.

Si el nuevo 1.056-2.º permite abarcar en su ámbito de aplicación lo que ya doctrinalmente se consideraba posible: preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas, con el pago en metálico —extrahereditario en su caso— de su legítima a los demás interesados (así lo consideré al estudiar el art. 831 en 1975 y de modo más directo e incisivo en 1993 al estudiar con detenimiento el precepto hoy reformado), existe una cuestión que no debo ahora pasar por alto.

1. El testador, al actuar en base al 1.056-2.º, lo hace, dice en su actual redacción: “en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia”. ¿Es factible que se considere que la atribución-adjudicación-transmisión se haga a persona distinta de los hijos-descendientes comunes? Posible es que ello no sea *stricto sensu* “en interés de su familia”, pero puede estimarse que es lo mejor para conservar la empresa (aunque se desearía hacer otro tipo de elección, en el caso real de que se trate).

El acento se ha puesto en el “*primum* la empresa”. La redacción del precepto, pienso, parece decantarse hacia la solución afirmativa: persona distinta a hijo-descendiente común, incluso persona extraña a la familia, pero alguien que en el supuesto real demuestra las cualidades idóneas, o suficientes y mejores méritos, para lograr la continuidad de la empresa como tal puede ser el adjudicatario. Ya no será empresa familiar en tal caso, pero se la quiere preservar —al menos en el propósito— como unidad económico-productiva y ello al legislador le basta (continuidad que en tal supuesto deberá previsoriamente asegurarse con la condición, carga modal o causalización adecuada).

Con lo expuesto quiero dejar planteada la posibilidad que el nuevo precepto depara: una Ley como la que ha dado la actual redacción al 1.056-2.º, emanada del Ministerio de Economía, puede intuirse cuál es su *ratio* proyectiva. No parece descabellado por tanto que lleve al jurista hacia una lectura del artículo en el sentido que he apuntado en su interpretación (si esto es así, cabe afirmar que existe una clara extrapolación, a

la vista de la recomendación que de la Comunidad Europea viene desde Bruselas: que los Estados miembros antepongan el principio de la conservación de la empresa *dentro de la familia* sobre el específico interés de los legitimarios a bienes de la herencia en todo caso. Con lo que el nuevo precepto va más allá de la posibilidad de elegir el familiar idóneo para la empresa y al hacerlo deja en el aire la coordinación con el actual régimen fiscal especial, lo cual también ha recibido el toque de atención desde Bruselas en el sentido de fomentar la transmisión de empresas a los empleados, si ello se considera lo mejor).

¿Un nuevo RATTENAU en el siglo XXI? Aunque absolutamente alejado de la figura, de la atmósfera y situación política y económica que en su momento se vivió en el siglo pasado, no puede negarse que “la empresa ante todo” parece que resurge –y no sin fundamento, ciertamente– en la norma que en estos momentos dejo ya en reposo.

2. Pero, ¿y en la conexión con la delegación fiduciaria ex artículo 831?

¿Puede el cónyuge viudo atribuir la empresa familiar de modo que, por ejemplo, el adjudicatario atienda al discapaz, y con facultad de pagar con efectivo extrahereditario en su caso la legítima a los demás interesados?

Afirmativamente debe responderse: frente a la opinión negativa en base a que el fiduciario ni es el testador ni es el contador-partidor por él designado (HUERTA TRÓLEZ), hay que partir del fundamento de la delegación fiduciaria. Estamos ante la *autorización* al cónyuge supértiste para que..., lo que el 831 regula. Como si lo hiciera el testador, su *alter ego* puede hacerlo; no como contador-partidor, no en representación del difunto; en su propio nombre, más la autorización y delegación fiduciaria otorgada por su difunto consorte.

Lo que no podrá es atribuir el fiduciario la empresa fuera del círculo de destinatarios: hijos-descendientes comunes, pues éste es el ámbito personal que el 831 marca (en el 1.056-2.º, la redacción actual y la *ratio* de la conservación de la empresa permite designar –aunque se haya discutido, dados los términos en que estaba redactado el precepto con anterioridad a la reforma de 2003–, al adjudicatario más allá de los hijos-descendientes comunes).

E) La protección de los discapaces y las recientes reformas legales

1. “Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.”

Así plantea la Exposición de Motivos de la Ley de Protección Patrimonial de los discapaces, lo que supone modificar los artículos 782, 808 y 813. Este último, en su nuevo párrafo tercero, permite al testador establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta si el fiduciario es el hijo o descendiente judicialmente incapacitado –y no sólo discapaz en el grado establecido en el art. 2.2 de la Ley, como así prevé su Exposición de Motivos– y fideicomisarios los coherederos forzosos.

Con lo que, dada la amplitud literal de la norma, cabe beneficiar al judicialmente incapacitado con un disfrute patrimonial que puede abarcar la totalidad del patrimonio del causante (piénsese en herencias en las que, por ejemplo, el elemento fundamental es el piso-vivienda): legítima estricta, tercio de mejora (conforme al 782 apuntado) y tercio de libre disposición. Podría pensarse que –ante la nueva redacción– lo que se permite es gravar solo la legítima estricta de los coherederos forzosos; cabría interpretar la reforma diversamente, en el sentido de que lo que posibilita es gravar exclusivamente la del incapacitado judicialmente; así lo hace GONZÁLEZ-MENESES). Pienso que la clave legal está en el “beneficio del discapacitado” y por ello considero que lo fundamental es que él pueda obtener el mayor disfrute posible, siendo fideicomisarios los coherederos forzosos (al hablar el art. 808 de coherederos forzosos parece que no será de aplicación a un nieto en vida de su padre, heredero forzoso; aquí no se trata de *mejorar* al nieto).

La permisión legal, por otra parte, supone una alternativa a considerar respecto al derecho de habitación que el artículo 822 en su actual redacción atribuye, *ex lege*, al legitimario discapacitado que lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido (pero, ¿el discapacitado podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten, lo que no es posible en el supuesto del 822 dada su dicción?; la posición jurídica del fiduciario en la sustitución fideicomisaria lleva a aconsejar –ante el caso concreto– que se opte por la vía más prudente y realista).

La cuestión, en último término, que debe plantearse en profundidad ante el artículo 831 ahora en estudio es: ¿puede el cónyuge autorizado, en base al artículo 831, establecer la sustitución fideicomisaria que acabo de estudiar? No puede hacer esto en general el cónyuge, según LEÑA FERNÁNDEZ, al tratarse de una forma específica de llamamiento que tiene que provenir de la voluntad del testador. Pero a mi entender el cónyuge fiduciario puede hacer lo mismo que el difunto, pues es esa su voluntad y autorizado ha sido por él; y si no lo ha sido es porque limitadas habrán quedado por su voluntad expresa las facultades del cónyuge fiduciario. En consecuencia, la respuesta debe ser afirmativa.

2. El fiduciario, por serlo, se entiende que está expresamente autorizado por el testador para el ejercicio de las facultades propias del artículo 841 y siguientes.

Hay que responder afirmativamente –recalco ahora lo ya expuesto– dado el esquema de fundamentación desarrollado en el supuesto anterior (aunque no haya que confundirlos). Pero sin perjuicio de considerar –con LEÑA FERNÁNDEZ– la conveniente previsión expresa en el testamento del cónyuge fallecido, para evitar conflictos.

Conclusiones ante el actual 831

Mucho se está hablando de y contra el sistema legitimario del Código Civil: de su intangibilidad rígida, de su cuantía excesiva –y la conveniente sustitución incluso por un derecho de alimentos–, de lo obsoleto que supone considerar la legítima como *pars bonorum*, de... Menos se estudian las posibilidades reales que el Código Civil brindaba y, con las reformas acaecidas, brinda.

En su modestia, el usufructo universal testamentario del cónyuge viudo (en el *Code* francés reformado ha pasado a ser legítima legal), las disposiciones relativas a la tutela, los albaceazgos especiales para atender necesidades *ad hoc* intrafamiliares, las disposiciones modales *mortis causa*, los fideicomisos de residuo... siguen ocupando sitio en los testamentos notariales, para atender realidades familiares. E igual, la conveniente conservación de la empresa familiar, por la vía 1.056-2.º, la mejora en cosa determinada por la del 829, el legado de bienes gananciales, o el de fincas que no admiten cómoda división del 821, sin olvidar el derecho de atribución preferente en sede liquidatoria ganancial del 1.406 del Código Civil... De todo ello ya he hablado, al menos para exponer su importancia.

¿Qué cabe pensar ante la actual redacción del artículo 831? Que –más allá de la visión que sobre el 831 han tenido estudiosos que se han dedicado al mismo, y que cabría resumir en las cuatro líneas que ROCA SASTRE le dedicaba al diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio: no tratándose de la familia troncal es innecesaria la delegación de la facultad de elegir heredero; con el albaceazgo es suficiente y a lo más, decía, con delegar la facultad de *distribuir* los bienes entre los herederos como el 831 admite– lo que en los años cincuenta echaba de menos Jorge ROURA, hoy ante el actual artículo 831, cabe lograrlo. Este precepto, *trahumante*, ha ido jalonando en sus etapas legislativas un crecimiento realista tal que, en su actual redacción –bien reposada en sus aplicaciones por los juristas–, puede permitir lo que antes no era factible, al menos en su pleno propósito: los cónyuges en sus testamentos respectivos atribuirse la

facultad de disponer de sus bienes, de modo que –con independencia de la naturaleza privativa y ganancial de los mismos– se consideren los patrimonios como un todo unitario a efectos sucesorios, llegando así a la satisfacción de los intereses de todos los implicados y a la par logrando la conservación de los patrimonios familiares.

Hay que respetar las legítimas estrictas, conforme, pero el 831 considera que: “se entenderán respetadas aunque en todo o en parte resulten éstas –y las disposiciones del causante– suficientemente satisfechas con bienes pertenecientes sólo al cónyuge fiduciario”.

Si objetivos somos, reconoceremos las bondades del precepto, fundamentalmente cuando el matrimonio se plantea la cuestión en situaciones familiares temporalmente imprecisas (hijos de corta de edad, con problemáticas distintas, empresa familiar en transición, sin definir su futuro, la sucesión en la propiedad, en su gestión...). Y es que la realidad –más fuerte que las interpretaciones de la Ley– se impone, aunque no sin riesgo: en el supuesto de la sentencia de 21 de julio de 1986, el Tribunal Supremo declaró la validez de la partición realizada *por los dos cónyuges* en sus testamentos respectivos. En ellos instituyeron herederos a sus hijos por partes iguales, se legaron el usufructo, y adjudicaron todos los bienes conyugales, de modo que dichas adjudicaciones las efectuaron “en cuanto a las participaciones que a cada testador le pertenecen en los bienes citados, disponiendo que el heredero que no lo acatase quedaría reducida su participación a la legítima estricta”. Esto y más puede hacerlo hoy –sin duda– el fiduciario autorizado por su consorte.

Termino para afirmar lo que me importa en el presente estudio: el nuevo 831 hacía falta y el legislador ha reconocido las llamadas de atención que en tal sentido la doctrina ha ido dando. Por lo tanto, y como final, cabe asegurar que lo expuesto aquí revela sin duda una línea de progreso normativo que, ciertamente con excesiva parsimonia, se va logrando. Y digo *progreso* porque considero que el nuevo 831 así lo supone: estamos ante una aplicación más de cómo el esfuerzo humano consigue realizaciones concretas del reino de los valores (GARCÍA MORENTE).

DOCUMENTO PÚBLICO Y DOCUMENTO AUTÉNTICO (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SINONIMIA ACTUAL ENTRE DOCUMENTO PÚBLICO Y DOCUMENTO AUTÉNTICO. 3. LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO DACIÓN DE FE O COMO ATRIBUCIÓN DE AUTENTICIDAD. 4. LA DISTINCIÓN ENTRE DOCUMENTO AUTÉNTICO E INSTRUMENTO PÚBLICO. a) La legislación alfoncina. b) La doctrina clásica española: DÍAZ DE MONTALVO, Gregorio LÓPEZ, PARLADORIO, HEVIA BOLAÑOS e IBÁÑEZ DE FARIA. c) La distinción en José FEBRERO. d) La crítica de ESCRICHE. e) Los autores de la primera mitad del siglo XIX: los continuadores de FEBRERO, MORENO y MURO. 5. EL DERECHO COMÚN: LAS DECRETALES Y SU GLOSA, INOCENCIO IV Y GUILLERMO DURANTE. 6. LA “AUTENTICIDAD”: PLURALIDAD DE SIGNIFICADOS. 7. EL DOCUMENTO AUTÉNTICO COMO DOCUMENTO “ORIGINAL”. 8. EL DOCUMENTO AUTÉNTICO COMO DOCUMENTO “SELLADO”. 9. AUTOSUFICIENCIA DEL DOCUMENTO AUTÉNTICO. 10. EL DOCUMENTO AUTÉNTICO COMO DOCUMENTO SELLADO CON “SELLO DE PERSONA AUTÉNTICA”. 11. EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO AUTÉNTICO. 12. CONCLUSIÓN.

(*) Comunicación leída el 30 de mayo de 2005 en el Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

1. Introducción

La presente comunicación intenta aclarar la dualidad “documento público” y “documento auténtico”, que aparece profusamente en los textos legales y doctrinales, antiguos y modernos, generalmente sin la debida precisión, lo que no deja de producir inconvenientes.

Hay una tercera expresión, “instrumento público”, siempre presente en la materia; pero no la he llevado al título de esta comunicación por tener un sentido de especie de documento público, perfectamente definido a través de los siglos: instrumento público es el documento público “notarial”, desde las Partidas, 3.18.1, a la Constitución, artículo 149.1.8.^a, pasando por el Reglamento Notarial, artículo 144.1. Porque *instrumentum* fue la palabra más utilizada en el Derecho romano para denominar el documento; la que llevan las rúbricas que lo regulan en el Código Teodosiano, XI.39, en el Digesto, XXII.4, y en el Código de Justiniano, IV.21; la que todavía utiliza la Ley *Contractus* (CJ, IV.21.17), del año 528; y porque el instrumento *publice confectum* de los tabeliones se convirtió en instrumento *publicum* por obra de la Glosa (1). La denominación de instrumento público quedó así reservada para esta clase especial de documentos públicos, los notariales, cuando se generalizó la expresión de *documentum*, ya usada en la Novela 44, *De tabellionibus*, del año 536.

2. Sinonimia actual entre documento público y documento auténtico

Comencemos por afirmar que actualmente ambas locuciones, “documento público” y “documento auténtico”, son sinónimas; como escribió CHAINE, “la autenticidad es la *fides publica*” (2). Para convencerse de tal sinomía basta con cotejar las definiciones que de uno y de otro documento proporcionan respectivamente los Códigos español y francés. Código Civil español, artículo 1.216: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. Código Civil francés, artículo 1.317: Acto auténtico es el que ha sido recibido por oficiales públicos que tengan el derecho de instrumentar en el lugar en que el acto ha sido confeccionado y con las solemnidades requeridas.

(1) Conf. mi “La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana”, comunicación presentada a la LII Sesión de la “*Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*” el 29-9-1998; publicada en *Revista Jurídica del Notariado*, 32, oct.-dic. 1999, pp. 357-400 (véase VI, pp. 373-75) y en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, IX-X, 1997-1998, Facultad de Derecho - Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Álvarez”, Madrid, 1999, pp. 63-100.

(2) CHAINE, Louis: “La autenticidad y el Notariado”, *Revista Internacional del Notariado*, número 79, 1983, p. 75.

“L’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé et avec les solennités requises.”

Las definiciones coinciden, por lo que es preciso concluir que ambos Códigos están definiendo la misma cosa, aunque lo hagan bajo denominaciones distintas; así lo estimaban los redactores de nuestro Código Civil cuando para definir el documento público tuvieron a la vista la definición del acto auténtico del Código de Napoleón, procedente, como es sabido, del *Tratado de las Obligaciones*, de POTHIER:

Número 730.1 : “Les actes authentiques sont ceux qui sont reçus par un officier public, avec les solennités requises” (3).

La utilización de una u otra expresión depende, pues, de la historia propia de cada país, o de la recepción de un Derecho ajeno. La denominación de documento auténtico del Derecho francés sigue utilizada en aquellos países en que estuvo vigente el Código de Napoleón, como Bélgica y Luxemburgo; y también en Portugal, CC 1966, artículo 363.3; en la República Dominicana, artículo 1.317; en la provincia canadiense de Québec, CC 1991, artículo 1.813, y en los países francófonos de África.

Dada esta sinonimia, algunos Códigos civiles utilizan disyuntivamente ambos términos, “instrumento público o auténtico”, como Chile, CC de 1855, artículo 1.699; El Salvador, CC de 1860, artículo 1.570, o Venezuela, CC de 1982, artículo 1.357.

3. La función notarial como dación de fe o como atribución de autenticidad

En consecuencia, en los países que utilizan la expresión de documento auténtico, la función pública constitutiva del notario se entiende como atribución de autenticidad, “dar el carácter de autenticidad” a los actos, que dice la Ley Notarial francesa, seguida, por ejemplo, además de por los países del África francófona, por Bélgica (Ley de 1999, art. 1.º) y por Luxemburgo (Ley de 1976, art. 1.º).

Ley Notarial francesa, texto de la Ordenanza núm. 45-2590, de 2 de noviembre de 1945: Art. 1er. “Les notaires sont les officiers publics [«les fonctionnaires publics», decía el texto originario de Ventoso de 1803] établis por

(3) POTHIER, Joseph: *Traité des obligations*, tomo II de *Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la Législation actuelle*, por M. BUGNET. 2.ª ed., París, 1861, pp. 584.

recevoir tous les actes et contracts auxquels les parties doivent o veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions.”

Por el contrario, aquellos otros países que siguen la terminología del documento público autorizan al notario, en expresión de abolengo romano, para “dar fe”; así, junto a nuestra Ley del Notariado de 1862, artículo 1.º, el Código Civil italiano de 1942.

Artículo 2.699. “*Atto pubblico*. L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato.”

Pero la sinonimia no se rompe, porque aquellos mismos textos legales que definen la función notarial como dación de autenticidad disponen que los documentos notariales “hacen fe en juicio”, empezando por la misma Ley francesa de Ventoso (art. 19.1), y siguiendo las leyes de Bélgica de 1999 (art. 19.1) y de Luxemburgo de 1976 (art. 37), que con mayor propiedad habla de “hacen fe” en general, sin limitarla al proceso. El Código Civil francés dispone también que el acto “auténtico” “hace plena fe”.

Francia, Ley de Ventoso, 1803, artículo 19.1 (original; vigente): “Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République”.

Luxemburgo, L. 1976, artículo 37: “Les actes notariés font foi d'après les dispositions du code civil; ils sont exécutoires lorsqu'ils sont revêtu de la formule exécutoire”.

Francia, Código Civil de 1804, artículo 1.319. “L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.”

Resultan redundantes, por tanto, aquellos textos legales para los que la función del notario es “dar fe y autenticidad” (Puerto Rico, Ley de 1987, art. 1.º).

4. La distinción entre documento auténtico e instrumento público

A partir de los tiempos medios, sin embargo, ha estado muy generalizada la distinción entre los documentos con sello auténtico o de autoridad y los instrumentos públicos o autorizados por notario, lo que implícitamente, y a veces explícitamente, daba lugar a la separación entre documentos auténticos e instrumentos públicos, como “maneras” o “especies”

de documentos, como categorías documentales de especial eficacia probatoria frente a los documentos privados. Hagamos el oportuno recorrido, legal y doctrinal.

a) La legislación alfonsina.

La distinción aparece en los Cuerpos legales fundamentales de Alfonso X el Sabio, el Fuero Real, el Espéculo y las Partidas.

El *Fuero Real* denomina exclusivamente “cartas” a todos los documentos y las regula en el libro II, título 9, “De las cartas y traslados”, formado por ocho leyes: las siete primeras dedicadas a “las cartas que fueren fechas... por los escribanos públicos” (Ley 1), y la octava y última a la carta en que fuere puesto sello de una autoridad (Ley 8.1), y aquella otra que algún hombre hiciera con su mano o la sellara con su sello (Ley 8.2). Quedan así recogidos en esta Ley 8.^a la carta sellada con sello de autoridad –civil o eclesiástica, estatal o municipal–, y la carta privada en sus dos modalidades, sellada o firmada.

Fuero Real, 2.9.8: “Toda carta que sea fecha entre algunos omnes e sea y puesto seello de rey o de arçobispo («o de obispo», según algún manuscrito) o de abat o de conceio por testimonio, uala, fueras si aquel contra quien fuere la carta la puidiere desfacer con derecho.

Otrosí mandamos que si algún omne fiziere carta con su mano e la seellare con su seelo mismo de debda que deua o de pleyto que faga sobre sí, uala contra aquél que la fizo o la seelló” (4).

El Fuero Real y el *Fuero de Soria* vienen a coincidir en nuestro tema, aunque el “Capítulo de los escriuanos públicos” de éste (VI, arts. 73-86), no concuerde con el II.9, sino con el I.8 del Fuero Real: incluye en efecto una Ley 84 enteramente semejante a la transcrita del Fuero Real 2.9.8, además de otras dos Leyes, 85 y 86, sobre los selladores de Concejo y su galardón, que no parece necesario transcribir.

Fuero de Soria, L.84: “Toda carta que fuere fecha entre algunos omnes e sea puesto y sseello de rey o de arçobispo o de obispo o de abat benjto o de conceio por testjmonio, uala, fueras ende si aquél contra quien fuere la carta la puidiere desfazer con derecho. Et otrosi si algún omne fiziere carta con su mano o la seellare con su seello mjsmo, de debda que deue él, o de pleyto que fizo sobre sí, uala” (5).

(4) Cito por la edición de Gonzalo MARTÍNEZ DíEZ: *Leyes de Alfonso X - II Fuero Real - Edición y análisis*, Ávila, 1988, pp. 536 + 28 láminas.

(5) Conf. “Fuero de Soria”, pp. 1-225 de *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, edición y estudio de Galo SÁNCHEZ; Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1919, pp. XV + 327.

La precedencia del Fuero de Soria respecto del Fuero Real, y su influencia sobre éste, fue ya afirmada por Galo SÁNCHEZ (6), aunque posteriormente ha sido negada por otros autores. Se saldría de nuestro tema discutir la prelación temporal entre ambos Fueros (7); baste con dejar constancia de que el Derecho documental del Fuero de Soria que ha llegado a nosotros me sigue pareciendo anterior al del Fuero Real, aunque éste es posterior a la redacción originaria que aquél pudo tener en tiempos de Alfonso VIII, muy cercana a los Fueros extensos de la familia Cuenca-Teruel y especialmente al Fuero de Alcázar. El tema, por otra parte, tiene una importancia relativa, pues esas innovaciones en el Fuero de Soria no se deberían probablemente a juristas sorianos, sino a los juristas de la Corte, que intentarían ensayar en Soria sus ideas sobre Derecho documental; sin que tampoco sea de descartar una influencia *a posteriori* del Fuero Real sobre el de Soria, si se recuerda, sobre todo, que Alfonso X concedió a Soria el Fuero Real en 1256.

Las *Partidas*, sistematizando las ideas del Fuero Real, en la misma Ley III.18.1 que inicia el título “De las escrituras, por que se prueban los pleitos”, proclaman la distinción fundamental entre dos “maneras” de “cartas” o “escrituras”, sin darlas especiales denominaciones: aquellas “de que nace averiguamiento de prueba”, dotadas de esta superior eficacia probatoria, y las de índole particular de cualquier otro hombre, que “valen contra aquellos cuyas son”, es decir, que sólo prueban contra sus autores.

Cada uno de estos grupos viene subdividido en otros dos. Las cartas o escrituras de particulares pueden ser selladas o firmadas, como decía el Fuero Real. Y las de mayor eficacia pueden ser hechas por escribano público de Concejo, a las que “llaman Instrumento público”, o bien selladas con sello de “persona auténtica”, esto es, de las autoridades que ya enumeraba el Fuero Real y que repiten las *Partidas* 3.18.114; parecería lógico que las *Partidas* denominasen documentos “auténticos” a estas cartas selladas con sello de persona “auténtica”; pero no lo hacen (8).

Partidas, 3.18.1: “Escritura, de que nace averiguamiento de prueua, es toda carta que sea fecha por mano de Escriuano público de Concejo, o se-

(6) Galo SÁNCHEZ: “de las 545 leyes que, según parece, contiene el Fuero Real, más de la quinta parte proceden del de Soria o están influidas por él”, *op. cit.* en la nota anterior, p. 265.

(7) Puede verse mi trabajo “El Derecho Notarial en el Fuero de Soria y en la Legislación de Alfonso X el Sabio”, *Revista de Derecho Notarial*, XLIV, abril-junio 1964, pp. 29-160 (conf. pp. 85-87), y *Escritos Jurídicos*, I, pp. 31-122.

(8) No existe una edición crítica de las *Partidas*; “hay que destacar, no sólo la insuficiencia, sino más bien la deficiencia de todas las ediciones existentes de las *Partidas*” (GARCÍA GALLO, *op. cit. infra* 11, p. 106); cito por *Los Códigos Españoles* (La Publicidad), 2.^a ed., 1872.

llada con sello de Rey, o de otra persona auténtica, que sea de creer nace della muy grand pro. Ca es testimonio de las cosas pasadas, e averiguamiento del pleyto sobre que es fecha. E son muchas maneras della. Ca o será preuillejo de Papa, o de Emperador, o de Rey, sellada con sello, de oro o de plomo, o firmado con signo antiguo que ayan acostumbrado en aquella sazón, o carta destos Señores, o de alguna otra persona que aya dignidad, con sello de cera. E aún ay otra manera de cartas, que cada un otro ome puede mandar fazer sellar con su sello; e tales como estas valen contra aquellos cuyas son; solamente que por su mandado sean fechas e selladas. E otra escritura y a, que cada uno hace con su mano, e sin sello; que es como manera de prueua, assí como adelante se muestra. E ay otra Escritura, que llaman Instrumento público, que es fecho por mano de Escriuano público de Concejo”.

Partidas, 3.18.114: “Valer deuen las cartas para prouar con ellas los pleytos sobre que fueron fechas, non auiendo en ellas algunas de las falsedades o menguas que mostramos fasta aquí en las leyes deste título, porque pueden ser desechadas; más aún, porque los omes sepan más ciertamente quales son, querémoslas aquí mostrar. Onde dezimos, que si fuere sellada con sello del Rey, o de Arçobispo, o de Obispo, o de Cabildo, o de Abad bendito, o de Maestro de Orden de Caualleros, que deue valer contra aquél que la mandó sellar, para prouar aquello que en ella fué escrito. En essa misma manera, dezimos que deue valer la carta que fuere sellada con sello de Conde, o de Rico ome que aya Señá, o de Concejo... E todo esto que diximos de los preuillejos, e de las cartas, que deuen ser creydas en juyzio, se entiende quando aquél que se quiere aprouechar dellas muestra la carta o el priuillejo original, e non el traslado della. Ca si alguno quisiessse usar en juyzio para prouar su intención del traslado de alguna carta o preuillejo non deue ser creydo, a menos de mostrar el original onde fué sacado; fueras ende si en este traslado fuesse autenticado, e firmado con sello del Rey, o de otro Señor, que deuiessse ser creydo, e fuesse sin sospecha”.

La primera de estas disposiciones, *Partidas, 3.18.1*, presenta una total coincidencia con un texto del *Dotrinal*, el libro que compuso Jácome RUIZ –el Maestro Jacobo de las Leyes– para su hijo Bonajunta.

Dotrinal, IV.4.1. “De las escrituras. Escritura que faze averiguamiento de prueua es toda carta que sea fecha de mano de escriuano público o sellada con sello de rrey o de otra persona que sea auténtica de creer, e nace della muy gran pro, ca es testimonjo de las cosas pasadas e averiguamiento del plejto sobre que es fecha; e son muchas maneras dello, ca o será o preuillejo de papa o de enperador o de rrey, sellado con sello de oro o de plomo, o firmado con signo auténtico, ca era costumbrado en aquella sazón; o carta de aquestos sennores o de alguna otra persona, que aya dignjdad o sello de çera. Aún ay otra manera de cartas, que cada uno otro omne puede mandar fazer e sellar con su sello, e tales como éstas, contra aquellas cuyas son solamente por su mandado sean fechas e selladas. E hay otra escritura que omne

faze con su mano e sijn sello, que es commo manera de prueva, así como adelante se muestra; e otra escritura y a que llaman jstrumento público, que es fecho de escriuano de conçejo” (9).

Esta coincidencia plantea también una cuestión de prioridad temporal y, por consiguiente, si fueron las Partidas las que se inspiraron en el *Dotrinal*, o fue el *Dotrinal* el que copió a las Partidas. Sin entrar en una cuestión que no afecta tampoco al fondo de esta Comunicación, baste decir que la precedencia de las Partidas fue defendida por UREÑA y BONILLA al publicar el *Dotrinal*, si bien al suponer la intervención del Maestro Jacobo en la redacción de las Partidas le acababan calificando solamente de “autoplagiario” (10); pero la prioridad del *Dotrinal* ha sido sostenida con poderosas razones por GARCÍA GALLO (11).

Por otra parte, mientras que Partidas 3.18.1 carece de precedente en el *Espéculo*, Partidas 3.18.114 lo tiene en *Espéculo* 4.12.51, cosa que sería lógica aunque el *Espéculo* no fuera “la redacción originaria” de las Partidas, según la tesis bien conocida de GARCÍA GALLO (12).

Espéculo, 4.12.51. “Quales son las cartas que valen para provar por ellas en juyzio en los pleitos, e en las cosas sobre que son fechas.”

“Valer deven las cartas para provar con ellas en los pleitos sobre que fueron fechas, non aviendo en ellas alguna de las falsedades que mostramos fasta aquí en las leys deste título, porque puedan seer desechadas. Mas aun porque los omes sepan más ciertamente quales son, queremos las aquí mostrar. Onde dezimos, que toda carta que sea fecha entre algunos, e fuere seellada con seello de rey o de arzobispo, o de obispo, o de cabdiello, o de abad beneyto, o de maestre, o de los mayores priores dalguna de las órdenes que son de cavalleros, que deve valer para provar aquello que en ellas fué escripto, fueras si aquél contra quien fuer la carta la podier desfazer con razón de derecho. Eso mismo dezimos, que deve valer la carta que fuer seellada con seello de conde, o de rico ome, que ayan seña de conceio...”

b) La doctrina clásica española.

Expuestos los preceptos legales sobre los que operó nuestra doctrina durante siglos –hasta el Código Civil no quedaron totalmente derogadas las

(9) “*Dotrinal* que compuso Maestre Jacobo de las Leyes para Bonajunta su fijo”, pp. 185-376 de las *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, Jurisconsulto del siglo XIII*, publicadas por Rafael UREÑA Y SMENJAUD y Adolfo BONILLA Y SAN MARTÍN, Madrid, MCMXXIV, pp. 399.

(10) *Op. cit.* en la nota anterior, Introducción, p. XV.

(11) GARCÍA GALLO, Alfonso: “El «Libro de las Leyes», de Alfonso el Sabio. Del *Espéculo* a las Partidas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXI, 1951, pp. 345-528; cito por la separata, especialmente pp. 88-96.

(12) GARCÍA GALLO, *op. cit.* en la nota anterior, p. 106.

Partidas-, pasemos a exponer cómo trataron la cuestión nuestros juristas.

El primero en el tiempo, a fines del siglo xv, fue el Refrendario de Enrique IV, Relator de los Reyes Católicos y Oidor de la Chancillería de Valladolid Alfonso DÍAZ DE MONTALVO; cosa lógica, pues él inicia el Siglo de Oro de la jurisprudencia española. En su Glosa “Toda carta, sello” al Fuero Real 2.9.8, DÍAZ DE MONTALVO utiliza la expresión “sello de persona auténtica”, que aún no empleaba el Fuero Real, y sobre todo la de “instrumento auténtico” que no se atrevieron a usar las Partidas; y entiende que no es suficiente el sello de persona auténtica, sino que se precisa que ésta sea persona pública, ya que en otro caso el instrumento será auténtico, pero no público. La distinción entre instrumento público e instrumento auténtico queda pues explícitamente formulada.

DÍAZ DE MONTALVO, Glosa al Fuero Real 2.9.8: “Toda carta, sello. Nota quod per sigillum auctenticae personae, licet non publicae, instrumentum esse auctenticum, licet non publicum; ei tamen creditur, ut hic et nota Espec. eo tit.// *Nunc Dicendum*, v. item dicit publicum et de probat. //si v.10 [Durante, ver *infra*, nota 31]. Intelligo quod credat tali instrumento sigillato; de his quae sigillans facere potest, et debet ratione officii vel iurisdictionis, ut exemplificat Inno. in. c.2 extra. eo tit. circa si. [Inocencio IV, X, 2.22.2, ver *infra*, nota 30] et Hen. in c. *Cum dilectus* [Henricus de Segusia, Cardenal Hostiensis, X,2.22.9], et Dy. [¿?] eo ti. Et intelligo etiam cum talia sigilla non sunt ignota vel offuscata ut ff. qui testa. fa. po. l. si signa [D, 28.1, *Qui testamenta facere possunt, e quemadmodum testamenta fiant*, 22.3]. et in c. quod sup. his, et ibi gl. extra. e.ti.et c. nobilissimus 97 dist. (?), quia ex quo talia sigilla sunt ignota, explorandum est cuius fidei sint...” (13).

Más extensión y difusión tuvo, a mediados del siglo xvi, la Glosa “*Escritura*” a P, 3.18.1 del Consejero de Castilla y máximo comentador de las Partidas Gregorio LÓPEZ: “Tienes aquí tres especies de instrumentos, pues unos son auténticos, que por sí hacen fe y no requieren de otro adminículo para su validez, y se denominan auténticos por la aposición de sello auténtico del Rey o de otros de que se habla en la ley 114” [“del Rey, o de Arçobispo, o de Obispo, o de Cabildo, o de Abad bendito, o de Maestro de la Orden de Caualleros... de Conde, o de Rico ome que aya Señá, o de Concejo”]. Señala a continuación otros supuestos de “escritura auténtica”, entre los que tiene especial interés el primero, “la que es

(13) Manejo la edición de Salamanca, 1569: *El Fuero Real de España*, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso noveno - Glossado por el egregio Doctor Alonso Díaz de Montalvo. En Salamanca. En casa de Juan Baptista de Terranova, 1569, 12 + 263 folios. Edición príncipe, Sevilla, entre 1480 y 1484. No hace falta recordar que Alfonso X el Sabio era en Castilla Alfonso IX, porque el que conocemos por Alfonso IX fue Rey de León, y no reinó en Castilla.

confeccionada por un oficial, en lo pertinente a su oficio, al cual fue recibido por autoridad pública”. “Pero otros instrumentos se dicen públicos, que son los hechos por mano de tabelión público”. “Y otros son privados, que ni son auténticos ni públicos, como hechos por un particular, que no tiene oficio público”.

Gregorio LÓPEZ, *Glosa 1, a P.3.18.1*: “*Escritura*. Habet ortum a notatis per Gloss. in cap. 1 [X,2.22.1], et per Innoc. in cap. 2 *de fide instrum.* [X,2.22.2] et per Specul. tít. *de instrum. edition. // nunc dicendum* [cap. 7]. Et habes hic tres species instrumentorum: quaedam enim sunt authentica, quae per se fidem faciunt, neque requirunt aliud adminiculum ad sui validitatem; et haec dicuntur authentica ex appositione sigilli authentici Regis, vel aliorum de quibus in l. 114 infra eod. et ponit Innoc. in dicto cap. 2 et habetur in cap. *post. cessionem* 7, *de probat.* [X,2.19.7]. Item dicitur scriptura authentica, quae est confecta per aliquem officialem in pertinentibus ad officium suum, ad quod auctoritate publica fuit assumptus, secundum Bart. in l. *quaedam*, // *nummularios D. de edendo*, [D,2.13.9, *Quaedam,2,Numularios*] et Abb. in dicto cap. 1 [Abad Panormitano, *De fide instrumentorum*, 2.22.1]. Dicitur etiam scriptura authentica, quae sumitur ex archivo publico... Dicitur etiam scriptura authentica ex longorum temporum observatione... Dicitur etiam authentica ex loci consuetudine... Alia vero instrumenta dicuntur publica, quae sunt manu tabellionis publici facta, ut hic in fine, et in cap. 2 juncta Gloss. in verbo *publica manu de fide instrum* [X, 2.22.2, glosa *Per manum publicam*]. Sunt et alia privata, quae neque sunt authentica, neque publica, quasi a privato, et non habente officium publicum conscripta. Et de scriva navis vide l.2, tít. 9, Part. 5” (14).

La glosa de Gregorio LÓPEZ se aparta pues del texto glosado, las Partidas –y de Jácome RUIZ; y de DURANTE–, en un punto fundamental, pues distingue tres especies de documentos, auténticos, públicos y privados, mientras que más acertadamente las Partidas subdistinguían los auténticos y los públicos dentro de una previa categoría común, que oponían a los documentos privados.

En el interregno entre Gregorio LÓPEZ y FEBRERO paremos nuestra atención en tres importantes juristas, los dos primeros de gran influencia en la práctica y el tercero de mayor interés teórico, YÁÑEZ PARLADORIO, abogado de Valladolid; HEVIA BOLAÑOS, afamado procesalista y mercantilista, e IBÁÑEZ de FARIA, comentador de COVARRUBIAS.

Según PARLADORIO instrumento auténtico es un término genérico; en él se incluyen varias especies, una de las cuales es el instrumento público, confeccionado por tabelión; pero también son auténticos los documentos sellados por autoridades, que no son públicos, pero que por ser auténti-

(14) Conf. *supra*, nota 8.

cos también hacen fe; distanciándose de Gregorio LÓPEZ, PARLADORIO vuelve así al criterio de las Partidas en que documentos públicos y documentos auténticos se diferencian, pero dentro de una categoría común, a la que denomina documento auténtico. HEVIA BOLAÑOS recibe la distinción de Gregorio LÓPEZ, pero resalta que unos y otros, los públicos y los auténticos tienen la misma eficacia, “hacen fe y plena probanza”. IBÁÑEZ DE FARIA recoge asimismo la distinción, para terminar afirmando que todos los documentos públicos –los autorizados por tabelión– “se llaman auténticos”.

YÁÑEZ PARLADORIO (15): “Instrumentum publicum ab authentico eo differre, quod species a genere: Publici enim appellatione continetur duntaxat instrumentum illud quod a Notario publico confectum fuerit; Authentici vero appellatio latus patet, atque non solum complectitur instrumenta publica, sed et caetera omnia quae per se fidem faciunt, qualia sunt ea quae ab Episcopis, Ducibus et caeteris Magnatibus conficiuntur, eorum impresso sigillo; ea enim etsi publica non sint, quia tamen authentica sunt, per se fidem faciunt”.

HEVIA BOLAÑOS (16): “Instrumento público es el que se hace ante Escribano público, como lo dice una ley de Partidas. Authentico es el hecho, firmado y sellado por el Rey, Obispos, Prelados, Duques, Condes, Marqueses y otros Grandes Señores o Concejos”. “Y estos Instrumentos públicos y auténticos hacen fe y plena probanza para probar lo que en ellos se dice según unas Leyes de Partidas.”

IBÁÑEZ DE FARIA (17): “Praeterea instrumentum aliud publicum est, et authenticum aliud; hoc Principis, Episcopi, Ducis, aut alterius simili dignitate fulgentis autoritate, ac sigillo percipitur; illud per tabellionem juris solemnitate servata fit... at omnia instrumenta publica appellantur authentica...”.

c) La distinción en José FEBRERO.

A finales del siglo XVIII profundiza nuestro FEBRERO la distinción triembre entre documentos auténticos, públicos y privados, basándose en las Partidas, 3.18.1 según la interpretación de Gregorio LÓPEZ, aunque

(15) YÁÑEZ PARLADORIO (Juan): “Rerum Quotidianarum libri duo”, pp. 1-202 de sus *OPERA JURÍDICA*, Lugduni, Sump. Joannis Antonii Huguetan et Sc. M.DC.LXXIIX; las palabras citadas en el texto, libro II, capítulo 22, parte 1.^a, números 10-11 (Secunda Ampliatio), p. 127; (1.^a ed. del libro II, 1591).

(16) HEVIA BOLAÑOS (Juan de): *Curia Philipica*, primero y segundo tomos. El primero dividido en cinco partes, donde se trata breve y compendiosamente de los Juicios Civiles y Criminales Eclesiásticos y Seculares, párrafo 17, número 28, p. 90. Manejo la edición de Madrid de 1771; 1.^a ed., 1603.

(17) IBÁÑEZ DE FARIA, Diego: “D.D. Didacus Covarrubias a Leiva... Enucleatus et auctus Practicis in Quaestionibus per D.Didacum Ybáñez de Faria”, capítulo XIX, núm. 3. Lugduni, M.DC.LXXXVIII, pp. 330 + 21h. Manejo la edición de 1728, p. 164.

también cite a CICERÓN y a COVARRUBIAS (18). Lo hace al tratar de los instrumentos públicos e insiste al ocuparse del juicio ordinario y del juicio ejecutivo.

Instrumentos públicos: “Al modo que a los Escribanos públicos se dan tres nombres, del mismo modo se dan al instrumento otros tres, que son los de *Auténtico*, *Público* y *Privado*. El *Auténtico* es el que firman y sellan el Rey, los Arzobispos, Obispos, Prelados, Duques, Condes, Marqueses, Maestres de las Órdenes Militares y otros grandes Señores, y los Cabildos, Universidades y Concejos; se llama así porque está vigorizado y robustecido por el mismo que lo hizo, y contiene hecho suyo privativo y no ajeno; y porque por él y no por un tercero tiene autoridad cierta e indubitada; pues esta palabra *Auténtico* es adjetiva, y trae su etimología de la griega *Autentes*, y de la latina *Autenta*, que significa autor de alguna cosa; y también se llama auténtico lo que está comprobado por la autoridad de muchos; y lo que se halla en el Archivo público, y lo demás que refiere el Señor Gregorio López en la glos. 1 de la ley 1, tít. 18 Partid. 3. Cuyo instrumento prueba contra el que lo mandó sellar si lo reconoce, mas no a su favor; sobre lo qual véase la Ley 114, tít. 18 y Partid. 3 dichos y sus diez glosas primeras. Y el instrumento *público* es el que autorizan los Escribanos de los Pueblos, y contienen hechos y cosas ajenas que pasan a su presencia; y ambos hacen fe y plena probanza en cuanto a su contexto”; “cuyo nombre se le da porque está corroborado y robustecido por quien se halla constituido en oficio con autoridad pública y real, para vigorizarlo a fin de que sea creído del Público, y porque se otorga ante testigos y no en secreto (19).

Juicio ordinario: “el instrumento es de tres maneras: *público*, *auténtico* y *privado*; ... el instrumento público se llama así porque lo autoriza persona en quien reside autoridad pública concedida por el Rey, para ser creído, que se estableció para la pública utilidad, y se otorga ante testigos”; “el instrumento *auténtico* (que es el que está vigorizado con el Sello del Rey, Príncipe, Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito, Maestre de Orden Militar, Duque, Conde, Marqués o de Consejo –*sic*–) hace fe para probar su contexto contra el que lo mandó sellar”. “Se diferencian el instrumento público y el auténtico, en que por instrumento público se entiende el que está hecho por persona en quien reside autoridad pública, con todas las solemnidades prescritas por derecho para su validación y firmeza; y por auténtico el que hace fe por sí mismo, ya sea por estar robustecido con el sello del que lo hizo, o de otra suerte, de modo que no necesita de otro adminículo para hacerla; bien que el público se suele llamar también auténtico, porque el mismo que

(18) FEBRERO, José: *Librería de Escribanos, é instrucción jurídica theórico práctica de Principiantes*. Edición facsímil del Consejo General del Notariado, Madrid, 1990.

(19) *Op. cit.* en la nota anterior, parte primera (1789), tomo III, capítulo XVI-I, números 2 y 8 [pp. 420 y 429].

lo hizo y firmó le da autoridad y fuerza para que sea creído su contexto; pero no público éste, porque no se otorga ante persona pública, ni testigos, ni con solemnidad alguna para hacerla, pues la hace por sí, sin tener que remitirse a otro; y ambos convienen en la estabilidad y crédito o fe que merecen, y se les debe dar" (20).

Juicio ejecutivo: traen aparejada ejecución "el instrumento público y auténtico, que hacen fe; bien que el auténtico concibo la traerá si se reconoce judicialmente y no de otra suerte, porque aunque hace prueba en juicio, ninguna ley lo constituye ejecutivo como al público, por ser cosa muy diversa según en el cap. I n. 351 expuse" (21).

d) La crítica de ESCRICHE.

La negativa de la distinción entre documento público y documento auténtico se debe especialmente a don Joaquín ESCRICHE, en su famoso *Diccionario* (22); no se olvide que la denominación, de "documento auténtico" tuvo y tiene un especial arraigo en el Derecho francés; que ESCRICHE estuvo desterrado en Francia desde 1823, en que concluye el trienio liberal, hasta que muere Fernando VII en 1833; y que la primera edición de su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* tuvo lugar en París en 1831. Según ESCRICHE, "todo instrumento auténtico es también público, respecto de que no hay verdadera autenticidad que no dimanase de autoridad pública, y todo instrumento público es igualmente auténtico por razón de la fe o crédito que merece".

Voz "Auténtico": "Lo que se halla autorizado o legalizado de modo que hace fe pública".

Voz "Instrumento", en que expresamente disiente de FEBRERO: "El instrumento es público o privado. Es instrumento *público* el que una persona constituida en dignidad o cargo público autoriza en los negocios correspondientes a su empleo u oficio; y es instrumento *privado* el que se hace por personas particulares sin intervención de persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de oficio. Algunos dividen los instrumentos en auténticos, públicos y privados; pero esta división trimembre carece de exactitud y precisión, pues que todo instrumento auténtico es también público, respecto de que no hay verdadera autenticidad que no dimanase de autoridad pública, y todo instrumento público es igualmente auténtico por razón de la fe o crédito que merece".

Voz "Instrumento auténtico": "Dícese *auténtico* todo escrito, papel o documento que se halla autorizado de manera que haga fe y deba ser creído".

(20) *Op. cit.* en nota 18, parte segunda (1790), libro III, capítulo 1.º, VII, números 341, 351 y 352 [2.ª, III, pp. 204, 213 y 213-14].

(21) *Op. cit.* en nota 18, parte segunda, libro III, capítulo 2.º, I, número 2 [2.ª, III, pp. 391-92].

(22) ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia... Nueva edición, corregida notablemente y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho Americano por Don Juan B. Guim*, París, 1860 [1.ª ed. 1831], pp. 309, 885 y 886.

Voz “Instrumento público”: “En general, es todo escrito autorizado por un funcionario público en los negocios correspondientes a su oficio o empleo...”.

Quedan así equiparados, al reducirse a cuestión de mera terminología, los “actos auténticos” del Derecho francés y los “documentos públicos” de nuestro Derecho.

e) Los autores de la primera mitad del siglo XIX.

La posición negadora de ESCRICHE iba a triunfar en la doctrina. A FEBRERO, en realidad, sólo le siguen sus *continuadores*, antes o después de ESCRICHE: el *Febrero reformado* de GUTIÉRREZ (23), el *Febrero adicionado* de AZNAR (24), más completa y literalmente éste que aquél, y el *Febrero novísimo* de TAPIA (25); sólo las diversas ediciones del *Febrero*, o *Librería de Jueces, Abogados y Escribanos* de Florencio GARCÍA GOYENA (también liberal, desterrado en 1823-34) y Joaquín AGUIRRE se apartan claramente de la exposición de don José FEBRERO.

GARCÍA GOYENA-AGUIRRE: “Entiéndese por instrumento público el escrito que autoriza un funcionario de esta clase en los negocios relativos al ejercicio de su empleo”.

“Los instrumentos públicos se llaman generalmente *auténticos*; pero se da especialmente esta denominación por algunos autores a aquellos que están corroborados por el sello del rey, príncipe, prelado, corporaciones, personajes de alto carácter y dignidad, etc. Estos hacen fe en contra de quien los mandó sellar; pero no la hacen en materia de contratos u otra semejante, porque tales actos deben autorizarse con la presencia de escribanos públicos. = También pueden llamarse auténticos los instrumentos autorizados por personas públicas, encargadas en algún ramo especial, las actas, registros

(23) GUTIÉRREZ, José Marcos: *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces, que compuso Don Josef Febrero, Escribano Real y del Colegio de la Corte, y ha reformado de nuevo... El Licenciado Don Josef Márcos Gutiérrez*, 4.^a ed., Madrid, 1807 [1.^a ed., 1801]: Instrumentos públicos, parte 1.^a, tomo II, capítulo 14, números 145 y 155 [pp. 527 y 533]. Juicio ordinario, parte 2.^a, libro III, capítulo I, número 300 [tomo IV, pp. 259-60]. Juicio ejecutivo, parte 2.^a, libro III, capítulo II, número 2 [tomo IV, p. 371], donde se limita a decir que traen regularmente aparejada ejecución “el instrumento público y auténtico que hacen fe”, sin seguir a FEBRERO en su doctrina de que no es título ejecutivo el documento auténtico, pero sin negarlo expresamente.

(24) AZNAR, Miguel: *El Febrero adicionado, o Librería de Escribanos, Abogados y Jueces. Por el Lic. D. Miguel Aznar, Abogado del Ilustre Colegio de esta Corte... Octava Impresión... Madrid, Imprenta de la Real Compañía. Año 1825...* [1.^a ed., 1806-8]: Instrumentos públicos, parte primera, tomo III, capítulo XIX, números 2 y 7 [tomo 3.^o, pp. 334-335, y 342]. Juicio ordinario, parte 2.^a, libro III, capítulo 1.^o, números 339 y 350 [tomo 5.^o, pp. 383 y 391]. Juicio ejecutivo, parte 2.^a, libro III, capítulo 2.^o, número 2 [tomo 6.^o, p. 2].

(25) TAPIA, Eugenio de: *Febrero Novísimo, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método...*; Valencia, Imprenta de Ildefonso Mompíe, diez tomos. Instrumentos públicos, libro I, título VI, capítulo 2.^o, número 2 [tomo I, 1928, pp. 221-222]. Juicio ordinario, libro III, título II, capítulo 10, números 75, 86 y 87 [tomo IV, 1828, pp. 156 y 162-63]. Juicio ejecutivo, libro III, título III, capítulo 2.^o, número 1 [tomo V, 1829, p. 19].

de algunos cuerpos, los libros llamados sacramentales y otros semejantes. En estos por lo común cabe la prueba de la autenticidad misma, es decir, la justificación de que se hallan autorizadas al efecto por las personas que parecen estarlo, y éstas tienen el carácter público y necesario para ese fin, y cabe asimismo el examen y cotejo de los originales, etc.” (26).

El rechazo de la distinción se extendió especialmente entre los primeros catedráticos de Notariado de las Escuelas creadas en las Audiencias por el RD de 13 de abril de 1844. Don Juan Ignacio MORENO, catedrático de Madrid que ingresó en el Seminario y llegó a ser cardenal y arzobispo de Toledo, Primado de España, se expresa de manera terminante: “creemos que al instrumento público puede darse con propiedad la denominación de auténtico y al contrario”. Más moderadamente don José MURO, catedrático de Valladolid, entiende que “todo lo público... es auténtico, pero que no todo lo auténtico es público”.

MORENO: “Instrumento público es la escritura autorizada por una persona constituida en dignidad siendo sobre negocio concerniente a la misma dignidad u oficio, o la que pasa ante escribano público”. Se rechaza, pues, la distinción que hacen “algunos autores” entre el instrumento público y el auténtico, “considerando por una parte la fe y crédito que merece el instrumento que estos autores apellidan público, y por otra que no hay autenticidad que no dimane de autoridad pública” (27).

MURO: “*Instrumento*, o mejor *documento auténtico* «es todo escrito que hace fe por sí mismo». Son así documentos *auténticos* las Escrituras públicas, las certificaciones, libramientos y demás que suelen expedir los Ayuntamientos, los Párrocos, los Jefes de la Administración y otras personas o corporaciones que tienen un carácter oficial o público”. “Se ve según ello que todo lo público, entendido esto como queda definido, es *auténtico*, pero que no todo lo *auténtico* es público” (28).

(26) *FEBRERO, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos...* por... Don Florencio GARCÍA GOYENA... y Don Joaquín AGUIRRE; segunda edición, corregida y aumentada por los Sres. Don Joaquín AGUIRRE y Don Juan Manuel MONTALBÁN. Juicio ordinario de mayor cuantía. De las pruebas; libro IV, parte 2.ª, título XII, sección IV, números 425 y 451 [2.ª ed., Madrid, 1845, tomo VI, pp. 158 y 165-66]. Juicio ejecutivo, libro IV, parte 2.ª, título XXIX, sección I, números 718 y 739-55 [2.ª ed., Madrid, 1845, tomo VII, pp. 2 y 9-17]. = *FEBRERO, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, por Don Florencio GARCÍA GOYENA y Don Joaquín AGUIRRE; corregida y aumentada por Don Joaquín AGUIRRE y Don Juan Manuel MONTALBÁN; cuarta edición, por Don José DE VICENTE Y CARAVANTES, Madrid, 1852 [Juicio ordinario de mayor cuantía, De las pruebas, tomo IV, también números 425 y 451, pp. 82 y 91, casi literalmente coincidentes con los de la 2.ª ed. transcritos en el texto].

(27) MORENO MAISONAVE, Juan de la Cruz Ignacio: *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*. Primera edición, Madrid, en la Imprenta de D. Antonio Vives, calle de Segovia, número 6, 1847, pp. 75-76.

(28) MURO, José: *Guía del Escribano*, Valladolid, Imprenta de Don Julián Pastor, 1847; primera edición, tomo I, pp. 7-8.

5. El Derecho común

Toda esta doctrina diferenciadora del documento público y el documento auténtico no fue inventada por las Partidas ni por el Maestro JACOBO EL DE LAS LEYES; el mismo Gregorio LÓPEZ, en su glosa "*Escritura*" a P.3.18.1, nos encamina al Derecho común, al poner su origen (*habet ortum*) en la GLOSA, en INOCENCIO y en DURANTE.

La doctrina aparece proclamada en las *Decretales y su Glosa*. Es fundamental una decretal del Pontífice Alejandro III (años 1159-81) –antes Canciller ROLANDO–, *Scripta vero authentica* (año 1166), recogida en el libro II de las Decretales, título 22, *De fide instrumentorum* (X, 2.22.2), que enlaza con la inmediatamente anterior, *Si scripturam* (X, 2.22.1) dada por el Papa San Gregorio I en el año 592.

X. 2.22.1. "*Si scripturam authenticam non videmus, ad exemplaria nihil facere possumus*" (29).

Glosa b. *Exemplaria*: "nisi ipsa exemplaria sumpta et publicata sint iudicis auctoritate".

X, 2.22.2. "*Scripta vero authentica*, si testes inscripti decesserint (nisi per manum publicam facta fuerint, ita quod appareant publica, aut authenticum sigillum habuerint, per quod possint probari) non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere".

Glosa d. *Per manum publicam*: "id est, per notarium, qui seruus publicus dicitur". Glosa e. *Appareant*: "ratione subscriptione".

El concepto de escritura "auténtica" de que parte la primera de estas decretales (X, 2.22.1) es el de documento "original" de que luego trataremos, de manera que si al que ha de juzgar solamente se le presentan copias, *exemplaria*, nada puede hacer. Pero los mismos documentos "originales" o "auténticos" –sigue diciendo la decretal segunda, X, 2.22.2, conservando el mismo concepto de documento auténtico de la primera–, carecen de toda eficacia si los testigos designados en los mismos han fallecido. Y entre paréntesis, lo que de no ser un resumen parece indicar una interpolación de los compiladores, la decretal consigna dos excepciones a esta última doctrina, "a no ser que estuvieran hechos por mano pública, de manera que aparezcan públicos, o que tengan un sello auténtico por el que puedan probarse"; tenemos, pues, dos clases de documentos cuya eficacia probatoria no pende, como la de los documentos privados, de que

(29) Puede verse el texto completo de esta Decretal, según la primera compilación, en GONZÁLEZ TÉLLEZ, Emmanuelis: *Commentaria Perpetua in Singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX*, Tomus Secundus, Lugduni, Sumptibus Petri Borde, Joan An. et Petri Arnaud, M.DC.LXXXIII, p. 455.

declaren en juicio los testigos, y por tanto de que vivan: los documentos públicos y los documentos sellados con sello auténtico.

El insigne canonista Sinibaldo FIESCHI, luego Papa Inocencio IV (1243-54) tuvo una gran influencia en la difusión de la doctrina, con sus *Comentarios a los Cinco Libros de las Decretales* (30).

Comentario a X, 2.22.1: “Auctentica scriptura est, vel quae fit per publicam personam et sine auctoritate iudicis cum subscriptione duorum vel trium testium... Vel quae auctenticum sigillum habet... Item publicam scripturam appello generaliter omnem scripturam cui creditur sine alio adminiculo de iure vel consuetudine speciali...”.

Comentario a X, 2.22.2: “Hic nota illas scripturas dici publicas quae habent sigillum, vel quae fiunt per tabellionem, ... et alia authentica, qualia sunt omnia quibus fides adhibent; et possunt dici omnia authentica publica sed non ecoverso... Nota quod ex quo scriptura est facta manu publica vel sigillum auctenticum habet, etiam mortuis testibus ibidem inscriptis creditur illi scripturae, ut hic dicit, dummodo non sit aliquo uitata, uel uituperata, vel suspecta, vel calumniosa, C. de edic. diui Adri. tol. l. fin [CJ, 6.33, *De Edicto Divi Hadriani tollendo, et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur*, 3, Justiniano, a. 531]. Auth. eo tit, // Si vero moriatur [Novela 73, *De Instrumentorum cautela et fide*, capítulo VII, *Si vero moriantur omnes testes...*]; ille tamen contra quem producitur instrumentum, potest illi dicere falsum...”.

El gran procesalista Guillermo DURANTE -1237-1296- (31), autor del *Speculum iuris*, la fuente más importante de la Tercera Partida -opinión común, que ha sido negada por Juan Antonio ARIAS BONET (32)-, es también en nuestro tema el más directo inspirador de las Partidas y de su glosa por Gregorio LÓPEZ; pero arranca de conceptos distintos. Existen, según DURANTE, dos especies de documentos, el documento privado y el que denomina instrumento público o auténtico -*publicum seu authenticum*-, dentro del cual distingue otra serie de especies documentales entre las que en primer término se encuentran las que otros consideran instru-

(30) INNOCENTII QUARTI Pont. Max: “In quinque Libros Decretalium, necnon in Decretales per eundem Innocentium Editas, ... Commentaria Doctissima, cum Pauli Roselli Adnotationibus. Augustae Taurinorum, Apud heredes Nicolai Beuilaquae, MDLXXXI, 236 fols. + Repertorium Innocentii. Margarita Preciosa summi V.I. Interpretis Baldi de Ubaldis, perussini”; conf. números 1 de los Comentarios a X, 2.22. 1 y 2, pp. 112v y 113r.

(31) DURANTE, Guillermo: *D.G. Durandi... Speculum iuris, cum Ioan Andreae, Baldi, reliquorumque clarissimorum I.V. doctorum visionibus hactenus addi solitis... Auctore Alexandro de Nevo*, Lugduni, 1577; Pars Secunda, II, “De instrumentorum editione”, capítulo 7, “Nunc dicendum”, fol. 138v).

(32) ARIAS BONET, Juan Antonio: “Sobre presuntas fuentes de las Partidas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 9, Monográfico, Alfonso X el Sabio. VII Centenario, 1985, pp. 11-23, especialmente pp. 16-19.

mentos públicos e instrumentos auténticos, pero que para DURANTE son pura y simplemente instrumentos públicos. Así resulta del capítulo “*Nunc dicendum*”: “Nos queda por hablar de cuántas son las especies de documentos. Y ciertamente hay dos, pues uno es público o auténtico, otro privado. El público o auténtico es el que tiene autoridad pública; cuyas especies son varias. Pues público en primer lugar es el que está escrito por mano pública, esto es por mano de notario, que es persona pública... También se dice público el instrumento que está sellado con sello auténtico”; enumerando después algunos supuestos más concretos, que DURANTE considera documentos públicos, mientras que Gregorio LÓPEZ los cataloga como documentos auténticos.

DURANTE: “*Nunc dicendum restat quot sunt species instrumentorum. Et quidem duae, nam aliud est publicum seu authenticum, aliud privatum. Publicum seu authenticum est quod publicam habet auctoritatem; cuius species sunt plures. Nam publicum est [primo] quod est per manum publicam scriptum, id est per manum notarii, qui est publica persona, ut C. de epis. et cleri, orphanotrophos [CJ, 1.3.32]. Unde servus publicus dicitur, ut C. lib. X de iure fis. facultas [CJ, 10.1.7], et in const. Greg. X. de usur.c.quanquam [sic, Sexti Decret, 5.5.2], et in publicam formam redactum, ut extra de praesump. illud [X,2.23.11], ext., de fi.int. c.ii [X, 2.22.2] et c. inter dilectos [X, 2.22.6], & rursus... cuius officium dicitur publicum, quia ob publicam utilitatem est inventum. Item [secundo] dicitur publicum instrumentum quod est sigillo autentico sigillatum; extr. eo scripta, extr. de prob. tertio [X, 2.19.5, Tertio], XIX, q.3 statuimus. Sec tunc potius dicitur authenticum quam publicum... Dicitur publicum [tertio], quod est auctoritate iudicis exemplatum et authenticatum, ut C. de testa.publicati [CJ, 6.23.2], C. de re iu. c. si [CJ, 7.52.3], C. de iu. emp. l.si... Quarto dicitur publicum instrumentum quod in iudicio scribitur apud acta publica; et valet per quemcunque scriptum fit... Quinto dicitur publicum quod habet subscriptionem trium, vel secundum canones duorum viventium testium, etiam si fit per privatam manum scriptum... sed mortuis testibus non valet... Sexto dicitur publicum quodam de archiuo publico producitur, liber scilicet rationum vel alterius rei; et ei creditur si habet publicum testimonium, scilicet si iudex confiteatur illum fore de archiuo seu armario publico productum... Et generaliter nota, omnem scripturam dici publicam cui de iure vel speciali consuetudine creditur... Quod quidem verum est si originale, id est ipsum authenticum instrumentum, introducatur. Si vero exemplum, vel sumptum, quod et vocatur Index... exhibeatur fides non adhibetur... nisi auctoritate iudicis sit transcriptum per manum publicam, ut praedixit, vel nisi illud authenticum, de quo fit mentio, vel alia legitima probatio exhibeatur... Priuatum autem est omne illud instrumentum a quocunque sit scriptum, nisi aliquo praedictorum modorum sit corroboratum. Privatorum autem tres sunt species; nam aliquando facis scripturam tibi tantum, aliquando alii tantum; aliquando tibi et alii. Scripturae quam tibi facis nulla fides adhibetur, C. de prob. [CJ, 4.19, De probationibus] non “*exemplo*” [ley 7], et l. “*non epistolis*” [ley 13], C. de conuen. fis. debit. l. fi [CJ, 10.2.2, De conveniendis fisci debito-*

ribus, ley 2, *Fisco*]. Scripturae vero quam facis alii contra te, puta creditori tuo de eo quod ab eo accepisti, bene creditur contra te *ff. depositi, Publica Maeuia, si i. q.7, saluberrimum* [D, 16.3.26, *Depositum vel contra*]. Tibi autem et alii facis scripturam, sicut est codex rationum tuarum, cui interdum creditur, *ff. de eden. si quis ex argentariis, et l. quaedam, & numularios* [D, 2.13, *De edendo*, 6, *Si quis ex argentariis*, 9, *Quaedam, & Numularios*].

6. La “autenticidad”: pluralidad de significados

Pasamos a hacer algunas consideraciones sobre el material acumulado y sobre ciertas particularidades del documento auténtico, a fin también de indicar alguna de las incidencias que ha producido la distinción entre documento auténtico y documento público en campos a veces insospechados, y de las que incluso se encuentran residuos o ecos en nuestros días.

“Autenticidad” es una palabra polisémica (33); su etimología nos ayudará a encontrar aquellos de sus significados que resultan fundamentales a efectos de la presente Comunicación.

El adjetivo latino *authenticus* procede, como es sabido, del griego *authentikós*, que, según el *Diccionario Griego-Español* que dirige mi hermano Francisco RODRÍGUEZ ADRADOS (34), significa en su primera acepción “auténtico, original, autógrafo... genuino”; en una segunda acepción “soberano, independiente, auténtico”; y en su forma adverbial “con autoridad”. Pero así como el *authentikós* griego tuvo que ser importado por Roma al carecer el latín de expresión equivalente, la *autoritas* –“saber reconocido”, “prestigio”– es, como explica Álvaro D’ORS (35), un concepto “exclusivamente romano y carece de un equivalente griego que valga para todas sus aplicaciones”; la palabra griega más utilizada en su traducción fue *authentia*, “poder originario”, y su sentido de “potestad” y el del sustantivo *authentēs* –“autor, responsable” según aquél *Diccionario*–, acabó contaminando de “poder” la *autoritas* latina.

La primera acepción griega de *authentikós* es pues “original, autógrafo... genuino”. En materia documental, el latín recibe del griego la palabra

(33) Puede verse mi trabajo “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, ponencia para el VII Congreso Internacional del Notariado Latino, Bruselas, 1963; publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, XLI-XLII, julio-diciembre 1963, pp. 71-183; *Centenario de la Ley del Notariado*, 2.ª, II, pp. 679-786; y *Escritos Jurídicos*, III, pp. 149-224.

(34) *Diccionario Griego-Español*, redactado bajo la dirección de Francisco RODRÍGUEZ ADRADOS, volumen III, Madrid, 1991.

(35) D’ORS, Álvaro: “Auctoritas-authentia-Authenticum”, pp. 375-81 de los *Apophoreta Philologica Emmanueli Fernández-Galiano a sodalibus oblata*, Pars Altera, Estudios Clásicos, Madrid, 1984.

authenticus precisamente en esta acepción de “original” –entendido muchas veces como “autografía”–, a través de los papiros de aplicación del Derecho del Egipto romano. Y en materia documental servirá, como veremos, para distinguir el “original” de sus copias o traslados, así como para determinar cuál es el “original” entre los varios instrumentos que documentan un negocio.

La “genuidad” comprendida en esta primera acepción de lo auténtico ha de entenderse en nuestro tema referida ante todo al “autor” del documento, según pone de relieve la indicada conexión de “auténtico” con *authentēs*. La autenticidad del documento tiene que ser primariamente subjetiva, autenticidad de su “autoría”, porque consideraciones etimológicas aparte, la autenticidad de los demás elementos del documento presuponen, exigen, jurídicamente la autenticidad del autor del documento; sin autor auténtico no puede haber, en ningún sentido, documento auténtico, porque ni siquiera habrá documento; como dice COVARRUBIAS, auténtico es aquello que es del mismo autor, y por tanto se llama instrumento auténtico, en una primera y primordial interpretación, el mismo original que se hace por el mismo primer autor, y obtiene la fe de él y no de otra parte.

COVARRUBIAS: “Sed et originale instrumentum dicitur scriptura authentica... ea profecto ratione, quod Authenticum dicatur id quod ipsiusmet auctoris sit, et ab eomet auctoritatem habeat, non aliunde... Qua ratione Authenticum significat quod certum auctorem habet, et idcirco instrumenta authentica dicuntur illa quae certam ac justam auctoritatem ac fidem habent, nempe ipsiusmet certi auctoris... Nam authentēs, Graecè... idem quod latinè Auctor significat...” (36).

(Pues también se llama original la escritura auténtica..., en razón de que se llama auténtico lo que es del mismo autor y tiene autoridad de él mismo y no de otra parte... Por cuya razón auténtico significa lo que tiene autor cierto, y por ello instrumentos auténticos se llaman aquellos que tienen cierta y justa autoridad y fe, como del mismo autor cierto... Pues *authentēs* en griego significa lo mismo que en latín *Auctor*...).

Pero la mera concordancia con la realidad de aquello que el documento dice –en la dimensión subjetiva, la coincidencia entre el autor nominal y el autor real del documento– sólo puede dar lugar a una autenticidad simple o material, que resulta insuficiente en el tráfico jurídico porque necesitaría la prueba en todo momento de tal concordancia. Por eso la segunda acepción del adjetivo auténtico habla de “soberano, independiente” “con autoridad”, y la *auctoritas* latina se tiñe de “poder”, de

(36) COVARRUBIAS Y LEIVA, Diego: “Practicarum Quaestionum, Liber Unus”, recogido en *Opera Omnia*, II, pp. 492-689 (1.ª ed., Salamanca, 1556). Conf. Caput XIX, número 1, p. 580.

“poder originario”. Y así llegamos a la concepción formal o documental de la autenticidad, para la que el documento auténtico es aquél que tiene autoridad para establecer por sí solo, o para probar por sí solo, su propia autenticidad. Es la llamada autenticidad formal o documental, que pasa del mundo de los hechos al del Derecho, al de la eficacia jurídica.

7. El documento auténtico como documento “original”

Quizá sea ULPIANO el primer jurista que usa la palabra “auténtico” en su acepción de “original”, frente a sus copias o traslados; lo hizo al tratar de la apertura del testamento: abierta una copia, el testamento no queda todavía abierto, mientras que abierto oficialmente el testamento auténtico, el original, no hay que proceder a una nueva apertura de la copia, porque todas las copias han resultado abiertas. Y la acepción llega al título “*De fide instrumentorum*” del *Digesto* en un conocido texto de PAULO por el que incluso el Fisco, cuando reclama a un particular, tiene que basarse en un documento original y no en una copia.

ULPIANO, D, 29.3.12: “Si quis fecerit testamentum et exemplum eius, exemplo quidem aperto nondum apertum est testamentum; quod si authenticum patefactum «est», est totum apertum” (Ad legem Iuliam et Papiam, libro XIII).

PAULO, D, 22.4.2: “Quicumque a fisco convenitur, non ex indice et exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico conveniendus est et ita si contractus fides possit ostendi; ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio optinere non convenit” (Libro V Sententiarum).

Según hemos visto, la doctrina será recibida por las Decretales, también en el título “*De fide instrumentorum*” y en su mismo inicio: “Si no vemos la escritura auténtica, nada podemos hacer con las copias” (X, 2.22.1); a no ser que éstas hayan sido sacadas y publicadas “solemnemente”, que comenta el Abad PANORMITANO, “con autoridad de juez”, según la glosa, “ante juez y notario” o “sólo ante Notario” (Gregorio LÓPEZ), pues cabe que el “traslado fuesse autenticado” (Partidas, 3.18.114, *in fine*).

ABAD PANORMITANO: “Instrumenti exemplum non solemniter sumptum, fidem non facit absque originali”. Gregorio LÓPEZ: “quando vero exemplar [erat exemplum] coram iudice et tabellione, illud etiam videtur originale; et idem videtur si coram solo tabellione id faceret” (37).

(37) *Abbatis Panormitani: Commentaria Primae Partis in secundum Decretalium Librum, Venetiis, MDLXXVIII*, fol. 116r comentario a X, 2.22.1. Gregorio LÓPEZ, glosa 14, *Del Rey*, a P, 3.18.114. El texto de X, 2.22.1 y su glosa han sido consignados *supra*, número 5.

Esta acepción de “original” cobra especial importancia respecto al instrumento público cuando, en el Derecho intermedio, se pasa de un sistema uni-instrumental, en el que para cada negocio hay un solo documento notarial, el *instrumentum publicum*, a los sistemas bi-instrumentales, en los que para cada negocio hay al menos dos documentos notariales, los que al final de la evolución se llamarán la matriz y la copia. ACCURSIO (38), en la glosa Índice al citado texto de PAULO, nos indica las diversas denominaciones que se usaban en su tiempo, de un lado el original, *originale*, *authenticum* y *exemplar*, y de otro las copias, *index*, *exemplum* y *sumptum*, y también *memoria*.

ACCURSIO, Glosa Índice a D, 22.4.2: “Tria sunt originalia nomina, s«cilicet» originale, authenticum et exemplar. Item alia tria nomina inde extracta, s«cilicet» index, exemplum et sumptum, et etiam memoriam, ut C. de eden«do» auth«entica» si quis in aliquo” (CJ, 2.1.7).

He hablado en plural de sistemas bi-instrumentales no ya por las naturales y concretas diferencias geográficas y temporales y por las complicaciones ulteriores, que también se produjeron, sino por el corrimiento del centro de gravedad del sistema, que primero estaba en el *instrumentum publicum*, el documento de tráfico heredado del uni-instrumentalismo, para pasar con los siglos a una situación de equilibrio entre los dos documentos, y terminar con la prevalencia del documento custodiado por el notario, y la consiguiente conversión en mera copia del documento de tráfico.

Entre nosotros la conclusión total del proceso no tuvo lugar hasta la Ley del Notariado de 1862, pero casi se logró en la Pragmática de Alcalá de 1503, y entonces el concepto de documento auténtico adquirió renovado interés polémico. COVARRUBIAS, más apegado al pasado, continuó defendiendo con su superior formación humanista que el traslado, la “escritura signada” en la terminología de la Pragmática de Alcalá, seguía siendo documento “original”, y en consecuencia este instrumento de tráfico producía toda su eficacia aunque no apareciere el protocolo –la matriz–, se hubiera perdido, o no se hubiera llegado a extender; y ello en todo caso, aunque se tratara de un instrumento *in scriptis*, excepción defendida por BALDO para la ciudad de Constantinopla, que COVARRUBIAS considera “falsa”. La doctrina contraria, de que la autenticidad del documento de tráfico pende siempre de su correspondencia con el documento original,

(38) Conf. mi “La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana”, citada en la nota 1; véase XIII, pp. 392-96.

que es el que se encuentra en el protocolo, fue sostenida con acierto por el procesalista PAREJA Y QUESADA, y en su ayuda vendría la Pragmática de los Sellos.

COVARRUBIAS: “igitur authenticum instrumentum ex prima et pro priori interpretatione dicitur ipsum originale, quod fit ipsiusmet primi auctoris, ab eoque, ac non aliunde fidem habens. Deinde dicitur etiam authenticum instrumentum omne illud quod certam et indubitam habet fidem... Quod si aliqua scriptura producat in iudicium, cujus protocollum confectum non sit, aut semel factum non reperiatur, non debet haberi fides instrumento, quod not. Bald, in rubr. C.de fide instr. n.20, qui hoc intelligit verum esse ubi contractus factus fuerit in scriptis... Bald. opinionem quam ipse falsam esse censeo” (39).

(Por consiguiente se llama instrumento auténtico como primera y más importante acepción el mismo original que es del mismo primer autor y que tiene fe por él y no de otro. Finalmente, se llama también instrumento auténtico todo aquél que tiene fe cierta e indubitada... Y si se presenta en juicio alguna escritura cuyo protocolo no se haya confeccionado, o una vez hecho no apareciera, no debe darse fe al instrumento según BALDO, en la rúbrica al Código, de fide instrumentorum, núm. 20, que entiende que esto es cierto si el contrato fuere hecho in scriptis... opinión de BALDO que yo considero que es falsa.)

BALDO: “Secundo quaero si ista originalis imbreuiatura non reperitur, utrum instrumentum parti redditum vitietur, et certum est quia in civitate Constantinopolitana est de substantia quod ista matrix scriptura appareat, ut in Auth. de Tabel. [Novela 44] ... quia alias praesumitur instrumentum falsum. Sed Nic Mat.[Nicolás Matharelli] dicit quod est speciale in civitate Constantinopolitana, unde in contrarium est ius commune, et ideo standum est instrumento publico licet non appareat de protocolo... Adde hoc verum, nisi contractus esset celebratus in scriptis, quia tunc in prima scriptura stat substantia” (40)

PAREJA Y QUESADA (I.I.III): “censem summe periculosam esse, et nullo pacto admittendam doctrinam domini Praeconsulis Covarruviae” (núm. 25); “origo et vis instrumentorum a Protocolo seu Registro accipienda est” (núm. 3); “instrumento publico... nomen talis mereri quando in Protocolo descriptum invenitur cum solemnitatibus ibi adhibitis” (núm. 4); “instrumenta publica robur tunc accipere et probationem inducere quando ex Protocolo originem ducunt, adhibitis solemnitatibus” (núm. 17) (41).

(39) COVARRUBIAS, *op. cit. supra*, nota 36, Caput XIX, número 3, p. 581.

(40) BALDO DE UBALDIS: *In III et V. Codicis Librum Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, M.DCXV, fols. 208. Conf. comentario al libro IV, título 21, “De fide instrumentorum”, Rúbrica, número 39 (no 20, como dice COVARRUBIAS), confirmado por el 49.

(41) PAREJA Y QUESADA, Gabrielis de: *Praxis edendi, sive Tractatus de universa instrumentorum editione...*, Editio Novissima, Lugduni, Sumptibus Laurentinii Anisson, MDCLXVIII, Tomus primus, pp. 10 + 341 + Index Rerum. Conf. I.III.II y I.III.I, números 3, 4, 17 y 25 y siguientes.

8. El documento auténtico como documento “sellado”

La primera nota característica del documento auténtico es de índole formal: el documento auténtico es un documento sellado. Así el Derecho común: X, 2.22.2, *authenticum sigillum habuerint*, INOCENCIO, *sigillum authenticum habet*, DURANTE, *quod est sigillo autentico sigillatum*. Y nuestro Derecho: el Fuero Real, “sea y sello de rey...” (2.9.8), las Partidas, “carta... sellada con sello de Rey o de otra persona auténtica que sea de creer” (3.18.1), y toda la doctrina: *sigillum auctenticae personae* (DÍAZ DE MONTALVO), *dicuntur authentica ex appositione sigilli autentici* (Gregorio LÓPEZ), “el que firman y sellan el Rey...” (FEBRERO), etc.

El instrumento público, por el contrario, es el hecho *per manum publicam*, X, 2.22.2, *id est, per notarium*, según su glosa; *quae fiunt per tabellionem* (INOCENCIO), *per manum publicam scriptum, id est per manum notarii* (DURANTE); carta “que sea fecha por mano de Escribano público de Concejo” (Partidas, 3.18.1), *quae sunt manu tabellionis publici facta* (Gregorio LÓPEZ), “el que autorizan los Escribanos de los Pueblos” (FEBRERO); por lo que se trata de un documento autorizado por escribano por medio de su firma, de un documento “firmado”.

La primera diferencia entre documento auténtico e instrumento público está pues producida por la utilización del “sello” o de la “firma”, los que la Diplomática califica de elementos de “validación” del documento, y que más profundamente deben llamarse elementos de “documentificación”, porque no convalidan un documento inválido preexistente, sino que convierten en documento lo que hasta entonces era un simple proyecto o borrador. La *firma*, por su manuscritura, exige una actuación personal del firmante, lo que la distingue esencialmente del *sello*, en el que la “impronta” o sello propiamente dicho que figura en el documento sellado se obtiene mediante la aplicación al mismo de una “matriz”, de un instrumento o “signáculo” que también se denomina sello, y que puede ser accionado por un tercero, con, sin, o contra la voluntad del titular del sello.

Al ser elemento de documentificación sólo pueden dar lugar a un documento auténtico los sellos que cumplen esa finalidad de documentificación, no los que únicamente se utilizan con otras finalidades, como asegurar la confidencialidad —el sigilo— del documento, proporcionarle fuerza ejecutiva, etc.; y ha de tratarse del sello del documentador mismo, sea o no otorgante del documento, pues también pueden utilizar sellos, sin que por ello los documentos se conviertan en auténticos, los otorgantes no documentadores, los testigos y los meros “selladores”, que no son propiamente testigos (conf., por ejemplo, D, 22.5.22), aunque con frecuencia se les llame así.

El sello y la firma, por otra parte, no siempre son tan incompatibles que establezcan una nítida línea de separación entre documento auténtico e instrumento público, pues a lo largo de la historia ambos elementos han sido utilizados a veces cumulativamente: ha habido documentos sellados que además empleaban la firma, sobre todo al difundirse la escritura y acentuarse la decadencia del sello; y documentos firmados, sobre todo los privados, que acudieron al sello auténtico para asegurar su eficacia, según hemos tenido ocasión de comprobar en algunos textos legales (Fuero de Soria, L. 84; Fuero Real, 2.9.8; Espéculo, 4.12.51), y afirmaron en la doctrina FEBRERO, “el que firman y sellan el Rey...”, y HEVIA BOLAÑOS: “auténtico es el hecho, firmado y sellado”. Me es grato recordar hoy, treinta de mayo, festividad litúrgica de San Fernando y aniversario de su fallecimiento, que Fernando III corroboró o confirmó en ocasiones documentos privados, mandando poner su sello (42).

9. Autosuficiencia del documento auténtico

Los instrumentos públicos no necesitaban para su eficacia otro requisito que el de estar autorizados por escribano público competente con las solemnidades legales. En forma paralela, también los documentos auténticos eran autosuficientes, pues sin más requisito que la imposición del sello producían por sí mismos todos sus efectos: *sine aliquo adminiculo* (INOCENCIO, comentario a X, 2.22.1), *per se fidem faciunt* (PARLADORIO), *quae per se fidem faciunt neque requirunt alium adminiculum ad sui validitatem* (Gregorio LÓPEZ), “hace fe por sí mismo, ... de modo que no necesita de otro adminículo para hacerla” (FEBRERO). La idea llega al artículo 34 del Reglamento Hipotecario: “Se considerarán documentos auténticos... y deban hacer fe por sí solos”.

Los documentos privados, firmados o sellados, necesitan, por el contrario, un adminículo, apoyo o añadido para su eficacia, que frecuentemente será la declaración de los testigos inscritos en el documento (D, 22.5.3, 3 y 4; Fuero Real, 2.8.12; Partidas, 3.16.31); por ello su eficacia pende de la vida de tales testigos (X, 2.22.2; INOCENCIO, *Comentario a esta Decretal*; Fuero Real, 2.9.1 y 8).

(42) GONZÁLEZ, Julio: *Reinado y diplomas de Fernando III*, volumen III, diplomas (1233-1253); Caja de Ahorros de Córdoba, 1986, pp. 604; pueden verse, por ejemplo, los diplomas números 516, 526, 563, 617, etc.

10. Los documentos auténticos como documentos sellados con “sello de persona auténtica”

Los *sellos privados*, a la manera de los que imponían los “testigos” en el testamento romano *per aes et libram*, no tienen notoriedad suficiente, ni pueden ofrecer garantía alguna de su pertenencia a persona determinada, ni de que su aposición se ha efectuado por ella misma o con su consentimiento; sólo producen efectos contra quien los selló: “uala contra aquel que la fizo o la seelló” (Fuero Real, 2.9.8); “valen contra aquellos cuyas son; solamente que por su mandado sean fechas e selladas” (Partidas, 3.18.1); no son, por tanto, autosuficientes, y no pueden producir una autenticidad formal o documental, no son aptos para crear un documento “auténtico” en la segunda y tercera de las acepciones de esta palabra, “con autoridad”, con “poder originario”.

Los *sellos públicos*, por el contrario, estaban perfectamente custodiados en las correspondientes oficinas públicas, generalmente a cargo de oficiales especializados; sólo se imponían mediante procedimientos y controles rigurosos; su identificación en el tráfico era sencilla; y su protección penal severa; recordemos las doce Leyes del libro III de las Partidas, título 19, “*De los sellos, e de los selladores de la Cancillería*”; la difusión del empleo de los sellos públicos era, pues, lógica, originando este tipo especial de documentos que son los documentos auténticos. En conclusión, para que un documento sea auténtico no le basta con ser documento sellado; se precisa que esté sellado con sello “auténtico” o de “persona auténtica”, según hemos visto en el apartado 8, pues si el documento está sellado con sello privado lógicamente es un documento privado. Ello ha vuelto a tener importancia en nuestros días con la irrupción de los documentos electrónicos, que son documentos “sellados” al ser un sello y no una firma la mal llamada firma electrónica, y precisamente documentos sellados “privados” mientras no estén autorizados por funcionario público, aunque tengan firma electrónica reconocida basada en un certificado reconocido expedido por un prestador de servicios de certificación, que es un particular (43).

(43) Puede verse mi comunicación “Firma electrónica y documento electrónico”, leída el 15-3-2004 en el Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, publicada en sus *Anales*, número 34, Madrid, 2004, pp. 381-428; un texto ampliado y actualizado fue publicado en los Ensayos de Actualidad de *Escritura Pública*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2004, pp. 132. También mi conferencia “La firma electrónica y su utilización por un tercero”, pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 14-6-2004, pendiente de publicación en sus *Anales*, que ha sido publicada en dichos Ensayos de Actualidad de *Escritura pública*, 2004, pp. 57.

Los textos legales –Fuero Real, Espéculo y Partidas– acuden a un sistema de enumeración para determinar las personas auténticas con cuyos sellos auténticos pueden autorizarse documentos auténticos; estas enumeraciones, sustancialmente coincidentes, no son en manera alguna cerradas, según ponen especialmente de relieve las Partidas: “sellada con sello de Rey o de otra persona auténtica, que sea de creer”, “o de alguna otra persona que haya dignidad” (P, 3.18.1); dignidad “similar”, “simile dignitate”, según interpreta IBÁÑEZ DE FARIA.

Se trata siempre, como dice FEBRERO, de “persona en que reside autoridad pública, concedida por el Rey, para ser creído”, esto es, para dar fe pública. Pero la continua ampliación desde las “autoridades” a los “funcionarios” en general había empezado ya con DÍAZ DE MONTALVO –de aquello que el que sella puede y debe hacer por razón de su oficio o jurisdicción, *de his quae sigillans facere potest, et debet ratione officii vel jurisdictione*–, y seguido con Gregorio LÓPEZ, que interpreta persona “auténtica” como persona “honrada”, y apoyándose en BARTOLO afirma que también se llama escritura auténtica la confeccionada por un oficial en las cosas pertenecientes a su oficio, *item dicitur scriptura authentica, quae est confecta per aliquem officialem in pertinentibus officium suum* (44); la ampliación a funcionarios que nunca habían tenido sello se extendió automáticamente cuando el sello desaparece con la Revolución francesa, al pensarse que el sello auténtico era el sello del Rey porque tenía las armas reales. A mediados del siglo XIX intentaron poner límites GARCÍA GOYENA y AGUIRRE.

Los problemas que de esta ampliación derivan llegan a nuestros mismos días. La competencia que un funcionario público ha de tener para autorizar un documento público no es sólo la competencia para el asunto de que se trate y para su documentación, sino la especial competencia para atribuir fe pública a ese documento; repitamos con FEBRERO, “persona en que reside autoridad pública, concedida por el Rey, para ser creído”. Y sin embargo, según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas” (art. 46.4), es decir, todos los documentos administrativos, incluso los referentes al ámbito interno de la Administración. Y la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, considera

(44) Gregorio LÓPEZ, glosa (2) a P, 3.18.1: “Persona auténtica. Alias, honrrada”. Su cita de BARTOLO es “en l. *quaedam, ff nummularios D. de edendo*”; no he podido comprobarla en “Bartolus super prima ff veteris. Cum apostillis antea positis”, Lugduni, M.D.XXXIII, “De edendo”, fols. 82v-90v.

también documentos públicos “las diligencias extendidas en el curso de las actuaciones y los procedimientos tributarios” (art. 107) y “las actas... que extiende la inspección de los tributos” (art. 143.2). Más acertada resulta la legislación de las Corporaciones Locales, que no atribuye la fe pública a todos y cada uno de esos funcionarios locales, sino exclusivamente a “la Secretaría” (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, art. 92.3; Texto Refundido, aprobado por RD 781/1986, de 18 de abril, art. 162; RD 1174/1987, sobre Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con Habilitación de carácter nacional, art. 1.º-1).

A una racionalización de la materia, exigida por la libertad y la seguridad de los ciudadanos, y por la especialidad de la fe pública dentro de las funciones públicas, ha obedecido la categoría de los documentos oficiales, documentos que no son privados ya que proceden de funcionarios, pero que tampoco son públicos, al estar autorizados por funcionarios públicos sin fe pública, o por funcionarios públicos con fe pública, pero fuera del ámbito en que la tienen atribuida; la categoría surgió en la jurisprudencia y en la doctrina penal y, con distinto sentido, ha pasado a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (art. 319.2), a la Ley de Firma Electrónica 59/2003 (art. 3.6) y a la Ley de Acompañamiento 24/2001 (art. 109.1.c); y aunque es especialmente aplicable a los documentos administrativos, tiene un carácter general, pues también hay, por ejemplo, documentos oficiales notariales o judiciales.

11. El contenido del documento auténtico

La naturaleza del documento auténtico no puede contemplarse sólo desde los puntos de vista formal y subjetivo, ya que también depende de su contenido: las cartas de la Casa del Rey y de aquellas autoridades con poder político tienen un contenido de Derecho público; mientras que el contenido de los instrumentos públicos autorizados por los escribanos de las ciudades y las villas es normalmente de Derecho privado; con las naturales matizaciones, dado el confusionismo entre lo público y lo privado entonces existente. En este sentido, nos dice FEBRERO que mientras los instrumentos públicos autorizados por los escribanos de los pueblos “contienen hechos y cosas ajenas que pasan a su presencia”, el documento auténtico expedido por las autoridades públicas “contiene hecho suyo privativo y no ajeno”; sin que en mi opinión puedan recoger, además, las declaraciones de voluntad de los particulares con los que los entes públicos contraten, eliminando al natural documentador imparcial y convirtiéndose en documentador una de las partes del contrato; precisamente la parte fuerte.

Este diverso contenido hace que la forma documental tenga una escasa importancia en los documentos públicos con contenido de Derecho público, especialmente desde los puntos de vista de la eficacia del documento y de las funciones del documentador. La eficacia del documento público con contenido de Derecho público proviene del poder político del disponente, “porque por él y no por un tercero tiene autoridad cierta e indubitada” (FEBRERO), sin que el documentador haga otra cosa que asegurar la existencia y contenido de sus mandatos; hasta el punto de que muchas veces se prescinde del tercero documentador, y es la misma autoridad disponente la que es autora de la disposición que ordena y del documento que la contiene. Y en consecuencia el documentador, como tal, no asesora a la autoridad disponente ni puede entrar en el examen de su competencia y ni de la legalidad de la disposición, porque estas misiones competen a la misma autoridad que lo otorga, oídos en su caso sus asesores jurídicos y políticos, no el notario en cuanto tal.

En las relaciones de Derecho privado, por el contrario, los notarios se establecieron “para recibir cualesquiera actos y contratos a los que las partes deban o quieran hacer dar el carácter de autenticidad unido a los actos de la autoridad pública” —el de los documentos públicos de contenido de Derecho público—, según la fórmula del artículo 1.º de la Ley francesa de Ventoso, que se ha extendido por medio mundo, y que en cierta manera inspira el artículo 55.1 del Tratado de Roma (art. 45 consolidado). Y para conseguir estos mayores efectos hubo que incrementar en la misma medida la actuación del documentador, la función del notario (información, asesoramiento, investigación de la voluntad, adecuación a la Ley, etc.). Y esta mayor complejidad explica también que toda la doctrina del documento público y toda su regulación legal y su dogmática doctrinal gire en torno al documento notarial, como hace nuestro Código Civil.

Estimo por tanto errónea la doctrina tradicional (AZPEITIA, AZPITARTE, GARCÍA-TORNEL, MENGUAL, POU RIVAS, etc.) (45), que paralelamente a la tripartición de los documentos públicos en notariales, judiciales y administrativos, colocaba una tripartición de la fe pública, notarial, judicial o administrativa; porque la fe notarial tiene otras dimensiones; porque el notario no es solamente “fedatario”.

(45) Conf. AZPEITIA ESTEBAN, Mateo: *Legislación Notarial*, 1930, p. 10; AZPITARTE SÁNCHEZ, Rafael: *Estudios de Derecho Notarial*, 1926?, p. 14; GARCÍA-TORNEL Y FLORENZA, Eduardo: “Notas para un concepto de la fe pública”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 184, septiembre 1943, p. 594; MENGUAL Y MENGUAL, José María: *Elementos de Derecho Notarial*, tomo II, volumen II, 1933, pp. 107-8; POU RIVAS, Nicasio: *Legislación Notarial*, 1926, pp. 7-8.

12. Conclusión

Comencemos recordando, para evitar divergencias meramente nominales, que “instrumento” y “documento” son denominaciones distintas de una misma realidad, que pueden usarse indistintamente, aunque a veces puede resultar conveniente usar una u otra para la claridad de la frase, según la locución a que tales expresiones se contrapongan.

Señalada esta identidad, las principales concepciones que hemos encontrado sobre la contraposición entre instrumento público y documento auténtico son dos; para las Partidas (siguiendo a DURANTE y al Maestro JACOBO) el instrumento público y el documento auténtico suponen sólo la bipartición de un único concepto superior, el de documento público, que a su vez se contrapone al documento privado; otros, por el contrario (Gregorio LÓPEZ, FEBRERO), piensan que la clasificación es tripartida, documento público, documento auténtico y documento privado, con lo que la dualidad documento público y documento auténtico adquiere mayor substantividad. A mi manera de ver, esta última posición representa la regresión a un estadio anterior, e inferior, mientras que las Partidas suponen un estadio superior en el desarrollo de los conceptos.

Entre la masa documental informe se fueron decantando, en efecto, algunas clases de documentos concretos que ofrecían una cierta garantía, una garantía suficiente para atribuirles *prima facie* una especial eficacia probatoria; las dos clases fundamentales de tales documentos fueron a este respecto los instrumentos públicos y los documentos auténticos, que se debían a distintos elementos de documentifacción, la firma y el sello; en la evolución ulterior ambas categorías se fueron aproximando hasta llegar a fundirse, porque su eficacia era en principio equivalente, y sus requisitos vinieron a coincidir, especialmente con la desaparición del sello público como elemento de documentifacción de la contratación privada; la contraposición quedaría así reducida a una cuestión de mera terminología.

A esa categoría unificada se fueron agregando otros supuestos concretos de documentos del tráfico privado que, según hemos visto, DURANTE catalogaba como documentos públicos y Gregorio LÓPEZ como documentos auténticos, señal evidente de que no estaban demasiado definidas las líneas de separación entre estas dos especies documentales. Y existían también otros documentos de gran eficacia en los ámbitos de actuación de los Tribunales y de la Administración que vendrían a englobarse en el mismo concepto. Y así se llegó al concepto genérico de documento público; las Partidas suponen por ello, como decíamos, una etapa más avanzada en el camino de lo concreto a lo abstracto que siempre recorre la mente humana, a veces con exasperante lentitud.

La identidad de las expresiones documento “auténtico” y documento “público” nos plantea una cuestión final, cuál de ellas es hoy la más adecuada, aunque las tradiciones de cada país obliguen con frecuencia a conservar la menos pertinente. La noción de autenticidad, y sus diversas aplicaciones (subjetiva, corporal, ideológica, etc.), es grandemente útil para definir buena parte de la eficacia de los documentos públicos; pero la actuación del documentador, externa al documento, incluso físicamente, le aleja del negocio en él contenido y dificulta comprender aspectos profesionales de la actuación del notario tan importantes como el consejo e incluso una función pública tan trascendente como el control de legalidad. Recordemos respecto a este último tema que las legislaciones basadas en la atribución de autenticidad, empezando por la Ley francesa de Ventoso, muchas veces omiten el control de legalidad, que ha tenido que ser proclamado por la jurisprudencia, y otras presenta excepciones tan inexplicables como las de Portugal, donde el notario sólo puede denegar su intervención en el supuesto de nulidad del acto, no en los de anulabilidad o ineficacia (Código del Notariado de 1995, arts. 173 y 174), o el de Luxemburgo, donde sólo se prohíbe a los notarios recibir actos cuyas disposiciones sean contrarias a la Ley Penal (Ley Notarial de 1976, art. 21). No es de extrañar que en el área del acto auténtico se hayan alzado voces como la de HANOTIAU, proponiendo una nueva y distinta autenticidad (46).

(46) HANOTIAU, Michel: “Vers une autre authentification”, pp. 145-61 de “Société - Notariat - Université” - “Actes du colloque du 14 mars 1986”, Universidad de Lovaina (Bélgica), Cabay, Bruylant, 1986.

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL POR LEY 41/2003: LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR

ANTONIO RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE

Doctor en Derecho. Abogado.

Profesor Asociado de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS CIVILES DE LA *LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE*. 1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 2. Modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. 2.1. *En materia de autotutela*. 2.2. *En Derecho de sucesiones*. 2.3. *Regulación del contrato de alimentos por el Código Civil*. III. EL *ITER* LEGISLATIVO DEL NUEVO ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. La justificación de la reforma del artículo 831 del Código Civil. 2. Del Proyecto de Ley a la Ley. IV. DOCTRINA SOBRE LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMPARACIÓN CON LOS DERECHOS FORALES. 1. Ideas generales sobre la delegación de la facultad de mejorar y figuras afines en el Derecho foral. 2. Exégesis del nuevo texto del artículo 831 y comparación con las figuras forales. 2.1. *Sujetos y objeto de la delegación, plazo y otros extremos*. 2.2. *Administración de los bienes sobre los que recae la delegación*. 2.3. *El respeto a las legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante a favor de*

descendientes comunes. 2.4. Los derechos de descendientes no comunes. 2.5. Cesación o pérdida de las facultades. 2.6. La delegación a favor de persona con quien el causante tuviese descendencia común sin estar casados. V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

El artículo 831 del Código Civil ha tenido tres redacciones: la de 1889, la de 1981 y la actual, de 2003, cada una en un siglo distinto. En su primera redacción este precepto establecía lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.”

Tras la reforma introducida por la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, el artículo 831 queda redactado en los siguientes términos:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o (1) en capitulaciones matrimoniales que, *muriendo el cónyuge otorgante*, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.”

Finalmente, la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad* da una nueva redacción al artículo 831:

(1) Destacaré en cursiva las novedades que incorpora cada nueva redacción con respecto a la anterior.

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán *conferirse facultades al cónyuge en testamento* para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de sus hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. *Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.*

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. *La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.*

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. *Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.*

6. *Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.”*

Con las anteriores transcripciones queda presentado, desde su nacimiento hasta la actualidad, el artículo que vamos a entrar a analizar. Se

observa a simple vista que entre la versión de 1889 y la de 1981 no hay excesiva diferencia, mientras que el legislador de 2003 ha considerado oportuno aumentar considerablemente el contenido de este artículo, que pasa de dos párrafos a once, aunque distribuidos en seis números.

En pocas líneas RIVAS MARTÍNEZ resume el fundamento y utilidad práctica de este artículo en su siglo largo de vida: “proviene del Proyecto de 1851, en el que se introdujo como una concesión a los territorios forales. GARCÍA GOYENA (...) esperaba que se generalizaran los loables efectos que costumbres análogas lograban en las legislaciones forales, tales como mantener el respeto y dependencia de los hijos hacia la madre viuda y conservar la disciplina doméstica, evitando los desastrosos juicios de testamentaría” (2).

No obstante, como la delegación sólo podía hacerse en capitulaciones y, hasta la reforma operada por la *Ley 9/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código Civil y del Código de Comercio sobre situación jurídica de la mujer casada y deberes de los cónyuges*, sólo podía capitularse antes del matrimonio, momento en que no se suele pensar en la sucesión hereditaria, no se hacía uso de tal facultad. El artículo 831 no se aplicó y no hubo jurisprudencia que delimitase sus contornos. Desde 1981, en que la nueva redacción permitió realizar la delegación en capitulaciones o testamento, en opinión de RIVAS MARTÍNEZ, ha tenido cierta aplicación, si bien sigue sin desarrollo por la jurisprudencia. Su redacción actual amplía el campo de actuación del artículo, cuya utilización en la práctica dependerá en gran medida de los notarios (3).

El artículo 831 es una excepción al artículo 830: “La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”. Se inserta, por tanto, en la regulación que el Código hace de la mejora. Esta institución ha recibido gran atención reciente por la doctrina y a ella me remito para el estudio de la delegación de la facultad de mejorar, tal como la configuraba el artículo 831 hasta su reforma por la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad...* (4). El artículo 831

(2) RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo II, volumen 1.º, 3.ª edición, Dykinson, Madrid, 2004, p. 483.

(3) *Op. cit.*, pp. 483 a 486. Preveo que puede dar juego en muy distintas circunstancias. De hecho ya he aconsejado profesionalmente su introducción en un testamento en que los hijos tienen muy mala relación personal, el padre tiene una grave enfermedad, hay un negocio familiar y se ha pretendido dejar a la madre en una posición de fortaleza frente a los hijos.

(4) *Vid.* muy recientemente, sobre la delegación de la facultad de mejorar: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La Mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 64 a 90; VELÁZQUEZ VIOQUE, Sandra: *La Mejora en el Código Civil español*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 48 a 67; ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *La Mejora a favor de los nietos*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 86 a 89, donde trata de la delegación a favor de los nietos; y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La Mejora*, J. M. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 78 a 98.

ha sido objeto de un amplio desarrollo doctrinal desde su origen, pero ha tenido muy escasa repercusión en la práctica y no se ha localizado jurisprudencia que lo aplique.

El objetivo de este trabajo es analizar esta novedad legislativa, esta nueva redacción del artículo 831 y, en la medida de lo posible, averiguar el porqué de su reforma. Para ello, comenzaré por el *iter* legislativo; después analizaré y trataré de interpretar el nuevo texto y, por fin, lo contrastaré con algunas figuras del Derecho foral con las que el precepto está emparentado.

Pero, antes que nada y para enmarcar el tema, debo referirme a la Ley que ha reformado el artículo 831 del Código Civil.

II. Aspectos civiles de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

La presente Ley consta de tres capítulos. El primero crea la figura de un patrimonio protegido para los discapacitados, el segundo introduce interesantes modificaciones en el Código Civil y una pequeña novedad en la LEC, y el tercero contiene las modificaciones en materia tributaria. Nos interesa destacar las novedades de esta Ley en materia civil.

Explica la Exposición de Motivos (apart. II) que el objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial que no tiene personalidad jurídica propia y que se aísla del resto del patrimonio de su titular-beneficiario sometiéndose a un régimen de administración y supervisión específico. Este patrimonio protegido queda vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de un discapacitado (5). Y añade: “Se trata de un patrimonio de destino”. Esta afirmación nos obliga a analizar brevemente la tipología de patrimonios, pues los tratadistas hablan de patrimonios separados, de destino y colectivos.

Según afirmaba CASTÁN, “Los civilistas patrios suelen distinguir tres categorías fundamentales: el patrimonio *personal*, el patrimonio *de destino*, y el patrimonio *especial o separado*. Una subclase de este último es el patrimonio *colectivo*, caracterizado por la pluralidad de titulares...” (6). Para conceptualizar el patrimonio separado CASTÁN se inclina por la fórmu-

(5) Utilizaré esta denominación aunque el texto de la Ley siempre habla de persona con discapacidad, seguramente para evitar hablar de discapacitados y discapacitadas, según el complejo de género que manifiesta últimamente el legislador.

(6) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, volumen 2, Reus, Madrid, 1987, p. 654.

la empleada por ENNECCERUS: “conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y *especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas*, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio”. Y, como notas caracterizadoras de estos patrimonios, señala la *independencia* del núcleo patrimonial de que se trate (aunque sin personalidad jurídica) y el origen *legal* de esa autonomía patrimonial “en cuanto sólo el Derecho objetivo, para proteger determinados fines e intereses, puede establecer este régimen excepcional, que no sería permitido constituir por la mera voluntad del titular del patrimonio” (7).

Por último, puede ser considerado como un supuesto especial de patrimonio independiente el llamado *patrimonio de fin o destino*, que es de tipo excepcional porque está desligado de la relación de dependencia con un titular y está adscrito al servicio de un fin de destino o de liquidación. Se les llama también *patrimonios en administración*, en contraposición a los patrimonios libres, en pleno goce del titular y su característica es la provisionalidad. Se citan como casos el patrimonio del *nasciturus* y el del difunto cuando aún no se ha aceptado la herencia, el del ausente, el del quebrado [hoy llamado concursado (8)] y el de la persona jurídica disuelta. En cuanto al patrimonio colectivo, que tiene carta de naturaleza en el Derecho alemán sobre la base de la construcción de la mano común, no es directamente trasladable a nuestro Derecho, según CASTÁN, quien entiende que no hay en él casos claros e indiscutibles (9).

Así que, a pesar de que al patrimonio especialmente protegido la Exposición de Motivos de la Ley que comento lo defina como *de destino*, a la vista de la doctrina expuesta, parece más bien un patrimonio especial o separado, por cuanto, a mi entender, la principal diferencia entre uno y otro estriba en que el *separado* tiene un titular determinado, mientras que el *de destino* es un patrimonio con titular provisionalmente indeterminado (10).

En el artículo 1 de la Ley se define su objeto: favorecer la aportación de bienes y derechos a título gratuito y garantizar la afección de los mis-

(7) *Op. cit.*, p. 657. Se citan como casos de patrimonios separados pertenecientes a un solo titular o a varios en común: la herencia indivisa, la aceptada a beneficio de inventario, la dote (hoy desaparecida del Código Civil), los gananciales y la comunidad de bienes.

(8) *Vid.* Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

(9) *Op. cit.*, pp. 659 y 660.

(10) En este sentido, ALBALADEJO, Manuel (*Derecho civil*, I, Edisofer, Madrid, 2004, p. 511) afirma lo siguiente: “Puede ocurrir que un patrimonio carezca transitoriamente de titular actual, pero que el conjunto de relaciones jurídicas que lo forman continúe agrupado en un haz, en espera de que en el futuro quede determinada la persona a quien ha de pertenecer (...) Tal patrimonio suele llamarse de *destino*, por basarse su unidad actual, no en la pertenencia a una persona, sino en la *destinación* común (al titular futuro) de todas las relaciones que lo componen”.

mos y de sus frutos y rendimientos a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, los discapacitados. El medio ideado es una figura jurídica novedosa: un patrimonio especialmente protegido.

Por otra parte, este patrimonio sólo puede tener como beneficiario (persona en cuyo favor se constituye) a un discapacitado que será, además, su titular (art. 2.1). Personas con discapacidad, según esta Ley, son solamente las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento o por una minusvalía física, o sensorial, igual o superior al sesenta y cinco por ciento (art. 2.2). Por tanto, el concepto de discapacitado no coincide, es más reducido, que el de incapacitado del Código Civil, en la medida en que este último puede ser todo aquél aquejado de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (200 CC). Tampoco tiene por qué coincidir la autoridad que declara una y otra situación, pues en el caso de la incapacitación ha de ser necesariamente el juez, mientras la discapacidad en forma de porcentaje la declara, de ordinario, la autoridad administrativa competente.

Este patrimonio lo puede constituir el propio discapacitado si tiene capacidad de obrar suficiente o, en caso contrario, sus padres, tutores o curadores “de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico” (Exposición de Motivos de la *Ley 41/2003*, apart. III). Es decir, si el discapacitado no ha sido incapacitado judicialmente y es mayor de edad, tiene capacidad de obrar suficiente, con arreglo al Código Civil y por definición no puede estar bajo la autoridad de padres, tutores o curadores, luego el patrimonio protegido habrá de constituirlo él mismo. Si, por el contrario, ha sido incapacitado o es menor estará bajo una de esas potestades y sólo esas personas podrán constituir el patrimonio.

También puede constituir el patrimonio el guardador de hecho de personas con discapacidad psíquica (11) (art. 3.1). Por último, cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar al propio discapacitado o a sus padres, tutores o curadores “la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin” (art. 3.2) y, en caso de negativa injustificada de los padres o tutores (12), *el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda*. No deja de ser ésta una hipótesis bastante absurda, pero desde luego posible, pues hay personas a las que no les gusta dejarse ayudar.

(11) Parece entender el legislador que los afectados de discapacidad física o sensorial nunca van a estar bajo el control de un guardador de hecho, lo cual me parece mucho suponer.

(12) En este inciso del artículo 3.2 el legislador se olvida de mencionar a los curadores que, sin embargo, deben considerarse incluidos por coherencia con el resto del mismo.

Naturalmente, se deduce del texto que si quien se niega a recibir es el propio discapacitado, nadie le puede obligar, pues la aceptación es elemento esencial de cualquier donación (*vid.* 623 y 629 CC). Así lo afirma expresamente la Exposición de Motivos en su apartado III.

El patrimonio protegido hay que constituirlo en documento público. También cabe su constitución en resolución judicial en el caso antes comentado de oposición de los *guardadores*. En el documento constitutivo obligatoriamente se hará un inventario de los bienes aportados y se establecerán las reglas de administración y fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de quienes hayan de integrar los órganos que han de realizar tales funciones (art. 3.3).

Las aportaciones posteriores a la constitución también están sujetas a las formalidades anteriores (documento público, inventario, etc.), deben realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término (art. 4.1 y 2) (13).

El artículo 5 regula la administración del patrimonio (14), del siguiente modo:

- Si el constituyente fue el propio beneficiario se estará a las reglas establecidas en el documento constitutivo, sin más.
- En los demás casos, las reglas de administración deben prever la necesidad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere para administrar los bienes del sometido a tutela (15) (271 y 272 CC y normas forales concordantes), salvo que el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente. En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de bienes y derechos del patrimonio protegido (16).
- Todo el patrimonio protegido y sus frutos deben destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario o al mantenimiento de la productividad del propio patrimonio (17).

(13) Estas dos últimas condiciones parecen referirse a todo tipo de aportaciones, constitutivas y posteriores, aunque sólo se diga expresamente en el artículo 4 respecto de estas últimas. La Exposición de Motivos, en su apartado III, las refiere a todo tipo de aportaciones, pero el criterio no se ha trasladado al articulado.

(14) Según el apartado IV de la Exposición de Motivos, “el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición”.

(15) Si bien el propio artículo 5.3 establece excepciones a esta regla.

(16) Expresamente se excluye la aplicación de lo establecido en el título XI, libro III de la LEC de 1881, aún vigente. El legislador parece consciente de los inconvenientes de este sistema de venta.

(17) Supongo que habrá casos en que el patrimonio genere excedentes que puedan emplearse en satisfacción de necesidades *no vitales* del beneficiario (ocio, etc.).

- No pueden ser administradores quienes no puedan ser tutores (18).
- Cuando el administrador no sea el propio beneficiario (19), aquél tendrá la condición de representante legal del mismo respecto del patrimonio protegido y no requerirá el concurso de los padres o tutor (20) para la validez y eficacia de los actos de administración de los bienes y derechos que integren dicho patrimonio. Esta representación legal se inscribirá en el Registro civil (art. 8.1).

El patrimonio protegido se extingue (21) por dos tipos de causas: muerte o declaración de fallecimiento del discapacitado, en cuyo caso pasa a formar parte de su herencia; o bien, por dejar de reunir los requisitos de discapacidad del artículo 2.2, en cuyo caso revierte al patrimonio personal ordinario del ex-discapacitado (art. 6) (22). Esto será así sin perjuicio de la facultad que concede el artículo 4.3 a quienes aporten bienes, al hacer la aportación, de establecer el destino de los bienes o su equivalente cuando se extinga el patrimonio protegido.

La supervisión de la administración corresponde al Ministerio Fiscal con las más amplias facultades en esta materia (art. 7). El administrador, salvo que lo sea el propio beneficiario o sus padres, rendirá cuentas al Ministerio Fiscal siempre que éste las pida y, en todo caso, anualmente, remitiendo una relación (23) de su gestión y un inventario con justificación documental. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (24).

(18) Las personas físicas para ser tutores han de tener plenitud de ejercicio de los derechos civiles (art. 241 CC), es decir, plena capacidad de obrar, y no estar incurso en causa de inhabilidad de los artículos 243 a 245 CC. Las personas jurídicas no pueden tener finalidad lucrativa y, entre sus fines, debe figurar la protección de menores e incapacitados (242 CC).

(19) En el apartado IV de la Exposición de Motivos se describen los supuestos en que el administrador no es el beneficiario, teniendo éste o no capacidad de obrar.

(20) Es anómalo en el Derecho civil que pueda existir un representante legal de una persona con capacidad de obrar plena, cosa que puede ocurrir debido a esta previsión legal taxativa (*"tendrá la condición de representante legal..."*), aunque sólo sea respecto de un patrimonio separado.

(21) Mejor técnica legislativa hubiera sido dejar la extinción para el final del articulado, después de la supervisión y la constancia registral.

(22) "Dejando al margen el caso especial de que el juez pueda acordar la extinción del mismo cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad", dice la Exposición de Motivos en el apartado IV. Ignoro por qué esta causa no aparece en el artículo 6 y sólo la menciona la E. de M. dejándola al margen.

(23) Tal vez hubiera sido más correcto el término informe.

(24) La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión vienen determinadas por el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, BOE de 6 de febrero de 2004.

En la inscripción de los derechos reales sobre inmuebles y de cualesquiera otros bienes registrables integrados en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad (art. 8.2). Dichas menciones podrán ser canceladas en los términos del artículo 8.3 cuando el bien o derecho deje de formar parte del patrimonio protegido. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones de sociedades mercantiles, el notario autorizante o el juez notificarán a la gestora o a la sociedad esta cualidad.

Finalmente, las actuaciones judiciales previstas en el capítulo de la Ley que regula el patrimonio protegido se tramitarán como actos de jurisdicción voluntaria (DA primera).

2. Modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.1. En materia de autotutela (arts. 9, 11 y 14).

Estas modificaciones se realizan siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación para mejorar la protección patrimonial de estas personas o, en general, su tratamiento jurídico (E. de M. núm. VI).

La primera novedad es la introducción en el Código Civil de la *autotutela* (25) (art. 9 de la Ley, que incorpora tres párrafos nuevos en el art. 223 CC), es decir, la posibilidad de que una persona capaz de obrar adopte disposiciones en previsión de su propia futura incapacitación, incluida la designación de tutor, lo que parece especialmente interesante para personas con enfermedades degenerativas.

Estas medidas se indicarán en la inscripción de nacimiento en el Registro civil. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, para comprobar la existencia de este tipo de disposiciones, que, obviamente, a la vista de este artículo, también pueden realizarse en testamento. En todo caso, parece que una vez conocida por el juez la existencia de un testamento u otro documento público notarial indicado en el Registro civil, deberá solicitar copia al notario autorizante para informarse de su contenido.

Por otra parte, se reforma también el artículo 234 del CC para dar preferencia en la delación de la tutela a la persona designada por el propio tutelado.

(25) Sobre esta institución puede consultarse PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil", RPD, diciembre 2001, pp. 937 a 974.

Además, se añade un párrafo nuevo al artículo 239 CC, relativo a los incapaces en situación de desamparo, sobre el cual la Exposición de Motivos no dice nada. Esta nueva disposición ordena la asunción, por ministerio de la Ley, de la tutela del incapaz por la entidad pública que tenga encomendada esta misión en cada territorio en dos casos: cuando no se nombre tutor a ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 o cuando el incapaz esté en situación de desamparo (26). A renglón seguido, el propio nuevo párrafo nos explica qué ha de entenderse por situación de desamparo: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material”. En el texto anterior no es posible localizar el sujeto del verbo incumbir. Parece que son los padres o el tutor porque se mencionan deberes de conformidad a las leyes. Me parece elogiable la introducción de este párrafo que rellena una laguna legal, pues el Código Civil sólo contemplaba las situaciones de desamparo de los menores, pero no las de los incapaces. Es criticable, sin embargo, lo poco que se ha cuidado la redacción del mismo.

Como complemento de la regulación de la *autotutela* se reforma el 1.732 CC en el sentido de que la incapacidad sobrevenida del mandante también sea causa de extinción del mandato, salvo que en el mismo se hubiera previsto su continuación o el mandato se hubiese dado precisamente para el caso de incapacidad del mandante. En estos casos, el mandato terminará por disposición judicial al constituirse la tutela o posteriormente a instancia del tutor (art. 11).

Por último, se reforma el artículo 757.1 de la LEC a fin de legitimar al presunto incapaz para promover su propia incapacidad (art. 14).

2.2. *En Derecho de sucesiones* (arts. 10 y 13) (27).

En este ámbito, las principales modificaciones operadas son las siguientes:

(26) La redacción del primer inciso de este nuevo párrafo tercero del artículo 239 debería haberse cuidado más para hacerlo más comprensible. Propongo la siguiente: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrada tutor o cuando aquél se encuentre en situación de desamparo.”

(27) Puede consultarse PEREÑA VICENTE, Montserrat: “El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 103, mayo 2004, pp. 1521 a 1532.

- Se introduce una nueva causa de indignidad para suceder (28): no haber prestado alimentos al discapacitado, aunque el causahabiente no estuviera obligado a ello (nuevo núm. 7.º del art. 756 CC).
- Se permite que el testador pueda gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria, pero sólo en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (29) (nuevos arts. 782, 808, 3.º y 813, 2.º).
- Se traslada el contenido del artículo 822 CC a un nuevo párrafo del artículo 821 CC para dar nueva redacción al artículo 822 CC, según el cual la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si al tiempo del fallecimiento ambos convivían en ella. Este legado tendrá carácter legal si el testador no dispone otra cosa o lo excluye expresamente. Según el artículo 822, 3.º CC es un derecho intransmisible. En realidad, en principio, siempre lo es, “a lo menos cuando en el título no se establezca lo contrario” (30). Y, todo ello, sin perjuicio, en su caso, de los derechos del cónyuge viudo *ex* artículos 1.406 y 1.407 CC.
- El artículo 831, regulador de la facultad de mejorar del cónyuge viudo, sufre una gran transformación y ampliación, como ya he indicado, pasando a tener seis apartados.
- Se configuran como bienes absolutamente no colacionables todas aquellas disposiciones patrimoniales realizadas por los padres o ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (art. 1.041 segundo CC).
- Por último, se modifica el cierre del Código Civil, que terminaba con la disposición adicional tercera desde 1889 y ahora tendrá una cuarta para aclarar que la referencia que en los artículos 756, 822 y 1.041 del CC se hace a personas con discapacidad lo es al concepto de discapacidad establecido por la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre*.

(28) La Exposición de Motivos, en su número VII, dice que es causa de incapacidad para suceder *abintestato*, pero lo cierto es que el Código no distingue entre la sucesión testada y la intestada.

(29) Continúan las excepciones al hasta hace poco inviolable principio de intangibilidad de la legítima, que tal vez termine por derrumbarse. Nótese que sólo cabe esta excepción en favor de incapacitados, que es un concepto distinto del de discapacitado, como quedó dicho más arriba. Sobre este tema puede consultarse DÍAZ ALABART, Silvia: “La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)”, RDP, mayo-junio 2004, pp. 259 a 270.

(30) CASTÁN: *op. cit.*, tomo 2, volumen II, 1994, p. 122.

2.3. Regulación del contrato de alimentos por el Código Civil (art. 12).

La última novedad introducida por esta Ley en el ámbito civil es la regulación *ex novo* en el Código Civil del contrato de alimentos (31) que, a decir de la Exposición de Motivos en su número VIII, se celebra frecuentemente en la práctica. Se amplían las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia, con el que guarda estrecha relación. Se aprovechan los artículos 1.791 a 1.797 del CC, que carecían de contenido desde que el contrato de seguro salió del Código Civil para incorporarse a la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del Contrato de Seguro*. Así que, desde ahora, los contratos aleatorios regulados por el Código Civil son: el de alimentos, los de juego y apuesta y el de renta vitalicia.

El contrato de alimentos es aquél por el que una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos (art. 1.791). Su contenido de derecho necesario, como se puede imaginar, está pensado para favorecer a los discapacitados y, en general, a personas con dependencia, como los ancianos, por lo que no parece que vaya a ser muy atractivo para las entidades financieras que, sin embargo, no es raro que intervengan en operaciones de renta vitalicia. Tal vez por ello, nos dice la Exposición de Motivos que su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres quienes transmitan al alimentante el capital en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1.257 del Código Civil.

III. El iter legislativo del nuevo artículo 831 del Código Civil

1. La justificación de la reforma del artículo 831 del Código Civil.

En el *Boletín Oficial de las Cortes* de 6 de junio de 2003 (32) se da cuenta de la entrada en el Congreso del Proyecto de Ley que se convertirá después en la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre*. La letra d) del apartado VII de la Exposición de Motivos del Proyecto es idéntica a la que finalmente se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*:

(31) Puede consultarse GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen: "Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos", RDP, marzo-abril 2004, pp. 153 a 173.

(32) BOCG, Congreso, VII Legislatura, serie A, Proyectos de Ley, número 154-1.

“d) Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.”

Gracias a este párrafo de la Exposición de Motivos sabemos qué objeto tiene la reforma, a decir del legislador, aunque, personalmente, no termine de convencerme, pues es fácil ver que el nuevo artículo 831 va mucho más allá de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De hecho, en la nueva redacción del artículo, los discapacitados no aparecen en absoluto, por lo que sus disposiciones son aplicables a cualquier persona, discapacitada o no. Tal vez sea ese el sentido del adjetivo “indirecta” que se aplica al sustantivo “protección”, el de haber articulado dicha protección para discapacitados mediante un instrumento común del que cualquier ciudadano se puede valer.

Si el autor del texto anterior no hubiese ido más allá, nos habría causado gran perplejidad, porque de la lectura del nuevo artículo 831 no se desprende con claridad que estemos ante una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. Leyendo lo que dice a continuación es cuando se llega a entender que la novedad que pretende aportar el legislador son las amplias facultades (33) que el testador puede conferir a su cónyuge que van a permitir no precipitar la partición en beneficio del descendiente discapacitado, cuyas circunstancias, situación y necesidades, presentes y futuras, hay que sopesar antes de partir. Naturalmente, todo lo dispuesto por el artículo 831 puede ser utilizado en beneficio de cualquier descendiente, no sólo de los discapacitados, pues, como queda dicho, no hay en él una intención de protección “directa” de éstos, cosa que no tendría buen acomodo en un artículo con vocación de excepción general, si se me permite la expresión paradójica, desde 1889.

A pesar del tenor literal del texto que comento, que centra la aportación del legislador en las amplias facultades que cabe delegar en el cónyuge, lo que permitirá no precipitar la partición, a mí me parece que las mismas no son novedosas, pues ya existían en el mismo artículo desde el siglo XIX.

(33) Expresión desafortunadamente repetida en la misma línea del texto.

La redacción actual del artículo 831 aclara que las mejoras, adjudicaciones, atribuciones o particiones pueden realizarse por el progenitor superviviente en su propio testamento, según se deduce del nuevo párrafo segundo del número 1. Antes aparentemente sólo cabía, bien que el primer progenitor señalara plazo en su testamento (o en capitulaciones), con la dificultad que siempre comporta aventurar algo para el futuro, o bien, en su defecto, el corto plazo de un año. En el primer caso, el riesgo de pasarse o quedarse corto en el plazo señalado al otro progenitor se me antoja muy grande. Pero la doctrina ya había dicho que el cónyuge superviviente podía mejorar en su testamento (34).

En efecto, si el objetivo es fortalecer la posición del progenitor sobreviviente, parece acertado posibilitar que haga las mejoras y atribuciones en su propio testamento. Es una solución que potencia el principio de autoridad en la familia, cualquier familia, no sólo las que cuenten con un discapacitado.

Sin embargo, esta posibilidad de que un progenitor deje al otro importantes decisiones y facultades que no se concreten hasta el testamento del segundo y, en última instancia, hasta la apertura de su sucesión, no debe llevarnos a pensar que necesariamente la comunidad hereditaria haya de prolongarse durante todo el tiempo que medie entre el primer fallecimiento y el segundo, pues, a tenor de los artículos 1.051 y 1.052 del CC, la partición se puede pedir en cualquier tiempo (35). Se ha de tener también presente el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, según el cual no es lícita ninguna restricción sobre ella, no se puede conculcar el pleno disfrute y disponibilidad de la misma, a tenor del artículo 813, 2.º del CC y con las salvedades en él contenidas, por muchas facultades que se quieran reconocer al cónyuge superviviente.

2. Del Proyecto de Ley a la Ley (36).

En lo que concierne al artículo 831 CC, tal como entró el Proyecto en el Congreso se convirtió luego en Ley y llegó al BOE. Pocos datos nos aporta la contemplación del proceso de tramitación parlamentaria para conocer las verdaderas razones de la reforma de este artículo. Veamos, no obstante, cómo pasó por las Cámaras.

En el Congreso no hubo enmiendas relativas a nuestro artículo (37)

(34) ALBALADEJO: *La Mejora*, cit., p. 83.

(35) Salvo que el testador haya prohibido expresamente la división, pero, incluso en este caso, siempre podrá dividirse por las causas de extinción de la sociedad (art. 1.051 CC).

(36) El Anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de febrero de 2003. La redacción del artículo 831 CC en nada difiere de la del Proyecto.

(37) BOCCG, Congreso, VII Legislatura, serie A, número 154-5, de 10 de septiembre de 2003.

y fue aprobado, tal cual, por la Comisión con competencias legislativas plenas (38).

En el *Boletín del Senado* del 13 de octubre de 2003 (39) encontramos la única enmienda que tuvo el artículo 831, presentada, bajo el número cuatro, por el Grupo Parlamentario *Entesa Catalana de Progrés*, que proponía su supresión con la siguiente justificación: “La reforma que se propone del artículo 831 del Código Civil, nada tiene que ver con la finalidad del Proyecto y comporta una reforma de gran calado en el Derecho sucesorio. Una lectura de la exposición de motivos no nos permite vislumbrar la finalidad de esta modificación y sí, en cambio, deducir que esta parte no ha sido sometida a la Comisión de Codificación ya que en estos preceptos omite las referencias a dicha Comisión que realiza en otros preceptos que sí están vinculados con la finalidad del Proyecto”.

Esta enmienda la defendió el senador Espasa i Oliver, quien afirmó: “Las enmiendas números 3 y 4 son de supresión en razón de que estas normas no han pasado por la Comisión General de Codificación. Nosotros creemos que sí deberían hacerlo (...) y esta es la razón de la supresión” (40). No consta ninguna otra intervención sobre esta enmienda que, finalmente, no fue aceptada.

Creo que, no obstante, los senadores del Grupo Parlamentario que hizo la anterior propuesta tenían mucha razón: la reforma tiene mucho mayor calado en el Derecho sucesorio del que se justifica por razón de protección a los discapacitados y la Exposición de Motivos no permite averiguar la verdadera finalidad de esta modificación. Además, nos aportan un dato interesante: la Comisión de Códigos no ha tenido arte ni parte en esto, lo que no deja de ser bastante extraño si, como dice el texto de la enmienda, otras partes de la propia Ley sí recibieron informe de la Comisión.

En conclusión, con los escasos datos que nos aporta el análisis de la tramitación parlamentaria, sólo podemos especular. No sabemos a ciencia cierta si los autores del Proyecto tenían en verdad como única intención la de articular un nuevo mecanismo de protección de discapacitados y, de forma más o menos inconsciente, generaron un texto mucho más ambicioso o si, por el contrario, su propósito era hacer una reforma importante del Derecho sucesorio del Código Civil, pasándola por la puerta falsa de esta Ley y sin someterla a la Comisión de Codificación.

(38) Ídem número 154-7, de 23 de septiembre de 2003.

(39) BOCG, Senado, VII Legislatura, serie II, Proyectos de Ley, número 152 (d).

(40) *Diario de Sesiones del Senado*, año 2003, VII Legislatura, Comisiones, número 528, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, de 21 de octubre de 2003, p. 31.

IV. Doctrina sobre la redacción actual del artículo 831 del Código Civil y comparación con los Derechos forales

1. Ideas generales sobre la delegación de la facultad de mejorar y figuras afines en el Derecho foral.

En su reciente estudio sobre la mejora, el profesor ALBALADEJO realiza una advertencia final en la que da cuenta del Anteproyecto de la que después será la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre*. En la nueva redacción del artículo 831 (que no varió nada desde el Anteproyecto a la Ley, según he expuesto más arriba), señala este autor modificaciones que realmente, según dice, no modifican nada, sino la sola letra de la Ley, porque recogen lo que el artículo no decía expresamente, pero era aceptado que estaba en su espíritu: “como que la facultad de mejorar conferida al cónyuge fuese para poder mejorar no sólo a los hijos comunes, sino también a los demás *descendientes* comunes, como que tal facultad fuese para mejorar con el tercio de mejora y *con el libre*, y como que tal facultad fuese para poder utilizarla una o varias veces, así, pues, *en uno o varios actos*” (41).

Por otra parte, ALBALADEJO indica otras modificaciones que afectan a la letra y al espíritu del precepto: “Primera, la de que la facultad de mejorar concedida al cónyuge acaba, no sólo como en el actual artículo 831 [es decir, la versión de 1981], si aquél contrae nuevas nupcias, sino también si pasa «a relación de hecho análoga o tiene algún hijo no común» con el cónyuge concedente de la facultad; segunda, la de que se permite encomendar la facultad de mejorar no sólo, como en el actual artículo 831 [ídem], al cónyuge, sino a toda persona, aun no casada con el concedente, con quien éste tenga descendencia; tercera, la de que se suprime la concesión de la facultad de mejorar en capitulaciones matrimoniales, permitiendo sólo que se otorgue en testamento; cuarta, la de que el plazo para hacer el viudo las mejoras, salvo que se le haya concedido otro, será de dos años en vez de uno como antes (...); y quinta y última, la de que las disposiciones del viudo que otorguen al mejorado bienes específicos y determinados, le conferirán no solamente la propiedad de ellos sino «también la posesión por el hecho de su aceptación»” (42).

Pero la aportación del profesor ALBALADEJO al estudio de la nueva redacción del artículo 831 del Código Civil no termina con lo expresado en los párrafos anteriores, sino que, después de la entrada en vigor de la

(41) *La Mejora*, cit., p. 485. Para conocer el estado de la doctrina sobre el artículo 831 con anterioridad a la reforma de 2003, *vid.* pp. 64 a 90.

(42) *Op. ult. cit.*, pp. 485 y 486.

Ley 41/2003, ha continuado analizándolo (43), por lo que sus reflexiones habrán de ser tenidas en cuenta más adelante.

En los manuales clásicos de Díez-PICAZO y GULLÓN (44) y de LACRUZ (45), el artículo 831 es comentado bajo el rótulo de “Delegación de la facultad de mejorar”. En ambos se configura como lo que es en el Código: una excepción a la regla del artículo anterior: “la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”. De su origen, dicen los primeros, que es un precepto por completo extraño en la tradición jurídica castellana y en el régimen jurídico de la mejora y que se introdujo en el Código con el designio de aproximarse a alguna de las reglas existentes en los Derechos forales (46). Por su parte, RAMS afirma que el nuevo artículo 831 CC tiene “valor de excepción reglada pero con decidida vocación de pauta para un comportamiento ordinario y no excepcional” (47). En efecto, coincido con esta apreciación, pues más arriba la he configurado como “excepción general”.

La doctrina nos ofrece alguna idea sobre las razones de la reforma: “El nuevo texto, en definitiva, viene a reconocer que la estructura legitimaria vigente dificulta el tratamiento particularizado que debería aplicarse, acaso, para la individual solución de cada supuesto de discapacidad respecto de la estructura y realidad de cada concreta familia... Este precepto se inspira en la fiducia y en la tradicional y mejor doctrina aragonesas, pero en el Código y con la letra actual no deja de ser un cuerpo extraño” (48).

Por su parte Díez-PICAZO y GULLÓN manifiestan que “Aunque nunca tuvo extraordinaria aplicación práctica, el artículo 831 había dado lugar a un buen número de problemas teóricos sobre los que no llegó a existir acuerdo en la doctrina” (49). Para estos autores, la modificación es de dudosa oportunidad y convierte a este artículo probablemente en un ejercicio de estilo y en un intento de resolver aquellos problemas doctrinales. En su opinión, además de protección a los incapacitados, la Ley que vengo comentando, trata también de favorecer, en alguna medida, la situación de personas de edad avanzada, por lo que el fomento de la delega-

(43) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, RDP, enero-febrero 2005, pp. 3 a 22.

(44) *Sistema de Derecho Civil*, IV, 9.ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 434.

(45) *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004, p. 353.

(46) *Op. et loc. cit.* En el mismo sentido LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2001, p. 353) manifiesta que: “El precepto proviene del proyecto isabelino, en el que se introdujo como una concesión a los territorios forales cuyo Derecho había de derogarse...”.

(47) En LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004, cit., p. 353.

(48) RAMS, en LACRUZ: *op. ult. cit.*, p. 354.

(49) *Op. cit.*, p. 434.

ción de la facultad de mejorar puede encontrarse en esta línea (50). No alcanzo a vislumbrar la razón por la que el legislador se dedicaría a realizar tal ejercicio de estilo para pacificar la doctrina. El objetivo de favorecer la situación de los ancianos, dotándoles de más autoridad familiar, me parece más plausible.

Por su parte, O'CALLAGHAN acepta, sin más, la justificación de la Exposición de Motivos y se limita a afirmar que “sin duda constituye una forma de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad” (51).

Desafortunadamente seguimos sin tener seguridad acerca de las razones del legislador para acometer la reforma del artículo 831, si bien, me voy inclinando por pensar que no se pretendió aprovechar el cauce de esta Ley para hacer una reforma del Derecho de sucesiones ampliando la redacción del artículo 831. Al contrario, da la impresión de que el legislador tenía la mente puesta en los discapacitados y fue ampliando el contenido del artículo en cuestión y, finalmente optó, no sé por qué, por extenderlo a todo tipo de familias, cuando podía perfectamente haberlo restringido al verdadero objeto de la Ley, la protección de discapacitados, como lo hizo al reformar los otros preceptos del Código en materia de Derecho de sucesiones.

Según he indicado más arriba, el artículo 831 es calificado por algunos autores de precepto o cuerpo extraño en el Código Civil y en la tradición jurídica castellana. Dicen unos que se introdujo en él para aproximarle a las reglas del Derecho foral y, otros, que se inspira en la fiducia y la doctrina aragonesas. Por eso, me parece aconsejable acudir a los Derechos forales en los que figuras como ésta tienen más arraigo, para comprobar hasta dónde llega el parecido.

La Compilación del Derecho civil de Aragón, según redacción dada por la Ley 15/67, de 8 de abril, en los nueve artículos de su título IV del libro II, regulaba la fiducia sucesoria. La *Ley 1/99, de 24 de febrero, De sucesiones por causa de muerte*, deroga y sustituye al libro II de la Compilación. La fiducia pasa a estar regulada por los veinticuatro artículos que configuran su título IV, artículos 124 a 147, repartidos en cuatro capítulos, lo que ya da idea de la expansión de la figura.

El *Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, sobre Derecho civil de Baleares*, contiene el *Texto Refundido* de esta *Compilación*. Como es sabido, el libro I recoge el Derecho mallorquín y el libro II el menorquín.

En el Derecho balear existe una figura típica, tanto en Mallorca como

(50) *Op. cit.*, p. 435.

(51) *Código Civil (comentado y con jurisprudencia)*, 4.^a edición, La Ley-Actualidad, Madrid, 2004, p. 825.

en Menorca, llamada el heredero distribuidor, a quien se puede encomendar que distribuya los bienes de la herencia entre varios de los parientes del causante o del propio distribuidor, o bien que elija entre todos ellos heredero o herederos, dejando a salvo las legítimas. Su regulación se halla en los artículos 18 a 23 de la *Compilación*, cuyo artículo 65 extiende a Menorca.

El libro III contiene las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera. Dentro de su título II, “De las Sucesiones”, encontramos un capítulo III, “De la fiducia sucesoria”, con un único artículo, el 71, con el siguiente contenido: *“Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes. La designación de fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento del encargo, deberán constar en testamento o en escritura pública. La ejecución del encargo hecha por acto inter vivos será irrevocable”*.

La *Ley catalana 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña*, regula en sus artículos 148 y 149 la cláusula de confianza a favor del cónyuge sobreviviente respecto de los hijos y descendientes, según la cual el cónyuge podrá instituir heredero al descendiente que su consorte sobreviviente elija entre los hijos comunes y sus descendientes o instituirles en partes iguales o desiguales.

La *Ley 4/1995, de 24 de mayo, del Parlamento de Galicia, sobre Derecho civil*, establece en su artículo 141 lo siguiente:

“Mediante testamento o incluso en capitulaciones matrimoniales, podrá nombrarse comisario al cónyuge no testador, al objeto de que pueda distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes sin perjuicio de las legítimas y mejoras que hubiese instituido ya el causante.”

La *Ley navarra 5/1987, de 1 de abril*, contiene la *Compilación del Derecho civil foral navarro* y sustituye a la *Compilación* de 1973 (Ley 1/1973, de 1 de marzo). Su Ley 151 se refiere a la fiducia sucesoria en los siguientes términos: *“El causante puede delegar en fiduciarios-comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, bien libremente, bien conforme a instrucciones reservadas, de acuerdo con lo establecido en los títulos XI y XII de este libro”*. El título XI regula la figura de los fiduciarios-comisarios y el XII la de los herederos de confianza.

La *Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio, sobre Derecho civil foral* del País Vasco, articula su texto en un título preliminar y tres libros: uno para Vizcaya, otro para Álava y otro para Guipúzcoa. En este último se recoge su Derecho consuetudinario, según la Exposición de Motivos de la propia Ley.

En dicha Exposición, al justificar las novedades sobre la regulación del testamento por comisario en el título III del libro dedicado a Vizcaya, se afirma: "Se redacta el contenido de esta institución de modo atractivo, incluso para los no aforados, que tienen a su alcance aplicar el artículo 831 del Código Civil, cuyas sucesivas redacciones modificadas van acercándolo al propio del pueblo de Bizkaia".

El testamento por comisario viene regulado en los artículos 32 a 48 de la Ley citada para Vizcaya.

La *Ley del Parlamento vasco 3/1999, de 30 de diciembre*, modifica la *Ley 3/1992, de 1 de julio*, en lo relativo al *Fuero civil de Guipúzcoa*. Sustituye el libro III entero y en él regula *ex novo* la fiducia sucesoria que, según su Exposición de Motivos, es un instrumento tópico (*sic.*) para una mejor ordenación sucesoria del caserío, no sólo en el ámbito del Derecho vizcaíno y alavés, sino también en la práctica consuetudinaria guipuzcoana.

Tiene una regulación muy semejante a la vizcaína, pero más breve, en los artículos 164 a 171.

Por último, la Exposición de Motivos de la *Ley 3/1992, del Derecho civil foral* del País Vasco, afirma: "Resulta de absoluta actualidad el Fuero de Ayala que, aun escaso en reglas, pero de suma trascendencia, conecta en su contenido con el más moderno Derecho sucesorio. La evolución que éste está experimentando en los foros doctrinales y en las más recientes legislaciones se fundamenta, entre otros aspectos, en la consagración del respeto a la libre voluntad del causante, del que es máximo exponente el Fuero de Ayala, escrito y consuetudinario, al que pueden igualar, pero no superar, otras figuras jurídicas del Derecho Comparado".

RIVAS MARTÍNEZ resume así su contenido: "Donde rige el Fuero de Ayala, la disposición en testamento, manda o donación, *a título universal o de heredero*, o a título particular o de legado, se caracteriza por la norma de la *libre disposición* de bienes, con la utilización de la fórmula del *apartamiento de los legitimarios* (arts. 134 a 139). En cuanto al llamado *usufructo poderoso*, de constitución o disposición voluntaria, supone atribuir al usufructuario *facultades fiduciarias* entre los descendientes del disponente, y, si así lo prevé, entre las personas que el mismo señale (arts. 140 a 145)" (52).

Como puede observarse, son figuras muy próximas a la del artículo 831 del Código Civil, pero con rasgos peculiares.

(52) *Op. cit.*, p. 342.

2. Exégesis del nuevo texto del artículo 831 y comparación con las figuras forales.

Al comparar las tres redacciones del artículo 831 que han quedado transcritas al principio, se comprueba que la actual ha incorporado numerosas novedades que conviene comentar junto con las principales características de las figuras afines del Derecho foral.

2.1. Sujetos y objeto de la delegación, plazo y otros extremos.

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de sus hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa” (art. 831.1).

Lo primero que destaca es que, en la redacción originaria de este precepto, la delegación de la facultad de mejorar sólo podía realizarse en capitulaciones, en la segunda redacción en testamento o capitulaciones y, en la actual, sólo en testamento (53).

RAMS critica este olvido del legislador, si bien da a entender que sigue siendo posible delegar en capitulaciones porque el nuevo artículo 831 silencia esta cuestión, pero no niega la posibilidad y, además, la reforma tampoco ha derogado los artículos relativos a la mejora acordada en capitulaciones (54). Por mi parte, entiendo que se ha eliminado esta posibilidad por la naturaleza contractual de las capitulaciones, que requiere dos

(53) ALBALADEJO (“El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, cit., p. 9) es de la opinión de que el testamento normalmente se otorgará después de casados los interesados, o unidos de hecho o tenido un hijo común, pero nada impide, aunque será insólito, que alguno teste otorgando la facultad a favor de la persona con quien piense casarse o unirse de hecho o tener un hijo.

(54) En LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004, cit., p. 355.

voluntades para retractarse de la delegación (55), frente a la mayor simplicidad del testamento. Personalmente no las habría suprimido, aunque sólo fuera porque estaban en el texto desde 1889 y porque responden mejor al espíritu de la figura, que es la concordia de voluntades dentro de la pareja para buscar el bien común de los hijos, incluso después de la muerte de uno de sus miembros.

En la redacción del siglo XIX era requisito que el cónyuge muriese intestado, lo que dejó de exigirse en la del siglo XX (56). En ambas, el pacto o mandato, según una u otra, es para que *el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias pueda distribuir, a su prudente arbitrio* (57), *los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras* (58), y demás disposiciones del causante.

Los sujetos eran el cónyuge y el viudo o viuda. En la redacción actual los sujetos son el testador y el cónyuge (supérstite). Me disgusta que se alteren los términos sin necesidad. Si se ha entendido perfectamente durante ciento trece años, ¿por qué hacer un cambio puramente terminológico a estas alturas?

Las mejoras o distribución de bienes eran, en las versiones antiguas del artículo 831, a favor de hijos comunes. La redacción actual recoge expresamente a los demás descendientes comunes, si bien la doctrina ya los había considerado incluidos.

En las versiones del artículo 831 de 1889 y 1981 se utilizaba una expresión más simple: podrá ordenarse o pactarse “que pueda el viudo o viuda...”; ahora, la expresión es: “podrán conferirse al cónyuge facultades (...) para que (...) pueda...”. Esta diferencia de redacción, en el fondo, no cambia nada. En las versiones anteriores a la actual se facultaba para distribuir y mejorar, ahora, para realizar mejoras (incluyendo expresamente a los descendientes comunes), así como “adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones,

(55) Así lo entiende ALBALADEJO (*La Mejora*, cit., p. 72), al afirmar que: “La facultad otorgada en testamento es revocable como éste, pero no así por la sola voluntad del otorgante la concedida en capitulaciones, sino modificando éstas por acuerdo de los interesados”. Igualmente Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, p. 435) opinan que “Seguramente se ha tratado de favorecer la libertad de revocación del testador, que en otro caso quedaría impedida por el pacto”. En sentido contrario, RAMS (*ibídem*): “Coincido con el maestro LACRUZ en que el nombramiento de fiduciario en capítulos no constituye materia contractual, por lo que puede revocarse tal previsión por testamento”. O’CALLAGHAN (*op. cit.*, pp. 825 y 826) no se decanta, se va por la vía de hecho, sin pronunciarse por ninguna de las dos tesis jurídicas.

(56) Lo que fue bien acogido por la doctrina. *Vid.* ALBALADEJO (*La Mejora*, cit., p. 65).

(57) Se ha perdido esta expresión en el texto ahora vigente, pero dice O’CALLAGHAN (*op. cit.*, p. 827) que sin consecuencias, pues al viudo se le exige siempre moderación, prudencia y equidad. Por su parte, ALBALADEJO (*La Mejora*, cit., p. 73) subrayaba que el prudente arbitrio se exigía para distribuir, no para mejorar, cosa que podía hacer a su libre criterio.

(58) La cursiva indica la coincidencia total de ambos textos.

incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”. Es decir, que se sustituyen, en mi opinión, sin ninguna ventaja tangible (59), dos palabras, distribuir y mejorar, por más de dieciocho, aunque, con toda probabilidad, los autores del Proyecto de Ley creyeron que mejoraban el texto del legislador decimonónico.

En cuanto a la posibilidad de mejorar con cargo al tercio libre, aunque antes no estaba dicho expresamente, era admitido por evidente, pues, quien puede lo más, puede lo menos y, en cualquier herencia, el tercio libre está, por definición, menos constreñido que el de mejora. También había entendido la doctrina que las facultades de distribución y mejora podían realizarse en uno o varios actos. No creo que añadir “simultáneos o sucesivos” (60) aporte ninguna utilidad; me parece superfluo.

El plazo para hacer uso de las facultades se duplica: de uno a dos años, manteniéndose el término *a quo*. La novedad más interesante del segundo párrafo del actual número 1 ya la hemos referido más arriba: la posibilidad de distribuir y mejorar en el testamento del progenitor supérstite.

ALBALADEJO opina que, aunque el causante no autorice expresamente a su cónyuge a realizar la mejora y demás adjudicaciones en su propio testamento, podría éste hacerlo. A su juicio, este párrafo debe interpretarse así: si se le señala plazo, tiene que hacer la mejora dentro del mismo; si no se le señala plazo o no se le autoriza a mejorar en su propio testamento, tiene dos años; si se le autoriza a hacerla en su propio testamento, no está sujeto a plazo; y, por último, aunque no se le autorice a hacerla en su propio testamento, pueda hacerla en éste, si el testamento produce efecto dentro del plazo que se le hubiera concedido o, en su defecto, en dos años (61).

Según el tercer párrafo del número 1, las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos (62), además de conferir al favorecido la propiedad, le conferirán también, en principio, la posesión, siempre que las acepte. Sobre este párrafo comenta ALBALADEJO que este

(59) Según RAMS, en LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004, cit., p. 355) “ahora con inclusión de la liquidación y partición de la comunidad conyugal”, como si esto fuera realmente una novedad. En mi opinión, aunque no lo dijera antes este artículo, el cónyuge supérstite ya gozaba de tales facultades en estos casos en que se liquidan los gananciales entre viudo o viuda y los herederos del difunto; ¿o es que podía lo más (distribuir y mejorar en los bienes del difunto) y no podía lo menos (hacerlo sobre los gananciales)?

(60) Así son, por ejemplo, los llamamientos al albaceazgo, pero decir que una serie de actos pueden ser simultáneos o sucesivos, no aporta realmente nada, pues si se omite la expresión, la interpretación es la misma. Es una nueva prueba de la tendencia a escribir de más en los textos legales. Ya no se pone en valor la concisión que alabó GRACIÁN.

(61) *Vid.* “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, cit., p. 19.

(62) El texto añade “y determinados”, lo que no es más que una redundancia.

precepto “podría (adonde no llegase el art. 440) alcanzar a otorgar al mejorado una posesión civilísima...” (63). Según el artículo 440 CC, en caso de llegar a adirse la herencia, la posesión se entiende transmitida al heredero, sin interrupción, desde el momento de la muerte del causante. Por efecto de este artículo, en el caso más frecuente de pluralidad de herederos, nos hallaremos ante una coposesión civilísima de la masa hereditaria del cónyuge primero en fallecer que, en el caso que contempla el número 1 párrafo tercero, se convertirá, más adelante, en posesión civilísima individual para el favorecido (64).

En el Derecho aragonés, la persona que ordena la fiducia recibe el nombre de comitente (65) y es “*Todo aragonés capaz para testar*” (art. 124 de la *Ley aragonesa 1/99, de 24 de febrero*). La que recibe el encargo se denomina fiduciario, “*habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar* (66) *en el momento del fallecimiento del causante*” (67) (art. 125). Por tanto, puede ser fiduciario cualquiera, con tal de tener capacidad de obrar, lo que constituye una notable diferencia con el Código Civil, en que la persona que recibe la delegación ha de ser el cónyuge o persona con la que el causante tenga descendencia común.

Otra diferencia estriba en que pueden nombrarse uno o varios fiduciarios para que ordenen la sucesión del comitente “*actuando individual, conjunta o sucesivamente*” (art. 124). El artículo 125 manifiesta que es un cargo voluntario y, en principio, gratuito (salvo que se prevea retribución) y que las facultades del fiduciario tienen carácter personalísimo. El objeto del encargo es: ordenar la sucesión del comitente, en todos los supuestos y con toda libertad, pudiendo ser incluso autorizado a modificar las propias disposiciones del causante (68), lo que va mucho más allá de lo previsto por el artículo 831 del Código Civil.

(63) *La Mejora*, cit., p. 486.

(64) Este párrafo del nuevo artículo 831 CC acerca de la posesión civilísima plantea no pocas cuestiones. *Vid.* ALBALADEJO (“El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, cit., p. 21).

(65) Este término hace pensar que la fiducia puede tener naturaleza de comisión, es decir, de mandato.

(66) Según el artículo 17 de la *Ley aragonesa 6/1999*, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, “Cada miembro de la pareja estable no casada podrá ordenar la sucesión del otro, mediante la fiducia, de acuerdo con lo regulado en la legislación sucesoria aragonesa”. Como este artículo 125 no exige al fiduciario más que ser mayor no incapacitado, la anterior previsión legal no era necesaria.

(67) Naturalmente, para ejecutar la fiducia, también es preciso tener capacidad de obrar, aunque sólo se exija expresamente respecto del momento de la designación.

(68) *Vid.* artículo 126 titulado “Subsidiariedad”. La segunda acepción de la voz subsidiario/ria, según el *Diccionario de la Lengua española* (22.^a ed., Madrid, 2001), es: “2. *Der.* Dicho de una acción o de una responsabilidad: Que suple a otra principal”, por lo que me parece una aplicación correcta. Por otra parte, es de destacar que el artículo 110.1 de la *Compilación* tenía,

Sobre la naturaleza de la fiducia se han formulado no pocas teorías (69). En mi opinión, tiene mucho que ver con el mandato, como se desprende de la terminología utilizada por la normativa aragonesa y de la propia dicción del artículo 670 del Código Civil: *“El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”*. Recuérdese que el artículo 831 es una excepción a esta regla.

En cuanto a la forma del nombramiento, el artículo 127 establece que: *“La designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, sobre la ejecución de la fiducia, o administración y disposición de los bienes sujetos a ella, deberán constar necesariamente en testamento o escritura pública”*. Recordemos que el Código Civil sólo admite para ello el testamento (art. 831.1).

Lógicamente, la revocación del nombramiento exige la misma forma: testamento o escritura pública (art. 128).

El plazo establecido para el cumplimiento del encargo es de caducidad, según recoge expresamente el artículo 129.4. En principio será el señalado por el comitente y, en su defecto, tres años (art. 129.1 y 2), *“pero si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida”* (art. 129.2). En este punto la regulación del Código Civil transcrita más arriba no es muy diferente.

El plazo se computará desde el fallecimiento del causante, salvo que existan legitimarios de grado preferente menores, en cuyo caso son tres años desde que alcancen todos (70) la mayoría de edad. Así que también en cuanto a la fijación del término *a quo* la regulación aragonesa coincide bastante con la del Código Civil (apertura de la sucesión o emancipación del último de los hijos comunes).

Antes de que caduque el plazo para el que fueron nombrados, los fiduciarios pueden solicitar del juez la prórroga, mediando justa causa, hasta dos años más (art. 131).

Cualquier interesado puede solicitar al juez que acorte los plazos si la situación de pendencia pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario, salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo (art. 132) (71).

Por último, contrasta también el detalle en la regulación de la ejecución de la fiducia de la Ley aragonesa con la exigua mención del artícu-

sin embargo, un ámbito más limitado: “Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado”.

(69) Un resumen de ellas puede verse en MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: *La fiducia sucesoria en Aragón*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pp. 80 a 85.

(70) Lo normal hubiera sido decir “el último de ellos”, como hace el artículo 831.1, 2.º CC.

(71) Sabia disposición, en la que asoma, a mi juicio, el punto débil de la institución: los eventuales perjuicios derivados de las situaciones interinas o de pendencia.

lo 831 de que el viudo podrá realizar las mejoras, adjudicaciones o atribuciones en uno o varios actos, incluido su propio testamento (72).

La fiducia debe ejecutarse por acto *inter vivos* formalizado en escritura pública, salvo que el único fiduciario sea el cónyuge, que lo puede hacer en testamento (art. 141).

Cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes del comitente, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad de que gozaba el causante (art. 142.1).

Los actos de ejecución de la fiducia *inter vivos* son irrevocables, los realizados en forma testamentaria, no (art. 143).

El artículo 144 dispone quiénes han de integrar la fiducia colectiva. En primer término, el cónyuge viudo, si el comitente no lo excluye y sólo hay descendientes comunes. Si se establece a favor de parientes, en defecto de instrucciones, este mismo artículo establece un orden de prelación. La ejecución se basará en acuerdos adoptados por mayoría (art. 145). Por último, cuando la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, la elección la realizará, en principio, el cónyuge sobreviviente y deberá recaer, también en principio, en uno de los hijos o descendientes del causante (art. 146).

En el Derecho balear, al igual que acabamos de ver en Aragón, el distribuidor no tiene por qué ser pariente del causante, si bien lo más frecuente es que sea el cónyuge. El encargo comprende las facultades de elección y distribución (art. 18 del *Texto Refundido de la Compilación*). Cuando la distribución o elección se realizan en acto de última voluntad son revocables, no así las instrumentadas en escritura pública (art. 19).

En Cataluña, su *Código de sucesiones por causa de muerte* regula la cláusula de confianza a favor del cónyuge sobreviviente, que se rige por las siguientes normas en lo no previsto por el testador o la costumbre:

1.^a Las facultades para realizar la elección o distribución son tan amplias que permiten al cónyuge instituir a uno o varios y reducir a los demás a la condición de legatarios o legitimarios.

2.^a La elección o distribución sólo puede hacerse en testamento, *heredamiento* o escritura pública.

A tenor del artículo 149, el testador podrá instituir heredero a aquel de entre sus hijos que elijan los dos parientes más próximos, uno de la

(72) Y eso que, al menos ahora contiene esta mención, pues en la redacción anterior no se decía nada. *Vid.* el detallado análisis que, no obstante, hacía ALBALADEJO (*La Mejora*, cit., pp. 80 a 88) sobre esta cuestión para la anterior redacción del artículo 831.

línea paterna y otro de la materna. La elección deberá recaer sobre el que estimen más apto para regir la casa. La herencia no se deferirá hasta que quede efectuada la elección.

En el Derecho civil gallego encontramos, en cuanto al plazo, una disposición casi idéntica a la que contenía el artículo 831 del Código Civil en su versión de 1981: *“Si no se señalase plazo, el viudo o la viuda tendrán el de un año a contar desde la apertura de la sucesión o, en caso de existir hijos comunes menores de edad, desde la emancipación del último de ellos”* (art. 143 de la *Ley sobre Derecho civil de Galicia*).

Por su parte, las reglas generales contenidas en las Leyes 281 a 284 de la *Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, sobre los fiduciarios-comisarios, son las siguientes:

- El causante puede delegar en un fiduciario-comisario (por testamento, capitulaciones u otra escritura pública) las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados. La delegación puede conferirse al cónyuge u otras personas, individual, conjunta o subsidiariamente.
- La interpretación e integración de la voluntad del causante se ajustarán a la costumbre del lugar y los usos de la familia.
- La función del fiduciario es personalísima, pero la simple ejecución o formalización del acto puede delegarse.
- Si hay varios fiduciarios decidirán por mayoría.
- El fiduciario debe ser mayor de edad en el momento de ejercer su función, salvo que sea el cónyuge, a quien sólo se le exige capacidad para testar.
- Las designaciones deben hacerse en testamento o escritura pública, siendo, en este último caso, irrevocables.

En el Derecho civil de Vizcaya encontramos las siguientes reglas:

- Según el artículo 32 de la *Ley sobre Derecho civil foral*, *“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”*.
- El nombramiento ha de hacerse en testamento ante notario. Los cónyuges pueden nombrarse recíprocamente comisario en escritura de capitulaciones o pacto sucesorio. A esta designación se la denomina *alkar-poderoso* (art. 33).
- El comisario ha de hacer inventario en el plazo de seis meses desde la defunción (art. 36).

- El comisario puede adjudicarse a sí mismo bienes conforme al testamento (art. 38).
- El cargo es voluntario y gratuito y sus facultades personalísimas e intransferibles, pero el comisario puede designar albacea y contador-partidor de la herencia del comitente (art. 39).
- En materia de plazo, el artículo 44 establece lo siguiente: *“El comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere.”*

A falta de señalamiento de plazo, éste será de un año desde la muerte del testador, o desde la declaración judicial de su fallecimiento, si todos los presuntos sucesores fuesen mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación.”

- En cuanto a la ejecución del encargo el artículo 45 dispone que *“el comisario podrá usar del poder testatorio en uno o varios actos u otorgamientos”* e igualmente podrá ejercitarlo, a tenor del artículo 46 *“por acto inter vivos o mortis causa, a título universal o singular, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador”*.
- Por último, si el designado comisario es el cónyuge sobreviviente, podrá hacer uso de aquel poder en su propio testamento, pero sólo para disponer a favor de los hijos y descendientes comunes. En este caso, podrá el comisario dar a las disposiciones el carácter de revocables, pues en todos los demás tienen la consideración de irrevocables (arts. 46 y 47).

En el Derecho guipuzcoano encontramos una regulación muy semejante a la vizcaína, pero más breve, en los artículos 164 a 171 de la *Ley sobre Derecho civil foral* del País Vasco, redactados por la *Ley 3/1999, de 30 de diciembre*. Sus características principales son las siguientes:

- El causante puede encomendar al cónyuge la designación de su sucesor en el caserío y sus *pertenecidos* y en el resto de su patrimonio, pero sólo si señala el grupo de personas entre las que ha de efectuarse la designación o deja herederos forzosos.
- El nombramiento de comisario debe hacerse en testamento o escritura pública, que puede ser la de capitulaciones.

2.2. Administración de los bienes sobre los que recae la delegación.

“Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior” (art. 831.2).

Este texto resuelve la cuestión de la administración de los bienes sobre los que penden las facultades delegadas, aspecto no abordado por la versión anterior. Había distintas opiniones. A juicio de ALBALADEJO, “lo relativo a la gestión, rendimientos y disposición del caudal relicto ni está previsto en la ley ni hay acuerdo entre los autores que tocan el extremo (...) pareciendo ser precisa la unanimidad de los interesados o lo que, a instancia de parte, resuelva el Juez (art. 398), y, quizá, si el acto que sea se realiza con intervención del viudo, ello lo haga firme...” (73).

Por su parte, O’CALLAGHAN, refiriéndose sólo a la administración, entendía que “era opinión mayoritaria que la misma quedaba encomendada a los herederos aunque, dada la indeterminación de su cuota, parece que las mayorías debían formarse teniendo en cuenta la participación abintestato de cada uno de ellos” (74).

Se observan en las anteriores opiniones doctrinales las dificultades que suele plantear la administración, en el sentido más amplio del término, de cualquier comunidad. Puede ser útil recordar la doctrina clásica sobre los actos de conservación, administración y disposición y aplicarla a nuestro caso. Los actos de conservación los puede realizar todo interesado, los de administración, ahora el cónyuge, antes los herederos, y los de disposición parecen requerir la unanimidad de todos los implicados: descendientes y progenitor supérstite.

El Derecho aragonés tiene establecido en el artículo 133.1 de la Ley que vengo comentando que “*la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de ejecución de la fiducia o de su extinción*” y regula ampliamente la situación de la herencia pendiente de asignación.

En esta fase de pendencia la administración y representación de la herencia corresponde, en principio, al cónyuge viudo. Concretamente, el viudo tendrá la administración y representación de todos los bienes y derechos del premuerto, mientras conserve la condición de administrador de la comunidad conyugal. En caso contrario sólo la de los bienes afectos al usufructo de viudedad (art. 134.1). En segundo lugar, este artículo atribuye la administración y representación al fiduciario o fiduciarios. El administrador está obligado a formalizar inventario en escritura pública. No se impone esta obligación cuando el único fiduciario sea el cónyuge, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el juez para salvaguardar el patrimonio hereditario (arts. 134 y 135).

Por otra parte, “*Se pagarán con cargo al caudal relicto: a) los alimen-*

(73) *La Mejora*, cit., p. 89.

(74) *Op. cit.*, p. 828. También reseña una opinión minoritaria que se inclinaba por atribuir la administración al cónyuge destinatario de la delegación, que ha sido la opción elegida ahora por el legislador.

tos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas. b) Las cargas y deudas de la herencia. c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro...” (art. 136).

El artículo 137 concede al administrador amplias facultades para el desempeño de su cargo, incluyendo expresamente la legitimación activa y pasiva respecto de todo tipo de acciones referidas al patrimonio hereditario. El administrador tiene también facultades de disposición a título oneroso de los bienes o derechos sujetos a fiducia en tres supuestos: cuando el comitente lo haya autorizado, para atender el pago de obligaciones y cargas, y cuando lo juzgue conveniente, para sustituir unos bienes por otros (art. 138), si bien con la limitación establecida por el artículo 139: si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de ciertos bienes (75) será necesaria la autorización de cualquiera de ellos que tenga plena capacidad de obrar y, siendo todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del juez.

Por último, *“el fiduciario podrá solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta”* (art. 140).

En conclusión, hay entre las dos regulaciones de este punto una gran distancia: la que va de los siete artículos de la Ley aragonesa a las dos exiguas líneas del artículo 831 del Código Civil sobre la materia.

En el Derecho catalán, la herencia no se defiende hasta que se haga la elección o distribución, si bien, previamente el cónyuge puede pagar las legítimas y legados. Mientras no se defiera la herencia, quedará ésta bajo la curatela (76) de la persona designada por el testador. A falta de designación será curador el cónyuge, con libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios.

En la *Compilación* navarra se prevé que cuando el fiduciario sea el cónyuge o un ascendiente del causante, tendrá facultades de administración y disposición. En caso contrario, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria (Ley 287).

En el Derecho civil de Vizcaya, mientras no se defiera la sucesión y la herencia sea aceptada, será representante y administrador del caudal

(75) Se trata de los inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, según la redacción dada a este artículo por la disposición final primera de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.

(76) Esta curatela tiene una naturaleza muy diferente a la del Código Civil, pues en éste se establece como mecanismo de asistencia de emancipados, beneficiarios de la mayor edad y pródigos, mientras que en el caso que contemplamos la curatela es un sistema de administración de un patrimonio hereditario, con titular aún indeterminado. Además, las facultades de administración y disposición del curador del Derecho catalán son mucho más amplias.

quien hubiese sido designado a tal a efecto, en su defecto el cónyuge viudo y, a falta de éste, el propio comisario (art. 40 de la *Ley sobre Derecho civil foral* del País Vasco); y mientras esté pendiente el ejercicio del poder *testatorio*, los hijos y demás descendientes, en situación legal de pedirlos, tendrán derecho a alimentos con cargo a los rendimientos de la herencia (art. 41).

2.3. *El respeto a las legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante a favor de descendientes comunes.*

“El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades” (art. 831.3).

El primer párrafo ya estaba en la versión de 1981, si bien con una redacción algo distinta, que, en mi opinión, no introduce ningún cambio (77): impone el respeto a las legítimas (78), mejoras y demás disposiciones del causante (79).

El párrafo segundo establece los efectos que proceden cuando, en el ejercicio de las facultades delegadas, no se respeta la legítima o las disposiciones del causante a favor de un descendiente: el perjudicado puede pedir que se rescindan los actos en la medida necesaria para satisfacer el interés lesionado. Sobre ello, Díez-PICAZO y GULLÓN se sorprenden de que no se otorgue al perjudicado una acción de nulidad, sino una acción de rescisión, de régimen jurídico incierto, acaso asimilable a la rescisión por lesión en las particiones (80). Ciertamente, hubiera sido más adecuada una acción de nulidad, pues si acudimos a la analogía con la rescisión

(77) Sobre la versión anterior, puede consultarse ALBALADEJO: *La Mejora*, cit., p. 79.

(78) Según ALBALADEJO (“El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, cit., p. 14), las legítimas cortas hay que respetarlas siempre, por lo que no parece que se pueda delegar en el cónyuge el establecimiento de la nueva sustitución prevista en el nuevo artículo 808, párrafo tercero, del Código Civil.

(79) El último inciso de la versión actual “en favor de éstos” no creo que cambie nada; en realidad, sobra, pues el cónyuge no tiene poder para alterar ninguna disposición del causante.

(80) *Op. cit.*, p. 436.

por lesión, ¿habrá de ser ésta en más de la cuarta parte como exige para las particiones el artículo 1.074 CC?

En el párrafo tercero se cierra el planteamiento de este número 3, disponiendo que se tendrán por respetadas las disposiciones del causante y las legítimas cuando queden cubiertas, total o parcialmente, con bienes propios del delegado. De manera que se permite cubrir las legítimas, mejoras y otras disposiciones del causante con bienes del mismo y con los bienes privativos del delegado, luego, sin duda, también con los gananciales de la sociedad conyugal disuelta, pero no liquidada. ALBALADEJO considera, con razón, extraño, que algo que es “disposición hecha por el causante o pago de legítimas pueda satisfacerse con bienes, no de la sucesión, sino del patrimonio del cónyuge en quien delegó el causante” (81).

2.4. *Los derechos de descendientes no comunes.*

“La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido” (art. 831.4).

Las amplias facultades de que puede gozar el cónyuge supérstite no pueden perjudicar las legítimas ni otras disposiciones del causante en caso de tener éste descendientes no comunes. RAMS cree que es una apertura de la norma sólo parcialmente acertada (82). Pero una vez más, nos encontramos con que la doctrina anterior ya había pensado en ello y lo consideraba comprendido en la redacción entonces vigente. Decía ALBALADEJO: “La concesión de la facultad, refiriéndose sólo a mejorar a los descendientes comunes del causante y el supérstite, no se ve excluida ni porque uno ni porque el otro tengan hijos no comunes. Pues los hijos del supérstite que no lo sean del causante no participan en la herencia de éste (...). Y a los hijos del causante que no lo sean del supérstite les corresponderá lo que aquél les hubiese dejado, sin que el supérstite tenga

(81) Vid. “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, cit., p. 10.

(82) En LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004, cit., p. 356.

facultad para mejorarlos, y como sí la tiene para mejorar a los del causante y suyos, las mejoras que pueda hacer a éstos, tienen el límite de la legítima corta de los hijos que lo son del causante, pero no lo son del supérstite” (83).

Este autor reconoce la existencia de otras opiniones, pero, a su juicio, se apoyan en el temor de que el cónyuge supérstite mejore a sus hijos en perjuicio de los que no son suyos. Considera que “la eliminación de la facultad de mejorar por la existencia de hijos del difunto que no sean comunes con el viudo o la eliminación de poder mejorar con dicha facultad incluida la parte de herencia de esos hijos es un recorte a lo dispuesto en el artículo 831, basado en temores de algo tan patente que el causante pudo, si hubiera querido, prevenir e impedir” (84). Obsérvese la amplitud que ALBALADEJO da a este artículo 831, hasta el punto de hacerle ir más allá de la literalidad de su párrafo primero (hoy núm. 1) que claramente contempla de modo exclusivo a los hijos comunes.

Y concluye: “Así que, en mi opinión, la facultad de mejorar del viudo a los hijos comunes, no se ve que tenga más límite que el de la legítima corta de todos los descendientes del causante” (85). No hay que olvidar, sin embargo, que el viudo queda constreñido por la totalidad de las disposiciones e instrucciones del causante.

En el inciso segundo del párrafo que comento se apodera al delegado para intervenir en representación de los descendientes comunes, en los actos de ejecución o adjudicación relativos a estas legítimas o disposiciones a favor de descendiente no común. Es una facultad más del delegado, de la que gozará en todo caso, habiendo descendientes de las dos clases, por cicatero que sea el testador al delimitarle su ámbito de poder. Aunque es un nuevo supuesto de representación legal, dada la redacción que se le ha dado, me inclino a pensar que el apoderado no está obligado a ejercitarlo. Desde luego, significa facultar al delegado para evitar el contacto entre hermanos de vínculo sencillo.

El artículo 831.4, párrafo segundo, aborda el caso de que un descendiente del testador, que no lo sea del delegado, haya sido preterido no intencionalmente en la herencia de aquél. Los efectos de esta preterición, a tenor del 814 CC, son la anulación de todas las disposiciones de contenido patrimonial, cuando son preteridos todos los hijos o descendientes, lo que no parece el supuesto del 831.4 (“Cuando algún descendiente...”), o bien, la anulación de la institución de herederos, valiendo las mandas y mejoras no inoficiosas, y la del cónyuge, sólo en cuanto perjudique a

(83) *La Mejora*, cit., p. 66.

(84) *Op. ult. cit.*, p. 67.

(85) *Ibíd.*

las legítimas. Estos últimos serían, pues, los efectos de la preterición no intencional que contempla el artículo 831.4, sin que, según dispone, el ejercicio de las facultades delegadas pueda menoscabar la parte del preterido.

Comentando este número, afirma O'CALLAGHAN: "Evidentemente, basta que se deje a salvo su parte de legítima estricta" (86). Por su parte, Díez-PICAZO y GULLÓN se preguntan qué acción podrá ejercitar el preterido, la de nulidad o la de preterición (87). Me cuesta mucho pensar un supuesto en que sea imprescindible la aplicación de este párrafo del número 4 y lo mismo digo de casi todo este número. Quiero decir que con el articulado clásico del Código Civil en materia de legítimas y de preterición era suficiente para proteger a todo tipo de descendientes, frente a las facultades delegadas, como lo prueba la interpretación que venía dando la doctrina a un artículo 831 mucho más breve. Las novedades reales de este artículo son más bien escasas.

2.5. Cesación o pérdida de las facultades.

"Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa" (art. 831.5).

En la versión anterior, el viudo o viuda sólo perdía las facultades que se le habían conferido si se casaba de nuevo (88) y sin posibilidad de dispensa. Ahora, sin embargo, la pérdida se produce en los tres supuestos contemplados por la norma "salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa". Si después de conferidas las facultades por el testador se produce alguno de los hechos mencionados por el artículo 831.5, pero, a pesar de todo, desea mantenerlas, en mi opinión, deberá volver a testar para establecer la salvedad, a no ser que en el testamento en que las concedió ya hubiera tenido la previsión de hacerla.

Junto a los casos legalmente previstos, O'CALLAGHAN menciona otros: premoriencia, indignidad o desheredación del delegado (89).

Las tres versiones del artículo 831 CC utilizan en su primer párrafo el término cónyuge (aunque la actual, en el último número lo extienda a la pareja de hecho e incluso a la pareja ocasional). Por ello, la doctrina anterior exigía la subsistencia del vínculo hasta el fallecimiento del otorgante

(86) *Op. cit.*, p. 827.

(87) *Op. cit.*, p. 436.

(88) ALBALADEJO (*La Mejora*, cit., pp. 70 y 71) analiza si todo matrimonio priva de las facultades o sólo el válido e inscrito.

(89) *Op. cit.*, p. 826. En el mismo sentido, ALBALADEJO: *op. ult. cit.*, p. 72.

de la delegación (90). Si los cónyuges estaban separados de hecho, la doctrina consideraba que no se perdían las facultades, pero si la separación era judicial, entonces sí (91). Con la redacción actual de los números 5 y 6 no parece exigible la subsistencia del matrimonio como requisito para conservar las facultades. El otorgante, si conserva la confianza en el otro progenitor, puede abstenerse de revocar el testamento y mantener, en consecuencia, la delegación, aunque su matrimonio sea anulado, se divorcien o separen (92).

Por su parte, la Ley aragonesa tiene previsto que el nombramiento del cónyuge quede sin efecto si, al fallecimiento del comitente, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite tales procedimientos (art. 125.2), salvo que el comitente hubiese dispuesto lo contrario.

También prevé que la condición de fiduciario se pierde por las causas que establezca el causante, por expiración del plazo, por fallecimiento del fiduciario (y causas análogas), por renuncia, por contraer nuevas nupcias o llevar vida marital de hecho el cónyuge viudo fiduciario (salvo dispensa del comitente) y por incurrir en causa de desheredación o indignidad para con el causante o sus descendientes (art. 147).

Si se pierde la condición de fiduciario y no hay fiducia sucesiva o si la pierden todos los llamados o que puedan serlo, la fiducia se extingue (art. 148).

En la *Ley sobre Derecho civil* de Galicia, su artículo 142 dispone que *“El comisario no podrá delegar la función encomendada y perderá la misma al contraer nuevas nupcias”*.

La Ley 284 de la *Compilación navarra* establece en sus párrafos segundo y tercero lo siguiente: *“El cónyuge viudo que contraiga nuevas nupcias perderá su cualidad de fiduciario.*

Asimismo, el nombramiento de fiduciario conferido por un cónyuge a favor del otro quedará sin efecto por sentencia firme de nulidad, separación o divorcio”.

(90) En este sentido ALBALADEJO (*op. ult. cit.*, p. 68) afirma: “Por eso yo opino que es más razonable considerar que, fundada en la confianza de los interesados la figura de la delegación de la facultad de mejorar, si el matrimonio es nulo o se divorcia, la pierde el cónyuge al que se confió”.

(91) ALBALADEJO: *op. ult. cit.*, pp. 68 y 69.

(92) Sostiene el criterio contrario ALBALADEJO (“El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, *cit.*, p. 8). En sus comentarios tras la publicación de la Ley 41/2003 opina que aunque nada se dice sobre la pérdida de las facultades por la nulidad, separación o divorcio en vida del testador, hay base para opinar que es así, *“so pena de que se piense que en los mismos [casos] la ley deja en manos del testador vivo que revoque las facultades, si quiere, y que si no lo hace, subsisten. Argumento que encuentro menos creíble que el que apoya que sea la propia ley la que las retira”*.

Además, la Ley 288 contempla el supuesto de que por fallecimiento, renuncia, imposibilidad o cualquier otra causa la designación de heredero o donatario universal por los fiduciarios no llegara a realizarse. En este caso, el mayor de los hijos podrá pedir que se le declare heredero y, en su defecto, el mayor de los demás descendientes que viviera en la casa.

En la *Ley sobre Derecho civil foral* del País Vasco, su artículo 48, aplicable a Vizcaya, establece que el poder *testatorio* del cónyuge comisario se extingue, entre otras causas, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, solución semejante a la aragonesa y que me parece mejor que la de la Ley navarra, que exige sentencia firme, pues, habitualmente, cuando se presenta la demanda, la confianza entre los cónyuges ya está rota.

En el Derecho civil vizcaíno encontramos una previsión casi idéntica a la del número 5 del artículo 831 CC. La diferencia es que la Ley del País Vasco utiliza la expresión: “*tener un hijo no matrimonial*” en su artículo 48.4, mientras el Código Civil, con mejor técnica, se refiere al hijo “*no común*”, pues también puede ser designado comisario la pareja de hecho, aunque, dada la redacción, es dudoso si le alcanza esta causa de extinción del poder *testatorio*.

2.6. *La delegación a favor de persona con quien el causante tuviese descendencia común sin estar casados.*

“Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí” (art. 831.6).

En principio, este apartado induce a pensar en uniones o parejas de hecho o convivientes *more uxorio*, si bien, como acertadamente puntualiza O’CALLAGHAN: “parece que no es precisa relación ni convivencia entre ambos, ni mucho menos que entre ellos exista relación análoga a la matrimonial: en efecto, dice el artículo que lo dispuesto en el mismo será igualmente aplicable cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí, sin exigir que medie entre ambos relación similar a la del matrimonio” (93). Por eso, pueden ser pareja de hecho u ocasional, bastando con que tengan descendencia común y, en pura lógica, múltiple, pues, no en vano, el artículo ha hablado siempre de hijos, en plural, por carecer de sentido hablar de mejorar, distribuir, partir, a favor de un único descendiente (94).

(93) *Op. cit.*, p. 826.

(94) ALBALADEJO (*La Mejora*, cit., p. 26) entiende, sin embargo, “que incluso es posible mejorar al único descendiente legitimario”. Es decir, en realidad no se le puede, entonces, dejar

En la Ley aragonesa ya hemos visto que el comitente puede designar fiduciario a cualquier mayor de edad no incapacitado, lo que, evidentemente, incluye a su pareja de hecho con la que tenga o no descendencia.

Por su parte y con aplicación en toda la Comunidad Autónoma vasca, el artículo 9 de la *Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho*, establece la equiparación de éstas con las casadas, entre otros, a efectos de nombrarse recíprocamente comisario.

V. Conclusiones

1. Como he señalado, existe gran desproporción entre el interés que suscita la mejora para la doctrina y, dentro de su regulación, la delegación de la facultad de mejorar, y la escasísima jurisprudencia que existe en la materia (95).

En palabras de ALBALADEJO, “en rigor jurídico (...) mejora es lo que a un descendiente el ascendiente le da o deja de más sobre su legítima corta” (96). La mejora es, además, una institución original y exclusiva del Derecho castellano que ha llamado la atención fuera de nuestras fronteras. El hecho de que haya originado poca jurisprudencia puede deberse bien a su escasa utilización, lo que indicaría que, en el territorio de Derecho común, hay poca costumbre de desigualar a los hijos en las sucesiones, o bien, a que su regulación es muy buena y bien comprendida por los ciudadanos, si bien me inclino más por la primera alternativa. Desde luego la dinámica de las instituciones fiduciarias forales es muy otra. En los territorios forales sí parece existir costumbre de desigualar en las herencias a los descendientes, a juzgar por el detalle con que algunos de sus Derechos regulan estas figuras sucesorias (97).

2. No sé, a ciencia cierta, las verdaderas razones del legislador para reformar el artículo 831 CC. Parece que, con la intención de favorecer a los discapacitados, se han reformado algunos textos del Código Civil y, en

más que a otro, pero sí declarar que se le deja el tercio de mejora, lo que no cumple con el concepto de mejora que el propio ALBALADEJO ofrece a continuación (p. 27).

(95) Según indiqué más arriba, no he encontrado ninguna sentencia que aplique el artículo 831, pero es que sobre la mejora, en general, sólo he localizado diecisiete sentencias, en las que los temas que se repiten son: mejora tácita y mejora bajo condición.

(96) *La Mejora*, cit., p. 27.

(97) En particular: Derecho aragonés, que dedica veinticuatro artículos a la fiducia sucesoria; Derecho vizcaíno, que dedica diecisiete artículos al testamento por comisario; Derecho navarro y guipuzcoano, que dedican ocho leyes al fiduciario-comisario y ocho artículos a la fiducia sucesoria, respectivamente.

cuanto a este precepto, se ha aprovechado para ir bastante más allá del objetivo inicial, ampliando sensiblemente su ámbito. La mayor parte de la regulación contemplada expresamente en las nuevas disposiciones de este artículo ya la consideraba la doctrina incluida en la redacción anterior.

3. En la regulación actual de la delegación de la facultad de mejorar encuentro ventajas e inconvenientes. No soy, en principio, partidario de las situaciones de pendencia (98) e indivisión. En las leyes forales, en tales situaciones, existe un mayor desarrollo normativo que permite abordar los problemas que surgen necesariamente en casos de interinidad tan prolongada. No es así en el Código Civil, donde nos podemos encontrar con problemas sin solución legal.

Es cierto que, sin embargo, en territorio de Derecho común, está muy extendida la cláusula *Socini*, que deja al viudo también un gran poder sobre el patrimonio hereditario y representa, igualmente, en cierto modo, una situación de pendencia.

Por otra parte, como he dicho anteriormente, creo que el nuevo artículo 831 CC puede dar juego, en no pocos casos, para fortalecer la posición del viudo frente a hijos díscolos o con mala relación entre ellos o para familias con empresas o negocios familiares, a las que este artículo puede facilitar medios para el control de los mismos por parte del viudo y alguno de los hijos, con exclusión de los demás.

4. La regla de que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro está ya muy desvirtuada. Propongo sustituir el artículo 830 CC por este otro texto: “*La facultad de mejorar puede encomendarse a otro, en los términos del artículo siguiente*”. El poder del fiduciario era ya muy grande en la versión anterior del artículo 831, pues el fiduciante podía limitarse a instituir herederos y ordenar la fiducia, delegando en el fiduciario toda su voluntad, de modo que ocupara auténticamente su lugar, en cuyo caso, la partición por él realizada equivaldría a la realizada por el testador y se le aplicarían los artículos 1.056 y 1.075 CC (99).

(98) Según RAMS (en LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2004, cit., p. 357), el beneficio real de la situación de pendencia puede ser no material: “Las más de las veces el objetivo del causante se logrará con el mantenimiento de la situación de pendencia, bien porque el favorecido resulta ser el propio cónyuge supérstite a quien se le facilitan todos los instrumentos de defensa de su posición a la cabeza de una economía familiar globalmente considerada, bien porque el favorecido es uno o varios de los sucesores incapaces o con deficiencias que acarreen dificultades para administrar por sí aquello que pueden recibir de la distribución de los bienes relictos netos”.

(99) En este sentido, LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, 2001, cit., pp. 354 y 355.

5. La terminología utilizada en el Código Civil y en los Derechos forales para designar a los sujetos que intervienen en la fiducia es variada: por un lado, otorgante, testador, causante, concedente, comitente, fiduciante. Por el otro: viudo, cónyuge supérstite o sobreviviente, delegado, fiduciario, comisario. Aunque en el texto hemos utilizado todos o casi todos estos términos, me parecen más propios, en el Derecho foral, el de fiduciante y fiduciario o comitente y comisario; y en el común, causante y comisario o delegado.

6. La imagen que el Derecho transmite de la institución familiar en los distintos territorios de España es diferente. En cada uno tiene sus propias costumbres, que se han vertido en leyes, sin que, en mi opinión, podamos afirmar, sólo por ello, que la familia es más fuerte en un territorio que en otro. En todos, el matrimonio y la familia son hoy instituciones muy poco tuteladas, cuando no desdeñadas, por los poderes públicos, a pesar del mandato del artículo 39 de nuestra Constitución. No parece que las tradicionales normas del Derecho sucesorio puedan hacer mucho por ellas.

AUTOCONTRATO

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. CONCEPTO. 2. CASOS PROHIBIDOS. 3. CASOS PERMITIDOS. 4. ADMINISTRADOR ÚNICO. 5. CONCLUSIONES.

1. Concepto

Siguiendo a DELGADO TRUYOLS (1) podemos definir que existe autocontrato prohibido por la ley en aquellos negocios o actos jurídicos en los que una sola persona pone discrecionalmente en relación económica dos o más patrimonios distintos cuya titularidad o representación ostenta en virtud de una sola declaración de voluntad, siempre que exista un conflicto de intereses real o potencial entre dichos patrimonios.

(1) DELGADO TRUYOLS, Álvaro: "La doble o múltiple representación y el autocontrato: delimitación de supuestos", en *Revista Jurídica del Notariado*, 2001, julio-septiembre, número 39, p. 343.

Según este mismo autor, para que la autocontratación resulte prohibida por la ley debe reunir los tres siguientes requisitos:

- 1) Conceptual o técnico: que existe una sola declaración de voluntad y no la contraposición de voluntades típica de todo contrato.
- 2) Económico: que mediante el negocio o contrato se pongan en relación económica dos o más patrimonios o masas patrimoniales distintas.
- 3) Práctico o de justicia: que entre los patrimonios puestos en relación exista o pueda existir un conflicto de intereses, entendido como aquel en que la satisfacción de uno implica el sacrificio del otro.

2. Casos prohibidos

Como casos declarados prohibidos por la DGRN se pueden señalar los siguientes:

- a) Cuando en una escritura de constitución de hipoteca por deuda ajena comparece, además de la entidad acreedora, un apoderado que representa a la vez a la sociedad deudora y a la sociedad hipotecante no deudora (Res. DGRN de 20 de septiembre de 1989).
- b) Cuando una persona actúa como apoderado del vendedor, interviniendo como apoderado de la sociedad compradora otra persona con poder especial conferido por el administrador único de dicha sociedad que resulta ser el apoderado del vendedor (Res. DGRN de 21 de mayo de 1993).
- c) Cuando el apoderado de las dos partes contratantes, aunque esté especialmente facultado para autocontratar, se excede en sus facultades y realiza actos para los que no se encuentra facultado especialmente (Res. DGRN de 29 de abril de 1993).

Cita DELGADO TRUYOLS (2) las resoluciones de la DGRN de fechas 20 de septiembre de 1989 y 21 de junio de 2001 para declarar que un caso de autocontrato prohibido por la ley según la DGRN es aquel en el que una misma persona representa en una escritura de préstamo hipotecario a la parte deudora y a la parte hipotecante.

Para GARCÍA GARCÍA, citado por el propio DELGADO, el problema de la autocontratación sólo afecta a la constitución de la hipoteca porque el

(2) DELGADO TRUYOLS, Álvaro: "De nuevo sobre el autocontrato: dos problemas muy actuales", en *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, julio-septiembre, número 43, p. 287.

apoderado debe tener facultades expresas, según resulta del artículo 139 de la Ley Hipotecaria, que dice:

“Artículo 139. Los que con arreglo al artículo anterior, tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí o por medio de apoderado, con poder especial bastante.”

3. Casos permitidos

MORATILLA GALÁN (3), al comentar la STS de 12 de junio de 2001 sobre autocontratación en un caso de administrador social que compra un bien de la sociedad para sí mismo, entiende que si existe una previa autorización para autocontratar, tal conducta equivale a una renuncia a la acción de denunciar el autocontrato celebrado, de manera que, existiendo la autorización previa, resulta innecesaria la ratificación o asentimiento posterior del representado.

Es muy interesante la reciente resolución de la DGRN de fecha 15 de junio de 2004, comentada por CAMPO GÜERRI (4), quien se refiere a la norma prohibitiva contenida en el artículo 1.459-2 del Código Civil, haciendo caer en la cuenta que se trata de una norma prohibitiva, pero referida al apoderado, no al poderdante, verdadero *dominus negotii*, que tiene la capacidad civil para autorregular el mandato conferido y, por tanto, conceder facultades para autocontratar a su mandatario.

Abundando en esta idea, la propia DGRN se refiere a la calificación registral del negocio en estos términos y dice:

“Adviértase, en efecto, que de seguirse otro criterio, de manera que se admitiera la censura extrajudicial de la actuación realizada bajo la licencia o dispensa del dominus negotii, ello supondría la arrogación extrajurisdiccional de funciones tutelares de intereses privados, por medio de atribuirse una suerte de aptitud para fiscalizar, restringir e, incluso, desoír los preceptos que emanan de la autonomía privada, todo ello sin contar con instrumentos de cognición que permitieran inquirir el contenido de la relación subyacente que media entre poderdante y apoderado y, obviamente, sin el más mínimo soporte no ya de nuestra legislación ordinaria sino de nuestra propia Constitución (cfr. art. 10-1.º de la Constitución española).”

(3) MORATILLA GALÁN, Isabel: “Comentario de Jurisprudencia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, septiembre, número 685, p. 2542.

(4) CAMPO GÜERRI, Miguel-Ángel: *La Notaría*, 2004, julio-agosto, p. 200.

4. Administrador único

La resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2003 se refiere al supuesto de administrador único que se autoconfiere un poder general que incluye las facultades para autocontratar. Se pretende inscribir en el Registro Mercantil y se deniega la inscripción, defecto que confirma la DGRN.

Los antecedentes de esta resolución se encuentran en las resoluciones de 24 de junio de 1993, 12 de septiembre de 1994, 30 de diciembre de 1996 y 24 de junio de 1998 y concluye que el administrador único no tiene facultades para autocontratar con la sociedad. Se funda en los siguientes argumentos:

- a) Autoconferirse poder es un acto innecesario puesto que por su condición de administrador social ya tiene todas las facultades necesarias para representar a la sociedad.
- b) Por la anterior razón, se entiende que el poder se funda más en criterios de oportunidad –contrarios a la responsabilidad del administrador– más que en criterios de necesidad práctica o jurídicos.
- c) El poder conferido será, en la práctica, irrevocable. Porque o bien el propio administrador nunca se autorrevocará el poder, o bien, quien le sustituya en el cargo tardará en hacerlo y se mantendría una representación no deseada a pesar del cese del administrador.
- d) El administrador autoapoderado podría evitar su responsabilidad social actuando sólo como simple apoderado de la sociedad.

Pero frente a estos argumentos se pueden oponer los siguientes:

- e) El administrador social como cargo de la sociedad tiene unas facultades orgánicas, pero en las relaciones internas sociales y en su reflejo frente a terceros puede convenir a los intereses sociales que el propio administrador tenga unas facultades precisas y delimitadas –incluida la autocontratación– que eviten dudas o ambigüedades en su representación. También se pueden incluir plazos de vigencia distintos de los plazos del cargo, limitaciones cuantitativas o cualitativas al ejercicio de las facultades de representación, etc.
- f) Las razones de oportunidad o de conveniencia para los intereses sociales son competencia propia del órgano de ejecución de las decisiones sociales, es decir, del administrador. Quedan siempre bajo la aprobación de la Junta de socios, que podrá exigir responsabilidad en los casos de actuación contraria a la buena fe. Pero de ahí a presumir la mala fe o a entender que determinadas actuaciones

están viciadas de raíz, parece un poco exagerado, puesto que supondría inhabilitarlo de hecho por meras conjeturas.

- g) Los poderes sociales se revocan libremente cuando dispone el órgano de administración, que es el competente para hacerlo. A partir de aquí cualquier suposición de hechos es tan válida como su contraria. Es decir, no es un argumento real. Porque los poderes se revocan cuando se quiere revocarlos. Figuran en la documentación social, estarán inscritos en el Registro Mercantil, y cualquier nuevo administrador será lo suficientemente diligente como para revisar y comprobar la vigencia de poderes sociales, máxime en los supuestos de cambio de administración social.
- h) La responsabilidad del administrador es social, pero, en todo caso, personal. El responsable es la persona, no el documento del que resulta la representación. Y la materia sobre la que versa la responsabilidad son los actos de la persona por razón del daño causado a la sociedad. No parece que sea posible evitar la responsabilidad social con argumentos formales derivados del documento en virtud del cual se representa a la sociedad.

Frente a posturas contrarias a la autocontratación cabría sostener que el administrador social tiene facultades para autocontratar siempre que no le hayan sido sustraídas por la propia sociedad representada por su Junta de socios. Porque hay que seguir sosteniendo que, si el administrador tiene todas las facultades propias del cargo para el desarrollo del objeto social, no existe ninguna razón que *a priori* determine que la autocontratación es contraria al objeto social.

De lo que se trata es de cumplir el objeto social. Y en este cometido el mayor interesado es la propia sociedad. Es la sociedad quien nombra al administrador y quien le puede cesar. Lo demás es simple consecuencia de esta cadena de competencias sucesivas. ¿Que el administrador puede engañar a la sociedad y beneficiarse? Es verdad, pero esto por ser administrador, no por autoconcederse poderes con unas facultades u otras. Y contra la actuación fraudulenta del administrador no se defiende la sociedad no confiriendo poderes, sino ejerciendo la acción social de responsabilidad.

Tampoco existe una prohibición legal que se oponga a la concesión de autopoderes por el propio administrador, como tiene reconocido la DGRN y la jurisprudencia. Parece que toda la doctrina sobre los límites de la autocontratación se mueve por el terreno de las sospechas y las prevenciones, pero no por límites legales, ni por hechos concretos.

Es verdad que se debe actuar con prudencia porque se actúa en nombre ajeno y no en nombre propio. Pero, en mi opinión, tampoco se debe

proteger a nadie más de lo que desea ser protegido. So pena de no reconocerle capacidad para gobernar sus propios asuntos.

El apoderado lo es conforme a las facultades conferidas. Bien. Podrá exigirse que entre las facultades se encuentre la de autocontratar y, en caso contrario, negarle esa facultad. Si se procede así no se le distingue de los demás apoderados, para los cuales también se les exige facultades expresas para su actuación.

Para el administrador único no se debe seguir el mismo razonamiento porque no es un apoderado. Ni la ley le tiene por un apoderado. Ni su esquema de funcionamiento y de representación social es el de un apoderado. Si la ley dice que tiene todas las facultades de representación social es que las tiene. Y si las tiene, las tiene todas, incluida la de autocontratar, puesto que ninguna ley dice lo contrario.

La sociedad deberá asegurarse de la capacidad y honradez de aquel a quien nombre su administrador único. La Junta general es capaz para nombrar a quien le parezca oportuno y es su competencia propia.

La mala fe del administrador no se debe presumir. Ni tampoco existen motivos objetivos para entender que por el mero hecho de ostentar varias representaciones o cargos se va a actuar fraudulentamente. En caso contrario se podría llegar a un verdadero conflicto sin solución: si al administrador único no se le reconocen facultades para autocontratar, ni tampoco puede autoconferirse un poder para autocontratar, se queda sin representación la sociedad, salvo que se acuda a apoderar a un tercero —que no siempre será posible o deseable.

5. Conclusiones

1. El apoderado puede autocontratar si está previsto expresamente.
2. El administrador único no tiene facultades para autocontratar, aunque es discutible esta afirmación.
3. No existe ninguna prohibición legal expresa contra la autocontratación.
4. El ámbito legal de representación del órgano de administración no debería excluir las facultades de autocontratar.
5. No se presume la mala fe ni el abuso de confianza en el ejercicio de una representación.

APERTURA DEL ACTO

Pasado mañana, 7 de junio de 2003, cumplirá quinientos años la Pragmática “dada –por Isabel la Católica– en la Villa de Alcalá de Henares a siete días del mes de junio, año del nacimiento de Nuestro Señor Jesu Cristo, de mil e quinientos y tres años”.

“Ordenanzas de los escribanos del Reyno” denominó a la Pragmática de Alcalá el *Libro de las Bulas y Pragmáticas* del escribano de los Reyes Católicos Juan RAMÍREZ; y más que una Pragmática es en efecto un Ordenamiento, un conjunto de disposiciones atinentes al instrumento público, con notables innovaciones, que como Derecho de Castilla fue recibido por las Recopilaciones Nueva y Novísima y se fue extendiendo a los territorios de la Corona de Aragón; constituyó, pues, el Derecho español vigente hasta la Ley del Notariado de 1862 que, en este ámbito, se inspiró también notoriamente en ella; con alguna exageración pudo escribir GONZÁLEZ PALOMINO que: “la ley fundamental vigente es... la Pragmática de Alcalá”. Sus principios esenciales tendrán también que conservarse en los instrumentos públicos electrónicos que ahora comienzan.

Nuestra Pragmática atravesó prontamente el Atlántico y muchas legislaciones hispanoamericanas son deudoras de ella incluso en mayor medida que nosotros. La Pragmática de Alcalá, por tanto, ha contribuido a constituir una familia, bien característica, dentro del Notariado Latino.

La trascendencia de la Pragmática de Alcalá que he intentado apuntar, junto con su secular duración, exigía esta conmemoración de su Quinto Centenario que han organizado la Academia Matritense del Notariado y el Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

Los Reyes Católicos se ocuparon otras muchas veces de los escribanos públicos; recordemos sobre todo las Cortes de Toledo de 1480. Pero sin limitarse a este ámbito notarial, un gran historiador, D. Luis SUÁREZ

FERNÁNDEZ, va a situarnos la Pragmática de Alcalá en la política de los Reyes Católicos (D. Luis SUÁREZ es catedrático, hoy jubilado, de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Complutense de Madrid y Académico de número de la Real Academia de la Historia). D. Luis SUÁREZ es un gran especialista, entre otros, de los tiempos de la Pragmática; a él se deben innumerables trabajos monográficos, buena parte de los dos monumentales volúmenes que componen el tomo XVII, “La España de los Reyes Católicos”, de la *Historia de España* dirigida por D. Ramón MENÉNDEZ PIDAL (1969), y los cinco volúmenes de la gran monografía *Los Reyes Católicos* (1989-1990).

Los demás intervinientes en el acto son queridos compañeros nuestros, bien conocidos de todos, que van a examinar los puntos esenciales del contenido de la Pragmática:

- Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ va a hablarnos del protocolo, y de la necesidad de que en él se contenga la escritura íntegra, con supresión de las cláusulas etceteradas.
- Alfonso VENTOSO ESCRIBANO, de la llamada fe de conocimiento, muchas veces mal entendida.
- Antonio PÉREZ SANZ estudiará la firma de los instrumentos.
- Y para concluir, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, que ensayará un juicio valorativo sobre la Pragmática de Alcalá.

Juan Bolás Alfonso
*Decano del Ilustre Colegio Notarial
de Madrid*

LA PRAGMÁTICA DE ALCALÁ EN LA POLÍTICA DE LOS REYES CATÓLICOS

LUIS SUÁREZ FERNÁNDEZ

*Académico numerario
de la Real Academia de la Historia*

Buenas tardes, señoras y señores: tengo que empezar dando las gracias por haberme brindado la oportunidad de tomar parte en este acto solemne en el que estamos conmemorando uno de los episodios más importantes en la creación de la España moderna, el establecimiento del notariado.

Es importante también que tengamos en cuenta que la Pragmática de 1503, no es tanto un punto de partida cuanto un término de llegada. El problema se planteó ya en los siglos XIII y XIV en el momento en que empiezan a constituirse en España las primeras formas de Estado dentro de lo que llamamos monarquía. Porque la monarquía se caracteriza en los siglos medievales por la existencia de una especie de pacto entre Rey y Reino, cuyas condiciones están establecidas en la Ley; pero automáticamente surge el problema, ¿cómo garantizar que los actos que se están realizando y aquellos que se reflejan en los documentos están acordes con el derecho y tienen, por consiguiente, una calidad oficial?

La más antigua medida, en mi opinión, fue planteada en las Cortes de 1389, precisamente el momento en que la monarquía se estaba organizan-

do en una forma institucional que dividía el poder del Rey en tres sectores: el Legislativo —que ejerce junto con las Cortes—, el Judicial, que entrega a la Audiencia, y el Ejecutivo y Administrativo, que entra en relación con el Consejo. Pero aquí es donde se plantea (lo habían dicho los procuradores de las ciudades anteriormente en una reunión de Burgos de 1380) la cuestión decisiva: ¿cómo garantizar de una manera oficial que aquello que afecta al súbdito del Rey, sea éste individual o colectivo, tiene el valor jurídico que debemos otorgarle? Y la respuesta es bien simple: la única forma de conseguir que las escrituras estén redactadas conforme a derecho y puedan convertirse en documento oficial es que el nombramiento de escribanos sea hecho a través de la Corona y mediante un examen previo que garantice las calidades del individuo.

Y esto es lo que a partir de este momento se va a intentar hacer. Es verdad que las primeras decisiones que se adoptaron tropezaron con dos grandes inconvenientes; uno, de orden externo. En España, en Castilla especialmente, había un gran número de notarios apostólicos, los cuales no habían recibido su nombramiento ni su calidad de la Corona, sino de la Iglesia. Esto no convenía perderlo absolutamente, puesto que la Iglesia garantizaba el valor moral, la fidelidad, la altura con que se estaban realizando los documentos, pero debía ser completado.

El segundo inconveniente vino de la inquietud que tuvo que vivir Castilla desde 1420 hasta 1478. Una serie de golpes de estado, de guerras civiles, de querellas internas; aunque no fuesen especialmente sangrientas provocaban en el Reino una seria inquietud y por consiguiente, se estaba produciendo el hecho de que esta función esencial que consiste en garantizar la legitimidad jurídica de cada documento que se extiende, fuera a parar a manos de personas que no estaban directamente vinculadas con la Corona y a veces tampoco eran dignas de absoluta confianza. Este es el tema que se trata en las Cortes de Toledo de 1480.

Yo me adelantaría a decir que la Pragmática de Alcalá de junio de 1503 no es otra cosa sino el término de llegada de un proceso; es decir, la maduración, y para mí hay también una cierta relación en orden del tiempo, estamos asistiendo a las últimas jornadas del reinado de Isabel, cuando se han producido ya los conflictos en relación con la sucesión y por consiguiente hay una voluntad de dejar atadas y bien atadas las cosas antes de que pueda ser demasiado tarde.

Pero volvamos a las Cortes de 1480, celebradas en Toledo. De todo cuanto conocemos de la época de los Reyes Católicos, yo dudo mucho que seamos capaces de encontrar ningún acontecimiento que pueda compararse con estas Cortes, porque allí, escuchando la voz de los procuradores de las ciudades, no eran más que treinta y dos personas, pero todos formando parte de una elite jurídica, se plantean a los Reyes Católicos

todas las cuestiones que son pertinentes para la organización de una monarquía y de ahí nacen dos decisiones. Dos decisiones que están íntimamente ligadas entre sí: el desarrollo de la vida universitaria, a fin de contar con personas eficientes, y la necesidad también de codificar las leyes del Reino creando con todas ellas un solo ordenamiento, el Ordenamiento de Montalvo, y se dice a los Reyes: “Dios, ha querido darnos en nuestros días una circunstancia con la que antes no contábamos, la imprenta”, por consiguiente, el ordenamiento que DÍAZ DE MONTALVO va a hacer puede ser reproducido en forma tal que en adelante no haya ningún juez que no tenga sobre su mesa el ejemplar correspondiente. Vamos a regirnos por derecho.

Entonces surge la otra cuestión: conformarnos con la situación actual, que los notarios apostólicos que no controlamos puedan ser los que ejerzan esta función tan delicada y al mismo tiempo tan decisiva, que hace que los documentos privados se conviertan en una institución pública con todas las garantías jurídicas. Al principio no pudieron tomarse medidas demasiado grandes; eran muchos los notarios, había demasiado peso por parte de los escribanos de las ciudades, había una fuerte influencia por parte de los obispos, de modo que la primera decisión que se toma, curiosamente en paralelismo con lo que se está haciendo con el ejercicio de la medicina, es establecer un examen, una garantía, un sistema que de alguna manera compruebe que las personas que van a desempeñar esta función están en condiciones de hacerlo en la forma que de ellos se espera y debidamente. Pero naturalmente esto no basta, cuando pasa el tiempo, las universidades maduran y España empieza a contar con un número suficiente de licenciados y doctores en ambos derechos: surge la nueva decisión. ¿Qué vamos a hacer? Pues lo que vamos a hacer –y ésta es la cumbre del reinado de los Reyes Católicos, 1503– es convertir en magistrados públicos a estos juristas encargados de vigilar y de garantizar que todas las cosas se hacen conforme a derecho, haciéndoles, en cierto modo, dependientes del Consejo Real de Castilla, que es la institución que tiene como cometido hacer que todas las decisiones que se toman en nombre del Rey están también sujetas a la ley.

¿Qué es entonces la Pragmática de 1503? La maduración jurídica del país. La forma mediante la cual se completa lo que venía deseándose desde 1380 con dificultades que había tratado de llevar adelante, creando al final lo que hoy llamaríamos un “Estado de derecho”, porque el Estado de derecho no se limita exclusivamente a lo que son las funciones del Gobierno Central, tiene también que dar a todos y a cada uno de los ciudadanos. 1503, término de llegada, es por consiguiente también, el comienzo de una vida nueva para lo que va a ser la sociedad española en la edad moderna y posteriormente. Gracias.

EL PROTOCOLO Y LA REDACCIÓN POR EXTENSO

ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ

Notario

Agradecimientos

Antes de comenzar quiero expresar mi gratitud a la Academia Matritense del Notariado y muy especialmente a su presidente y decano del Colegio Notarial de Madrid, mi entrañable amigo Juan BOLÁS.

A don Luis SUÁREZ, que ha tenido la generosidad de acompañarnos en esta aventura histórica.

A mis compañeros de andadura Alfonso VENTOSO y Antonio PÉREZ SANZ.

Y muy especialmente a Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, por su amor y entrega constante al notariado. El trabajo de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS en los libros-homenaje a VALLET sobre la Pragmática de Alcalá es una obra fundamental en nuestro Derecho Histórico; sin este trabajo me habría sido imposible penetrar en ella. Gracias, Antonio, por tu generosidad, por tus orientaciones y por tus consejos.

SUMARIO: AGRADECIMIENTOS. **A)** INTRODUCCIÓN. **B)** REGULACIÓN EN LA PRAGMÁTICA. Capítulo I. – Obligación del protocolo. – Obligación de redactar y asentar las escrituras en extenso en este libro. – Obligación de que las copias de las escrituras sean reproducción literal del protocolo. Capítulo V. – Custodia de los protocolos. Capítulo VII. – Requisitos externos de las escrituras. **C)** EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS INSTRUMENTALES. – Criterios de distinción: unidad o pluralidad de documentos. – La carta. – La nota y la carta. – Nota, registro y carta. – Matriz y copia. **D)** EXIGENCIA DE LA REDACCIÓN POR EXTENSO. – Su importancia en la Pragmática. – Problemas de la abreviación del texto documental. – Documentos abreviados: ejemplos. – Documentos incompletos: ejemplos. **E)** REFLEXIONES ACTUALES EN RELACIÓN A LA EVOLUCIÓN DOCUMENTAL. **F)** INFLUENCIA DE LA PRAGMÁTICA EN HISPANOAMÉRICA. – Recopilación de las Leyes de Indias. – Código Civil argentino. – Leyes Notariales de Colombia y Ecuador. – Ley Notarial del Distrito Federal de Méjico. – Ley Notarial de Chile. – Reglamento Notarial Uruguayo. **G)** ASPECTOS FORMALES DE LA REGULACIÓN DE LA PRAGMÁTICA. – Documentos que han de ir al protocolo. – Testimonios. – Procedimientos diversos de formación del protocolo. – Consecuencias sustantivas de lo anterior. – Formación del protocolo en diversas legislaciones de Hispanoamérica: Colombia, Argentina, Cuba, Ecuador, Honduras, Distrito Federal de Méjico, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay. – Requisitos del protocolo. **H)** Bibliografía. **I)** ANEXO DOCUMENTAL SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROTOCOLO EN PAÍSES DE HISPANOAMÉRICA. 1. Argentina. 2. Bolivia. 3. Chile. 4. Colombia. 5. Costa Rica. 6. Cuba. 7. Ecuador. 8. Guatemala. 9. Honduras. 10. Méjico. 11. Paraguay. 12. Perú. 13. Puerto Rico. 14. República Dominicana.

A) Introducción

Una de las aportaciones más importantes de la Pragmática de Alcalá al Derecho y a la institución notarial ha sido la introducción, creación y regulación del protocolo notarial. Gran parte de la Pragmática está dedicada al protocolo; de los siete títulos, el I, V y VII de forma directa y los títulos III y VI indirectamente, al tratar de la que llama escritura signada y que nosotros llamaríamos hoy copia autorizada.

La importancia de la introducción del protocolo reside, no sólo en la exigencia de que los escribanos lleven un libro encuadernado, con las escrituras por ellos autorizadas, sino que es en este libro donde han de constar por extenso dichas escrituras, consentidas, firmadas por las partes o los testigos, en su caso, y signadas por el escribano. Se convierte así el protocolo en piedra angular de la documentación pública del negocio; es en el protocolo donde está recogido en su integridad el negocio querido y convenido por los otorgantes. Todo ello, que actualmente nos parece normal, es el resultado de un largo proceso en el que la Pragmática de Alcalá supo encontrar la solución adecuada, adoptándose posteriormente su regulación por legislaciones europeas y americanas.

B) Regulación en la Pragmática

En forma resumida exponemos la regulación de la Pragmática en el tema que nos ocupa:

Capítulo I.

— Obligación del protocolo: “Primeramente ordeno e mando que cada uno delos dichos escrivanos ayan de tener e tengan un libro de prothocolo encuadernado de pliego de papel entero”.

— Obligación de redactar y asentar las escrituras en extenso en este libro: “en el cual aya de escribir e escriva por estenso las notas de las escripturas que ante él passaren e se ovieren de hazer; enla cual dicha nota se contenga toda la escriptura que se oviere de otorgar por estenso; declarando las personas que la otorgan; e el día, e el mes, e el año, e el lugar o casa donde se otorga; e lo que se otorga; especificando todas las condiciones, e pactos, e cláusulas, e rununciaciones e submisiones...; e que assí como fueren escritas las tales notas, los dichos escrivanos las lean presentes las partes e los testigos. E sy las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres...; e sy en leyendo la dicha nota e registro dela escriptura fue-re algo añadido o menguado, que el dicho escrivano lo aya de salvar e salve en fin dela tal escriptura, antes de las firmas, porque después no pue-de aver dubda si la dicha enmienda es verdadera o no”.

— Obligación de que las copias de las escrituras sean reproducción literal del protocolo: “E que los dichos escrivanos sean avisados de no dar escriptura alguna signada con su signo, sin que previamente al tiempo del otorgar dela nota ayan seido presentes las dichas partes e testigos, e firmada como dicho es; e que enlas escrituras que así dieren signadas, ni quiten ni añadan palabra alguna delo que estoviere en el registro, salvo

la suscripción...; so pena que la escriptura que de otra manera se diere signada sea en sy ninguna, e el escribano que la fiziere pierda el oficio e dende en adelante sea ynabile para aver otro; e sea obligado a pagar ala parte el interesse”.

Capítulo V.

— Custodia de los protocolos: “Otro sí ordeno e mando que los dichos escrivanos e cada uno de ellos sean diligentes en guardar bien los libros delos registros e protocolos e los procesos que ante ellos pasaren”.

Capítulo VII.

— Requisitos externos de las escrituras: “Otro sí ordeno e mando que... seyendo la tyra de una hoja de pliego entero, escrita fielmente de buena letra cortesana, e no procesada, de manera que las planas sean llenas, no desando grandes márgenes, en que en cada plana aya alo menos treynta cinco reglones, e quinze partes en cada renglón”.

Para valorar la innovación que las normas citadas de la Pragmática de Alcalá supusieron es necesario, siguiendo a Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, estudiar la evolución de los distintos sistemas instrumentales a lo largo de la historia.

C) Evolución de los sistemas instrumentales

Para RODRÍGUEZ ADRADOS (1), el criterio básico de la distinción entre los distintos sistemas documentales es el de la unidad o pluralidad de instrumentos requeridos para cada negocio o acto notariado; hay, en efecto, sistemas uni-instrumentales o pluri-instrumentales, según baste con un solo instrumento o se requieran dos, tres o incluso cuatro instrumentos. Dentro de los sistemas pluri-instrumentales debe además distinguirse, según que la redacción de esos varios instrumentos del mismo negocio sea idéntica –salvo la particularidad de la suscripción en las copias–, o sea distinta. La calificación como bi-instrumental y de redacción única del sistema de nuestra LON nos aclara lo expuesto, es bi-instrumental porque para la plena eficacia del negocio o acto formalizado notarialmente se ne-

(1) “La Pragmática de Alcalá entre Las Partidas y la Ley del Notariado”, volumen VII de las obras de este autor, publicadas por el Consejo General del Notariado Español, año 1996, pp. 542 y ss.

cesita la matriz y la copia y es de redacción única porque la copia debe ser una reproducción exacta de la matriz.

En su trabajo sobre “El Derecho Notarial en el Fuero de Soria y en la Legislación de Alfonso X el Sabio” (2), RODRÍGUEZ ADRADOS considera que nuestro Derecho Notarial puede dividirse en tres períodos históricos fundamentales:

— En el primero no existe más documento notarial que la carta, aunque los notarios comenzaron a conservar notas de las cartas que autorizaban. La carta se entregará lógicamente a los otorgantes y es el documento legitimador de la adquisición de derechos y apto para el tráfico. El Fuero Real, en su título I, “De las cartas y traslados”, sigue este sistema uni-instrumental, aunque en el título relativo a “los escribanos públicos”, como luego veremos, sigue un sistema bi-instrumental. La carta, cuando era privada, basaba su credibilidad en las formalidades a cargo de los testigos y de las partes, fundamentalmente la *traditio*, pero cuando la carta es notarial o *instrumentum*, su fidelidad se apoya en la sola “fides” atribuida al *scriptor*. No obstante, este sistema primitivo uni-instrumental, salvo que se tratara de documentos breves y sencillos, la carta no podía ser repentinizada, redactada de golpe, sino que el escribano se limitaba a tomar unas anotaciones o unos apuntes, para posteriormente redactar la carta; estos apuntes son las llamadas *scheda* o cédulas de los textos romanos.

— En el segundo sistema, para cada acto notarial existen dos documentos: la nota, que la Ley obliga a conservar al escribano, y la carta, que se entrega al interesado. La nota precede a la carta y su trascendencia jurídica es muy superior a la de las cédulas, a las que antes nos referíamos, al ser la nota la que es objeto del otorgamiento y consentida por las partes, aunque puede no estar firmada por ellas ni por los testigos. Es decir, el escribano narra o registra en la nota lo que las partes acordaron. De aquí que a los libros donde esas notas se recogían se les llamen muchas veces Registro.

Interesa, por otra parte, destacar que la nota y la carta no tienen la misma redacción. La nota contiene los elementos del acto o negocio en forma abreviada y es en la carta donde el escribano redacta en forma completa el instrumento, “non mudando —como dice el Fuero Real— nin cambiando ninguna cosa de la substancia del fecho, assí como en el Registro fuere puesto”. Como dice Gregorio LÓPEZ en la glosa, “que conservada la substancia del hecho, el Notario puede extender el instrumento y «extender» no es pasar el texto de la nota al pergamino de cuero, sino «ampliar», «alargar», en la carta lo que abreviadamente se había recogido en la nota”.

(2) En *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1964, pp. 29 y ss.

Este sistema bi-instrumental es el que impone Alfonso X el Sabio, en el título del Fuero Real dedicado a “Los Escribanos Públicos”, en el *Espéculo* y en *Las Partidas*. El *Espéculo*, no obstante, mantiene un curioso sistema, al ordenar que el escribano debe hacer primero la nota, que es la acordada y consentida por los otorgantes, posteriormente estas notas han de pasarse a un libro-registro y, por último, de este libro-registro se expedirá la carta. La introducción de ese libro-registro es positiva y puede considerarse antecedente del protocolo, ya que hasta ahora las notas, aunque el escribano estaba obligado a conservarlas, podían estar sueltas. Sin embargo, el fallo del *Espéculo* fue no ordenar que las notas se escribieran directamente en el libro-registro, por lo que, como decíamos, habrá tres instrumentos: nota, libro-registro y carta. Como la coexistencia de tres instrumentos puede ser una fuente de conflictos, el *Espéculo* corta por lo sano y ordena que escrita la nota en el registro “dévela (el escribano) romper la nota, e fazer la carta”. De esta forma, aunque de forma totalmente antijurídica, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS (3), el *Espéculo* termina también en un sistema bi-instrumental, pero con un gran fallo que corregirán *Las Partidas* y es que el instrumento que se conserva es el registro y el que se destruye, la nota, que es la “acordada” y consentida por los otorgantes.

El sistema tri-instrumental de nota, registro y carta es el subsistente en los territorios de Derecho Foral: Aragón, Valencia, Mallorca y Cataluña. Incluso en Cataluña a veces fue cuatri-instrumental: cédula o nota, anotación breve en un manual, anotación extensa en el libro-registro (llamado “cabreo”) y carta. En estos supuestos se producía triple y, en ocasiones, como la de Cataluña, hasta cuádruple redacción.

— Por último, en el tercer sistema instrumental, en la evolución a la que nos referimos, el documento notarial por excelencia es la matriz, derivada de la nota antes estudiada, la carta queda relegada a ser copia de su matriz y recibe todo el valor de su correspondencia con la matriz. En esta matriz consta la redacción completa del documento notarial y es en ella en la que las partes prestan su consentimiento y la firman por sí o a través de los testigos. Este es el sistema introducido por la Pragmática de Alcalá y que en lo esencial pasa a la LON. El alcance de la innovación es grande, RODRÍGUEZ ADRADOS nos lo resume con las siguientes palabras: “el sistema alfonsino y el sistema de la Pragmática son bi-instrumentales; pero la doble redacción de aquél, frente a la redacción única de éste, hacen que sean sistemas claramente distintos. Ahora bien, el sistema de la Pragmática, tal y como históricamente fue interpretado, no es todavía

(3) *Op. cit.* en nota 1.

el de la Ley de 1862, por la supervivencia –equivocada– de la cláusula de «suscripción», en la que el notario expedidor de sus propias copias tenía que afirmar que estuvo presente en el otorgamiento de la matriz” (4). Añadimos nosotros, la exigencia referida en la cláusula de suscripción no deriva de la Pragmática, sino (equivocadamente nos dirá RODRÍGUEZ ADRADOS) de la doctrina y de la práctica, por lo que la semejanza con el sistema de la Ley de 1862 es patente.

D) Exigencia de la redacción por extenso

La reina ISABEL es consciente de la trascendencia que supone la única redacción y, por ello, en el comienzo de la Pragmática dice: “Sepades que yo soy informada que a causa que vos los dichos escrivanos... asentays enlos registros las escrituras que se otorgan muy abreviadas, e que a causa de no se decir por estenso alas partes las submisiones e derogaciones e otras cláusulas que enlas dichas escrituras se ponen, las partes quedan engañadas sin saber lo que otorgan; ... e que después al tiempo que las partes piden las dichas escrituras en linpio, algunas veces se añaden e otras se menguan las fuerças e otras cosas en las dichas escrituras”. Fácilmente se comprende la inseguridad jurídica que tenía la posibilidad de extensión, reducción e incluso de interpretación que el escribano tenía, en relación con el documento aceptado por las partes. Ello, además de ser peligroso y hasta arbitrario, suponía una desnaturalización de la función notarial. De aquí que con la Pragmática de Alcalá, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS (5), la seguridad jurídica formal quede firmemente asentada, en cuanto que la misma escritura proporciona documentalmente las solemnidades que fundamentan su eficacia.

La abreviación del texto documental era un problema grave y puede afectar, ante todo, a las solemnidades del documento, lo que venía indudablemente favorecido porque en el sistema intermedio los textos legales y doctrinales referían esas solemnidades solamente al segundo documento o carta, y nunca al primero, abreviatura o nota; y aunque lógicamente había que pensar que la nota debería contener todos los requisitos que luego habría de expresar el instrumento, muchas veces tales solemnidades faltaban de hecho, bien por remitirse a otras notas o por incurrir en absoluta omisión; buenos ejemplos de una y otra cosa nos proporcionan dos registros notariales castellanos, el de Dueñas y el de Santillana, modernamente editados por la Fundación Matritense del Notariado.

(4) *Op. cit.* en nota 1.

(5) *Op. cit.* en nota 1.

RODRÍGUEZ ADRADOS (6) distingue, para aclarar la materia, dos grandes grupos, según que el instrumento aparezca como perfecto, o bien de sus mismas cláusulas resulte que, aunque el negocio sea perfecto, el instrumento no lo es de manera completa.

A) En el primer caso nos encontramos con un documento en el que su texto no contiene ninguna indicación de que haya de ser completado, sino que en sí mismo parece *completo*, aunque *breve*; tan breve que hay que deducir necesariamente que ha sido *abreviado*. Pongamos algunos ejemplos, tomados de los registros de notas modernamente publicados por el Notariado, todos ellos referentes al contrato-tipo, la compraventa de inmuebles, a fin de permitir una más fácil comparación:

a) “VENTA. Como yo Alonso Fernández Gordo e yo Juan Gordo su hermano vendemos a vos Alonso Martínez Tostado, vecino de Tariego una tierra que nos avemos en término del dicho lugar Tariego poco o mucho, lo que en ella ay que es en lynde tierra de todas partes de vos el dicho Alonso Martínez por quarenta maravedis, e obligamos nos de la fazer sana, so pena de otra tal e de toda via sana e valedera como dicho es. Carta firme, fecha martes doze días de Enero, año de M// CCCCX11 años. Testigos Pedro Velarde e Juan Estajo, vffinos de Dueñas”⁶¹.

b) “VENTA. Como yo Juan Gonzalez gapatero, vezino de Dueñas vendo a vos Perri de Versabad e a María Alfonso vuestra muger una viña que yo he en término desta dicha villa, a do dizen el campo en surco de viñade vos el dicho Perrin e de viña de herederos de Gonjalo Sanchez lanagero e viña de Lope Alfonso vallestero, vejinos de la dicha villa, la qual dicha viña vos vendo por setenta mrs desta moneda que se agora usa que fazen dos blancas un maravedi, de las quales me otorgo por pagado a vista de escrivano e testigos. E por esta carta obligo a mí e a todos mis bienes de vos las fazer sana, so pena del doblo o los mrs doblados, qual vos más quisiéredes, e por mas sanar e redrar como dicho es, carta firme, fecha lunes diez e ocho dias de Dizienbre de M// CCCCX1111 años. Testigos (flegible) e Menjolin e Chrisl i quien, omes del dicho Perrin e otros.”

c) “VENDIDA. Este dicho día vendió Juan Coniunga e María, su muger con su licencia, a Juan Perez de Cando, canónigo, la novena parte de la castañera del cabestro de Ruy Blanco, por quarenta maravedis. Testigos Pedro Mocellar e Pedro Gonzalez Velarde e Juan Pérez de la Carre-
ra, escrivanos”; la abreviación de la nota no puede ser mayor.

(6) *Op. cit.* en nota 1.

B) Muy frecuentemente el instrumento contiene alguna indicación expresa de que su texto no es completo, en virtud de alguna “cláusula general”; por ejemplo, porque se encomienda la ampliación de la cláusula al mismo notario autorizante, o porque según un supuesto clásico, ello se ha dejado al dictamen de un letrado. Más frecuente es, sin embargo, que el carácter incompleto del instrumento resulte de escribir solamente las palabras iniciales de cada cláusula omitida, con la indicación de “etc”. Fue tan frecuente el uso de estas “cláusulas etceteradas” que son muchos los autores que consideran la posibilidad de instituir herederos a los nietos póstumos, porque aplicaba el mismo sistema “a los bisnietos, etc.”, por no continuar hablando de los tataranietos. Transcribamos un buen ejemplo, sevillano: “Vende Elvira Martines muger de Alfonso Fernandes aserrador, que Dios perdone, vesino de Sevilla en la collasion de Santa María en la calle de Cantarranas, de su grado e propia voluntad etc. a Andrés Fernandes de Quiñones sacador de sardina vesino de Sevilla en la dicha collasion, en la dicha calle de Cantarranas, presente, un solar para faser casas con la meytad del poso que en el dicho solar está e con la teja e madera que en el dicho solar está, que cayó de la casa que estava fecha, e con un ala que está enfyesta quella tiene en la dicha cal de Cantarranas, que se tiene en linde con casas e solar de Juan de Fermoso e con casas de Garcia e con la calle; vendida buena etc. por nueve cientos mrs. desta moneda que agora se usa, que del rescibió que son en su poder, de ques pagada; e renuncia la defensyón de la pecunia etc. E sy más vale dágelo en donagion etc. renuncia la ley de Alcalá de Henares que fabla en rasón de la meytad menos del justo prescio; desapodérase etc., apodera al comprador etc., dale poder que lo entre e tome la tenencia e posesion del...”.

E) Reflexiones actuales en relación a la evolución documental

Vemos que la situación actual es resultado de una evolución, en la que termina triunfando el documento notarial aceptado por las partes y custodiado en el protocolo. Ello supone un respeto a la autonomía de la voluntad y un respeto a la persona; el escribano o el notario no puede hacer prevalecer su documento, ni sus interpretaciones sobre el documento, sobre la voluntad de las partes. El notario podrá ayudar a formar e interpretar la voluntad de los otorgantes, pero lo redactado por el notario debe ser siempre aceptado, consentido y asumido, mediante la firma y la de los testigos, en su caso, por los interesados. Este documento es el principal, en él se apoyan todos los demás y de él recibe la fuerza y la validez la copia, y por exigencia de la seguridad jurídica debe quedar en el

protocolo notarial. No olvidemos que la Pragmática comienza diciendo: “Primeramente ordeno e mando que cada uno de los dichos escrivanos ayan de tener e tengan un libro de protocolo encuadernado de pliego de papel entero”. No se habla de registro, sino de protocolo. En el registro se recoge algo que no es original, con la palabra protocolo derivada de *protos*, primero, se está de alguna forma aludiendo a la colección de los documentos primeros, de los iniciales, de los que derivan, como decíamos, cualquier otro.

Por ello resulta sorprendente cuando se pretende sustituir la primacía de la escritura matriz por cualquier otro documento o asiento registral. Ello es lo que ocurre con las pretendidas inscripciones constitutivas. No se dan cuenta que de esa forma se está volviendo a formas primitivas documentales, lo registrado y traducido por un funcionario al Registro, sustituye lo querido verdaderamente por las partes que está en el protocolo notarial. Analizar el artículo 130 actual de la LH a la vista de la evolución documental estudiada no puede ser más decepcionante. Efectivamente, este precepto dice: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y dado su carácter constitutivo sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”.

Lo fundamental es lo inscrito y registrado y no lo acordado por las partes que consta en la escritura matriz. Ello, que podría tener cierta lógica y defensa en relación a los terceros, se predica primeramente en la relación entre las partes constituyentes de la hipoteca. Observar, por otra parte, que el artículo 130 está consagrando un sistema cuatridocumental: escritura matriz, copia autorizada de la escritura, asiento registral, certificación del Registro de la Propiedad. Este sistema es además, por lo menos, de doble redacción: la original que consta en la escritura y la del asiento registral, en la que, como sabemos, en virtud de la calificación registral, se puede prescindir de pactos que, aunque lícitos, el registrador no considera inscribibles.

No se debe olvidar que todo lo que suponga dar primacía a lo que el funcionario público traduzca de la voluntad de las partes no es sino desde un plano formal retroceder varios siglos y, desde un punto de vista sustantivo, sustituir el protagonismo de los otorgantes e interesados por los de los funcionarios.

F) Influencia de la Pragmática en Hispanoamérica

La exigencia del protocolo va a ser una constante en la América Española, no sólo durante los períodos en que formaban parte de la Coro-

na de España, sino posteriormente, cuando se emanciparon en Estados independientes. Es interesante el reflejo del protocolo en la Recopilación de las Leyes de Indias:

LIBRO V. TÍTULO VIII.

Ley XVI, “que los Escrivanos tengan registros de las escrituras, aunque las partes consientan que no los haya. Los Escrivanos guarden, y tengan siempre en su poder registros de todas las escrituras, autos é informaciones, y todos los demás instrumentos públicos, que ante ellos se hizieren, y otorgaren, sin embargo de que digan, y consientan las partes a quien tocaren ó sus procuradores, que no quede registro...”.

Ley XVIII, “que los papeles, procesos y registros passen con los oficios de escrivanos. Mandamos, que los papeles, procesos y escrituras de cada oficio de Escrivano, y dependiente de ellos, pasen con el oficio al sucesor en él, y no queden en poder de la muger del antecesor, o sus herederos, o del que huviere servido el oficio en interin, ó de otra ninguna persona...”.

Ley XX, “Ordenamos, que los Escrivanos sean muy puntuales en tener los registros cosidos, y signados, como lo ordena por la ley 60”.

Destacamos a continuación la trascendencia que al protocolo le atribuyen las legislaciones notariales de HISPANOAMÉRICA:

- El CC argentino, en su artículo 998, dispone: “las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”. Insistiremos más tarde en ello.
- La Ley colombiana, al definir la escritura en su artículo 13, dice “que la escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidos ante el Notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo”. Por tanto, si falta esta incorporación parece que no hay escritura. En sentido parecido se pronuncia la Ley Notarial de Ecuador en su artículo 26, “escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo”. Vemos que la Ley ecuatoriana exige la incorporación con el mismo alcance y además se refiere a la nota de matricidad. La alusión a la matricidad aparece en muchas legislaciones en la definición del protocolo (art. 141 de la Ley cubana; art. 22 de la Ley de Ecuador; art. 8 de la Ley de Guatemala; art. 13 de la Ley de Honduras; art. 130 de la Ley de Paraguay; sección 2.071 de la Ley de Puerto Rico).
- El artículo 7 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal de Mé-

jico establece: “como principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial: I. El de la conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y de su efecto adecuado; II. El de la conservación del instrumento notarial y de la matrizidad en todo tiempo del mismo...”.

- La Ley Notarial chilena considera en su artículo 401-7 que “guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante ellos se otorguen” es una de las funciones de los notarios. Por lo tanto se eleva la llevanza del protocolo a categoría de función notarial.
- El Reglamento Notarial uruguayo nos dice en su artículo 41: “los Escribanos llevarán dos registros obligatorios: el de protocolo y el de protocolizaciones. Ningún Escribano podrá autorizar escrituras y protocolizaciones en otros registros que no sean aquellos que están a su cargo”.

A veces en estas legislaciones aparecen confundidas o mezcladas las expresiones protocolo y registro. Comparando estas expresiones en la legislación argentina y en la uruguaya, en el *Curso de Derecho Notarial* de Rufino LARRAUD, profesor de Derecho Notarial de la Facultad de Derecho de Montevideo, con anotaciones y concordancias del Derecho argentino, por el Instituto Argentino de Cultura Notarial (7) se nos dice que para Argentina el registro notarial es un complejo de elementos heterogéneos, referido a personas, cosas y territorio. El registro requiere necesariamente la existencia de un escribano titular y, facultativamente, de uno o más adscritos según la legislación del lugar; requiere, además, un ámbito territorial determinado y, por último, un protocolo llevado con las formalidades prescritas por las legislaciones locales. En cambio, en el Uruguay, al hablarse de registro notarial, la referencia se ciñe con exclusividad al último de los elementos mencionados, o sea, al protocolo. Efectivamente, la Ley Notarial Uruguaya de 31 de diciembre de 1878, en su artículo 28, dispone: “llámase protocolo al Registro en que los Escribanos y demás funcionarios autorizados para ello asienten por el orden de sus respectivas fechas todas las escrituras públicas que pasan ante ellos”.

G) Aspectos formales de la regulación

La Pragmática de Alcalá supone también una importante novedad, al exigir los requisitos formales vistos, al tratar de la regulación, como de la

(7) Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 251.

nota o matriz y no de la carta o copia, como hasta ahora habían hecho las legislaciones anteriores; ninguno de estos requisitos se exigen para la copia (llamada por la Pragmática escritura signada), pero como ésta ha de ser transcripción literal de aquélla, las solemnidades de la nota pasan a ser necesariamente solemnidades de la escritura signada.

En principio deben ir al protocolo todos los instrumentos autorizados por el notario; pero esta regla tiene como excepción la del testamento cerrado, lo que actualmente no nos parece extraño y fundamentalmente lo que la Pragmática llama testimonios. El concepto de testimonio, tal y como se entiende en la época de la Pragmática, es más amplio que el concepto actual, porque además de los llamados testimonios de documentos, se contemplaban los llamados testimonios con respuesta de juez (lo que suponía una intervención notarial en la esfera judicial), testimonios “con respuesta... de otra parte”, equivalentes a las actuales actas de requerimiento, notificación u ofrecimiento de pago y testimonios de hechos, equivalentes a las actas de presencia.

La Pragmática se refiere a los testimonios, pero no los regula, ni ordena que se incluyan en el protocolo. Efectivamente dispone en el capítulo IV: “Otrosí ordeno e mando que sy los dichos escrivanos ovieren de dar testimonio alguno con respuesta de juez o de otra parte, que lo ayan de dar e den dentro de tres días; aun que el juez o la parte no responda”. La Pragmática sólo se ocupa del plazo para la entrega del testimonio, no regulando ningún requisito de los mismos, ni siquiera poniendo de relieve que se trata de “documentos sueltos” que se entregan originales a las partes sin formar protocolo. No obstante, al menos en cuanto a los requerimientos, parece que en la práctica no existía inconveniente y se hacía con frecuencia de incluirlos en protocolo notarial.

En materia de requerimientos a jueces y autoridades administrativas, las Leyes de Indias recogen criterios más respetuosos con la función notarial y liberales que los actuales. Efectivamente, la Ley XXXVJ dice: “que no se impida a ningún Escrivano, que entre con los testigos á hazer notificación a Virrey, ó otro Ministro, y reciva las respuestas... Mandamos a los Virreyes, Audiencias, Oidores, Alcaldes, Fiscales, Gobernadores, y otros qualesquier de nuestros Juezes, y Justicias, y encargamos a los Prelados, y Inquisidores, que nos los impidan (a los escribanos), ni estorben, y le dejen notificar, sin embargo, ni impedimento, quealesquier autos, y diligencias tocantes a sus oficios, franqueando las puertas, y dexandolos entrar donde estuvieren, y llevar consigo los testigos, que fueren necesario... recibiendo y aguardando las respuestas, como son obligados”. Esta Ley recopilada tiene su origen en otra de Felipe II, dada en Madrid el 22 de diciembre de 1577, confirmada en la dada por Felipe III en Lisboa el 6 de julio de 1619.

Respecto a los procedimientos ideados para la formación de los protocolos, RODRÍGUEZ ADRADOS (8) nos relata los cuatro existentes: el primero estar desde el principio del año ya encuadernado en blanco, para ir extendiendo los instrumentos que se autoricen uno detrás de otro; el segundo formar cuadernos de diez, veinte o treinta pliegos de papel trabados unos dentro de otros, y estando llenos o completamente escritos, extender otro u otros de igual modo, y unirlos todos al fin de año para que juntos resulte el libro protocolo; en el tercer método “cada escritura matriz se escribe en cuadernos compuestos del número de pliegos de papel... que según su extensión se necesiten, trabados o cosidos unos dentro de otros”, y el cuarto procedimiento consiste “en formar el protocolo por medio de la encuadernación que al fin del año se hace de las escrituras matrices que en el curso del mismo haya autorizado el escribano que lo lleva, colocándolos por el orden de las fechas de su otorgamiento”.

Seguir un sistema u otro tiene trascendencia en orden a la validez de la escritura. En los sistemas, como el nuestro, en que el protocolo se forma por la encuadernación al final de año de las escrituras autorizadas en el mismo, la falta de encuadernación de una escritura no puede afectar a la validez de la misma. Baste para ello examinar el artículo 17 de la LON: “El Notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos. Es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario... Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año...”. Por tanto, la escritura matriz existe desde un principio y el protocolo en sentido estricto será la encuadernación que se hace al final de año.

Sin embargo, en los sistemas en que el protocolo está formado desde un principio, bien por existir un libro en blanco o bien por existir cuadernos de pliegos o de hojas, la conclusión en orden a la validez de la escritura puede ser diferente. Valga de ejemplo lo dispuesto en el artículo 998 del CC argentino: “las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros, que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”. También ocurre lo mismo en Uruguay al definir el protocolo en el artículo 28 de la Ley Notarial en los términos antes transcritos, y en Ecuador, dado como se expresa el artículo 26 de su Ley Notarial al definir la escritura.

Es interesante en este sentido la Ley colombiana, que define la escritura en el artículo 13 en los términos vistos, considerando como elemen-

(8) *Op. cit.* en nota 1.

to componente de la misma la incorporación al protocolo. Sin embargo, el protocolo se forma como el sistema español, por la encuadernación al final de año de las escrituras autorizadas, colocadas en orden numérico sucesivo (art. 107 de la Ley), pero dispone el artículo 22 que “la escritura autorizada por el Notario se anotará en el Libro de Relación, con lo cual se considerará incorporada en el protocolo, aunque materialmente no se haya formado el tomo correspondiente”. Las circunstancias que deben constar en este libro son: la fecha del instrumento, el número de la escritura, la identificación de los otorgantes y la naturaleza del acto o contrato (art. 109). Es decir, que con esta especie de incorporación ficticia al protocolo, por la mera constancia en este libro complementario, se considera cumplida la exigencia del concepto de la escritura como “instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidos ante el Notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorporan al protocolo” (art. 13). Quizá la Ley colombiana apunta un camino de gran interés: el protocolo existe, cualquiera que sea la forma de llevarlo, desde que se otorga la escritura matriz y lo que puede cambiar es su forma de encuadernación. La esencia está en la matricidad y no en la manera de formarse los libros de protocolo.

Por vía de ejemplo, que puede completarse en el anexo a este trabajo, indicamos los sistemas seguidos por algunos países de Hispanoamérica:

— Vimos anteriormente la importancia que para Argentina tiene el protocolo. Es cierto que cada provincia tiene su propia regulación notarial. Sin embargo, el protocolo previamente formado es una exigencia ineludible en todas ellas, por aplicación del Código Civil. No sólo como consecuencia del artículo 998, ya examinado, sino también por la propia definición que del instrumento público da el artículo 979: “son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1) las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo”. Es cierto que, según destaca la doctrina, con algún apoyo jurisprudencial (9), en caso de urgencia, las leyes notariales permiten que se utilicen protocolos sin rubricar siempre que se presente para su habilitación como protocolo, dentro de un tiempo brevísimo fijado por las leyes locales.

— Cuba: sigue un sistema parecido al nuestro de incorporación de las matrices que se autorizan: “los protocolos se formarán en uno o varios tomos, con las matrices de las escrituras, actas y demás documentos agregados a los mismos, autorizados por el Notario en cada año natural” (art. 141).

— En Ecuador, conforme al artículo 23 de su Ley Notarial, los pro-

(9) Véase ETCHEGARAY, Natalio Pedro: *Escrituras y actas notariales*, Editorial Astrea, 1998, p. 49.

toscolos se forman anualmente y se dividen en libros o tomos mensuales de 500 fojas cada uno, las cuales están numeradas y rubricadas en el anexo y reverso por un juez cantonal.

— En Honduras, de los artículos 9, 13 y 16 de su Ley del Notariado, de 29 de marzo de 1930, aunque no lo digan de forma expresa, parece deducirse que se sigue un sistema parecido al de España, por la incorporación “de las escrituras que se autoricen y de los documentos y diligencias cuya protocolización hicieren o se ordenaren”.

— Es interesante en México la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que define el protocolo como “conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades que establece la presente Ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices...; en sentido estricto, es tanto el conjunto de instrumentos públicos, fuente original o matriz, en los que se hace constar las relaciones jurídicas constituidas por los interesados bajo la fe notarial como la colección ordenada cronológicamente de escrituras y actas autorizadas por el notario y *aquellas que no pasaron*, y de sus respectivos apéndices...”. Parece, por tanto, claro que el protocolo está formado previamente y en él se asientan los instrumentos públicos, incluso los “que no pasaron”, es decir, aquellos que no llegaron a autorizarse, a los cuales se les dará número, según ordena el artículo 86: “la numeración de los instrumentos será progresiva, incluyendo los documentos que tengan la mención de «no pasó», los que se encuadernarán junto con los firmados”.

— La Ley del Notariado de Perú, de 22 de septiembre de 1996, en su artículo 38 establece que los registros podrán ser llevados de dos maneras: “a) En veinticinco pliegos de papel emitido por el Colegio de Notarios, los mismos que se colocarán unos dentro de otros, de modo que las fojas del primer pliego sean la primera y la última; que las del segundo pliego sean la segunda y la penúltima y así sucesivamente; y, b) en cincuenta hojas de papel emitido por el Colegio de Notarios, que se colocarán en el orden de su numeración seriada, para permitir el uso de sistemas de impresión computarizado”. Vemos, por tanto, que el protocolo está hecho con anterioridad a la autorización de las matrices para que se extiendan sobre el mismo.

— En Puerto Rico exige la sección 2.073 de su Ley Notarial, de 2 de julio de 1987, que “todas las hojas del protocolo, incluyendo sus anexos, irán foliadas en la parte superior derecha en forma permanente con el número que les pertenezca por su orden en guarismos”.

— En República Dominicana el artículo 33 de la Ley 301 dispone: “los Notarios están obligados a conservar los originales de las actas auténticas que escribieren y tendrán un protocolo de las mismas”; añade el artículo 36:

“todas las actas protocolizadas llevarán el número que les corresponde, escrito en letra y por orden de fecha”.

— En Uruguay, el Reglamento Notarial o Acordada, de 22 de febrero de 1971, contiene en sus artículos 42 y siguientes una regulación muy extensa y pormenorizada del protocolo notarial. El protocolo está previamente formado y sobre él se extienden las escrituras; así lo dispone el artículo 42: “llámase protocolo al registro en que los Escribanos y demás funcionarios autorizados al efecto asientan, por el orden de sus respectivas fechas, las escrituras públicas que se hayan de otorgar en ellos”; añade el artículo 43 que “el protocolo se llevará por uno de estos sistemas: a) de cuadernos de pliego y escritura a mano o manuscritos; b) de cuadernos de hojas y escrituras a máquina o mecanografiados”. En el sistema de cuadernos de pliegos manuscritos, el protocolo se formará, según dispone el artículo 46, “con cuadernos enteros de cinco pliegos cada uno; éstos deberán colocarse unos dentro de otros, de manera que la primera foja corresponda y esté ligada a la décima y así sucesivamente a las demás” y en el sistema de cuadernos de hojas mecanografiadas “el protocolo, según el artículo 48, se formará con cuadernos de diez hojas cada uno”.

La Pragmática ordena la llevanza del protocolo, pero no establece los requisitos del mismo. Esta omisión se subsana por Doña Juana y Don Carlos en las Cortes de Segovia de 1532, con una disposición que pasa a la Nueva y Novísima Recopilación en los siguientes términos: “que sean obligados (los nuestros escribanos) en fin de cada un año de signar los registros que ovieren hecho aquél año, so pena de diez mil maravedís para la nuestra cámara, y suspensión de los oficios por un año”. En términos parecidos se pronuncia la Ley LX, del título XXIII, del libro II de la Recopilación de las Leyes de Indias: “Ordenamos Y Mandamos, que los Escribanos tengan los registros cosidos y los signen a fin de cada año”.

Aquí está el origen de la nota de cierre del protocolo que no viciaba los documentos, puesto que la ley se conforma con la imposición de una sanción, aunque parece que si las escrituras matrices estaban signadas cada una de ellas por el escribano y, de otro lado, que si alguna no estaba signada esta signación final las salvaba de nulidad.

H) Bibliografía

Fundamentalmente nos hemos apoyado en el trabajo de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS: "La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado", publicado en el *Homenaje a VALLET DE GOYTISOLO*, volumen VII, editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid. Ningún trabajo sobre la Pragmática puede compararse a éste y nada podríamos haber escrito sin él.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El Derecho Notarial en el Fuero de Soria y en la Legislación de Alfonso X el Sabio", *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1964, pp 29 y ss.

LARRAUD, Rufino: *Curso de Derecho Notarial*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1966.

PELOSI, Carlos: "Protocolo y documentos protocolares", *Revista Notarial Argentina*, julio-agosto 1966.

D) ANEXO DOCUMENTAL SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROTOCOLO EN PAÍSES DE HISPANOAMÉRICA

1. ARGENTINA

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

TÍTULO IV. DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS.

Artículo 998. Las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros, que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno.

Artículo 1.005. Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico deberá ser hecha.

2. BOLIVIA

LEY NOTARIAL DE 5 DE MAYO DE 1858

Artículo 23. Las escrituras no contendrán más cláusulas que las que se expresan en la minuta, que se insertará literalmente después de llenados los requisitos que se previenen en el artículo anterior. Los poderes y demás justificativos que califiquen la personería de los apoderados se insertarán también en la escritura.

Artículo 24. Las escrituras se extenderán en los registros sin interrupción y en letra clara, sin dejar blancos ni intervalos. No se escribirá cosa alguna por abreviaturas, ni se pondrá fecha ni cantidad en cifras, ni nombre o apellido en iniciales, sino cada palabra con todas sus letras. Las escrituras serán leídas de principio a fin a todas las partes y a los testigos, haciéndose mención de esta circunstancia. El notario que contravenga a las disposiciones de este artículo pagará una multa de veinticinco pesos, a más de los daños y perjuicios si diere mérito para ello. (Pr. C. 186.)

Artículo 25. Las escrituras serán firmadas por las partes, los testigos y el notario. Cuando las partes no sepan o no puedan firmar se hará mención de esta circunstancia al fin de la escritura.

Capítulo 3.º DE LA TRANSMISIÓN Y SEGURIDAD DE LOS ARCHIVOS Y REGISTROS.

Artículo 64. En caso de renuncia, destitución o muerte de un notario, él o sus herederos estarán obligados a entregar el archivo y registro corriente, minutas, índice y demás papeles, en el perentorio término de treinta días, a uno de los notarios de su jurisdicción. Si no hubiere otro notario en dicha comprensión, la entrega se hará ante el Juez Instructor, mientras sea provisita aquella plaza.

Artículo 65. El notario que fuese suspenso conservará su archivo y registro, y cuando se pidan por las partes los testimonios, los darán los Jueces Instructores.

Artículo 66. El notario o sus herederos comprendidos en los casos del artículo 64, si no cumplen con la entrega en el término prefijado, pagarán una multa de veinticinco pesos por cada mes de retardo.

3. CHILE

LEY

§ 7. Los Notarios 2-3-4-5.

1) Su organización.

Artículo 399. Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaron, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende.

Artículo 401. Son funciones de los notarios:

(...)

7. Guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante ellos se otorguen, en forma de precaver todo extravío y hacer fácil y expedito su examen.

3) De las protocolizaciones.

Artículo 415. Protocolización es el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita.

Para que la protocolización surta efecto legal deberá dejarse constancia de ella en el libro repertorio el día en que se presente el documento, en la forma establecida en el artículo 430.

6) De los libros que deben llevar los notarios.

Artículo 429. Todo notario deberá llevar un protocolo, el que se formará insertando las escrituras en el orden numérico que les haya correspondido en el repertorio.

A continuación de las escrituras se agregarán los documentos a que se refiere el artículo 415-1, también conforme al orden numérico asignado en el repertorio.

Los protocolos deberán empastarse, a lo menos, cada dos meses, no pudiendo formarse cada libro con más de quinientas fojas, incluidos los documentos protocolizados, que se agregarán al final en el mismo orden del repertorio. Cada foja se enumerará en su parte superior con letras y números.

Cada protocolo llevará, además, un índice de las escrituras y documentos protocolizados que contenga y en su confección se observará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 431. Se iniciará con un certificado del notario en que exprese la fecha en que lo inicie, enunciación del respectivo contrato o escritura y nombre de los otorgantes de la escritura con que principia. Trans-

curridos dos meses, desde la fecha de cierre del protocolo, el notario certificará las escrituras que hubieren quedado sin efecto por no haberse suscrito por todos los otorgantes. Este certificado se pondrá al final del protocolo indicando el número de escrituras y documentos que contiene y la enunciaci3n de las que hayan quedado sin efecto.

Artículo 430. Todo notario llevará un libro repertorio de escrituras públicas y de documentos protocolizados en el que se dará un número a cada uno de estos instrumentos por riguroso orden de presentaci3n.

Cuando se tratare de escrituras, se dejará constancia en este libro de la fecha en que se efectúa la anotaci3n; de las partes que la otorgan, a menos que sean más de dos, pues en este caso se indicarán los nombres de los dos primeros comparecientes, seguidos de la expresi3n “y otros”, del nombre del abogado o abogados si la hubieren redactado y de la denominaci3n del acto o contrato.

Tratándose de documentos protocolizados, se dejará constancia de la fecha en que se presente, de las indicaciones necesarias para individualizarlos, del número de páginas de que consten y de la identidad de la persona que pida su protocolizaci3n.

Sin embargo, si la protocolizaci3n se indicare en una escritura pública, bastará la anotaci3n ordenada en el inciso segundo.

El libro repertorio se cerrará diariamente, indicándose el número de la última anotaci3n, la fecha y firma del notario. Si no se hubieren efectuado anotaciones, se expresará esta circunstancia. La falta de las anotaciones señaladas en el inciso segundo no afectará a la validez de una escritura pública otorgada, sin perjuicio de la responsabilidad del notario.

Artículo 431. El notario llevará un libro-índice público, en el que anotará las escrituras por orden alfabético de los otorgantes, y otro privado, en el que anotará, en la misma forma, los testamentos cerrados con indicaci3n del lugar de su otorgamiento y del nombre y domicilio de sus testigos.

El primero estará a disposici3n del público, debiendo exhibirlo a quien lo solicite y el segundo deberá mantenerlo reservado, no teniendo obligaci3n de exhibirlo, sino por decreto de juez competente o ante una solicitud de un particular que acompañe el certificado de defunci3n que corresponda al otorgante del testamento.

Los índices de escrituras deberán ser hechos con el nombre de los otorgantes y, si se tratare de personas jurídicas, sucesiones u otra clase de comunidades, bastará con anotar el nombre de éstas.

Artículo 432. El notario es responsable de las faltas, defectos o deterioros de los protocolos, mientras los conserve en su poder.

Artículo 433. El notario entregará al archivero judicial que corresponda los protocolos a su cargo, que tengan más de un año desde la fecha de cierre, y los índices de escrituras públicas que tengan más de diez años.

Artículo 434. Los protocolos y documentos protocolizados o agregados a los mismos deberán guardarse en cajas de seguridad o bóvedas contra incendio.

4. COLOMBIA

LEY REGULADORA DEL ESTATUTO DEL NOTARIADO Y REGISTRO

Artículo 13. La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización.

Artículo 14. La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados; la extensión es la versión escrita de lo declarado; el otorgamiento es el asentimiento expreso que aquéllos prestan al instrumento extendido y la autorización es la fe que imprime el notario a éste, en vista de que se han llevado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados.

Artículo 22. La escritura autorizada por el notario se anotará en el Libro de Relación, con lo cual se considerará incorporada en el protocolo, aunque materialmente no se haya formado aún el tomo correspondiente.

Artículo 23. ... Las escrituras se numerarán ininterrumpidamente en orden sucesivo durante cada año calendario. Con ellas se formará el protocolo con el número de tomos que sea aconsejable para seguridad y comodidad de la consulta.

DE LOS LIBROS QUE DEBEN LLEVAR LOS NOTARIOS Y DE LOS ARCHIVOS

Capítulo 1. DE LOS LIBROS

Artículo 106. Corresponde al notario llevar los siguientes libros, que constituyen el archivo de la notaría: el Libro de Protocolo, el Libro de Relación, el Índice Anual y el Libro de Actas de Visita.

Artículo 107. El protocolo es el archivo fundamental del notario y se forma con todas las escrituras que se otorgan en él y con las actuaciones y documentos que se insertan en el mismo.

Tendrá vigencia desde el primero de enero hasta el treinta y uno de diciembre de cada año y constará del número de tomos que sea necesario formar, procurando que no exceda de mil el número de hojas de cada tomo. Las escrituras se colocarán en el orden numérico sucesivo que les corresponda y se numerarán las hojas que las compongan y las de los documentos agregados.

Artículo 108. Los tomos del protocolo se coserán y encuadernarán debidamente para que presten las mayores seguridad de integridad y conservación. Al final de cada uno de ellos, el notario pondrá la correspondiente nota de clausura con su firma entera y la fecha.

Artículo 109. Como complementario del protocolo, el notario llevará el libro de relación, en el cual se anotarán las escrituras que vaya enumerando, en el orden que lo sean, en cinco columnas que se destinarán a la consignación de los siguientes datos, en su orden:

1. Fecha del instrumento; 2. Número de la escritura; 3. Apellidos y nombres de los otorgantes; vendedores, permutantes que comparezcan en primer término, donantes, constituyentes de gravámenes, arrendadores, cancelantes, enajenantes, poderdantes, testadores, mutuantes, protocolizantes, declarantes, etcétera; 4. Nombres y apellidos de los comparecientes de la otra parte, cuando se trate de relaciones bilaterales, y naturaleza del acto o contrato.

5. COSTA RICA

CÓDIGO NOTARIAL

DE LOS PROTOCOLOS

Capítulo 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 43. Definición. Protocolo es el conjunto de libros o volúmenes ordenados en forma numérica y cronológica, en los cuales el notario debe asentar los instrumentos públicos, que contengan respectivamente los actos, contratos y hechos jurídicos sometidos a su autorización.

Artículo 44. Tipo de protocolo. Todos los notarios, incluidos quienes ejerzan el notariado como funcionarios consulares y los de la notaría del Estado, usarán un tipo único de protocolo.

Los tomos se formarán con doscientas hojas removibles de papel sellado, de treinta cada una. Los folios deberán llevar impresas la palabra protocolo, la serie y la numeración corrida, según la cantidad de hojas; asimismo, serán identificadas con el nombre del notario, mediante el uso del sello autorizado para tal efecto.

Artículo 45. Empleo de los tomos. Los notarios deberán actuar en su protocolo, excepto en las actuaciones conjuntas o extraprotocolares. Sólo podrán tener en uso un tomo del protocolo. Una vez concluido, debe depositarse en el Archivo Notarial, que expedirá el comprobante para solicitar, a las autoridades correspondientes, un nuevo tomo y autorizarlo. Queda prohibido comenzar un instrumento en un tomo y concluirlo en otro.

Artículo 47. Archivo de referencias. Los notarios deben llevar un archivo de referencias con los documentos o comprobantes referidos en las escrituras matrices y que, conforme a la ley, deben quedar en su poder. Estos documentos comprobantes serán enumerados con foliatura corrida.

Artículo 48. Copias de instrumentos públicos. Todo notario deberá conservar en sus archivos una copia, firmada por él, de los documentos públicos que autorice y deberá hacer constar el número de folios correspondientes a los documentos o comprobantes en el archivo de referencia si existieren.

Artículo 49. Entrega. Los protocolos serán entregados, personalmente, a los notarios o los funcionarios consulares habilitados para ejercer la función notarial, que se encuentren al día en sus obligaciones como notarios.

Artículo 51. El notario es el depositario y responsable de la guarda y conservación de su protocolo, así como de su devolución oportuna al archivo notarial.

6. CUBA

LEY DE 28 DE DICIEMBRE DE 1984 Y R. DE 28 DE JUNIO DE 1985

Artículo 21. El protocolo se forma con los documentos originales y otros agregados por el notario durante cada año natural.

Capítulo III. DE LOS PROTOCOLOS.

Artículo 140. Los notarios serán los responsables de la integridad de los protocolos a su cargo.

Artículo 141. Los protocolos se formarán en uno o varios tomos, con las matrices de las escrituras, actas y demás documentos agregados a los mismos, autorizados por el notario en cada año natural, aunque en el transcurso del mismo lo sustituyera otro notario. El protocolo podrá llevarse en carpetas o tomos encuadernados.

Artículo 142. Los protocolos y los documentos que lo integran sólo podrán ser examinados, en función de su cargo, por las autoridades correspondientes del Ministerio de Justicia y de las direcciones provinciales de Justicia de los órganos locales del Poder Popular; por mandamiento judicial o interés histórico debidamente acreditado.

Artículo 143. El notario iniciará su protocolo mediante diligencia de apertura que consignará en el margen superior del anverso de la primera hoja del primer documento que autoricen con el siguiente texto:

“Protocolo de los documentos notariales correspondientes al (año); y a continuación consignará la fecha sus nombres y apellidos, unidad notarial, su firma y el sello de la notaría.

Si la diligencia no es posible consignarla en la forma prevista en el primer párrafo, ésta se extenderá en hoja aparte.

Artículo 144. Una vez extendida la diligencia de apertura se colocarán los documentos sucesivamente por orden ascendente de numeración, comenzando por el número uno y fecha de autorización.

Al iniciar un nuevo tomo se hará otra diligencia de apertura.

Artículo 145. Todas las hojas del protocolo se foliarán con el número que les corresponda por su orden. Dicha foliatura podrá hacerse en letras, en guarismos o en forma impresa.

Artículo 146. Si al foliar las matrices se cometiere error, el notario lo salvará mediante diligencia que consignará a continuación del último folio enumerado, en la forma siguiente:

“Lic. (Dr.) () Notario a cargo de este protocolo, doy fe, que en la foliación correspondiente al número () se consignó erróneamente el número: (), por lo que procedí a tacharlo, consignando al lado el correcto.”

Al final de la diligencia se señalará el lugar, fecha, firma del notario y sello que identifique a la notaría.

Artículo 147. El notario cerrará el protocolo extendiendo diligencia al final del texto del último documento que ha autorizado hasta el 31 de diciembre de cada año.

Si no fuere posible extender la diligencia en la forma señalada en el párrafo anterior, ésta se hará en hoja adicional, que se incorporará al protocolo.

La diligencia de cierre contendrá el texto siguiente:

“Concluye el protocolo del año (): que contiene () tomos, () documentos notariales y () folios autorizados por mí el infrascripto notario de (lugar), y doy fe de no haber autorizado otros.”

Igual texto se utilizará para la diligencia de cierre de cada tomo, así como cuando el notario cese definitivamente en su cargo.

Artículo 150. Al final de cada protocolo se colocará un índice alfabético de los comparecientes en los documentos obrantes en el mismo.

En el lomo de cada tomo que integre el protocolo se rotulará el nombre de la notaría, oficina notarial o consular de que se trate, el nombre o los nombres de los notarios o funcionarios autorizantes, el año y el número de documentos que comprende.

7. ECUADOR

LEY NOTARIAL DE 26 DE JULIO DE 1966

Capítulo I. DEL PROTOCOLO

Artículo 22. Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados.

Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad.

Artículo 23. Los protocolos se formarán anualmente y se dividirán en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno, debiendo observarse los requisitos siguientes:

- 1) Las hojas estarán numeradas a máquina o manualmente.
- 2) Se observará rigurosamente el orden cronológico, de modo que una escritura de fecha posterior no preceda a otra de fecha anterior.
- 3) A continuación de una escritura seguirá la que le corresponde, de acuerdo con el respectivo orden numérico que debe tener cada escritura.
- 4) Todo el texto de una escritura será de un mismo tipo de letra.

5) Las hojas de una escritura serán rubricadas por el notario en el anverso y el reverso; y,

6) Las minutas presentadas para ser elevadas a escrituras públicas deberán ser parte de un archivo especial mantenido por dos años que llevarán los notarios una vez autorizada la escritura pública respectiva.

Artículo 24. Cada protocolo tendrá al fin un índice alfabético de los apellidos de los otorgantes con la correspondencia al folio en que principien las respectivas escrituras y la determinación del objeto sobre que versen.

Artículo 25. Los testamentos abiertos que autoricen los notarios formarán parte del protocolo y de las cubiertas de los cerrados se dejará en él una copia firmada; por el testador, los testigos y el notario, en el acto mismo del otorgamiento.

Los fideicomisos mercantiles cerrados no requerirán para su otorgamiento de testigos, pero una copia de la cubierta de ellos, debidamente firmada por las partes y por el notario, se incorporará al protocolo.

Capítulo 11. DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

Artículo 26. Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.

8. GUATEMALA

DECRETO NÚMERO 314, DE REFORMA DEL CÓDIGO DEL NOTARIADO

TÍTULO 11. PROTOCOLO

Artículo 8. El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley.

Artículo 9. Las escrituras matrices, actas de protocolación y razones de legalización de firmas se extenderán en papel sellado especial para protocolos.

Las oficinas fiscales venderán exclusivamente a los notarios en ejercicio el papel para protocolo, en lotes de veinticinco pliegos, por lo menos, guardando en éstos el orden correlativo. Dichas oficinas anotarán la venta en un libro de registro, en el que se consignarán la serie y los números de papel, y el nombre y firma y sello del notario que recibe el papel para sí, o por encargo de otro notario.

Artículo 10. El protocolo del escribano del Gobierno, los de los agentes diplomáticos y consulares, y los testimonios e índices respectivos, se extenderán en papel de lino o similar, sin perjuicio del impuesto fiscal correspondiente.

Artículo 11. Los notarios están obligados a pagar en la Tesorería de Fondos de Justicia dos quetzales, cada año, por derecho de apertura del proto-

colo. Los fondos provenientes de esta obligación se destinarán a la encuadernación y conservación de los protocolos depositados en el Archivo General.

Artículo 12. El protocolo se abre con el primer instrumento que el notario autorice, el que principiará en la primera línea del pliego inicial. Se cerrará cada año el 31 de diciembre, o antes si el notario dejare de cartular. La razón de cierre contendrá: la fecha, el número de documentos públicos autorizados, razones de legalización de firmas y actas de protocolación, número de folios de que se compone, observaciones, si las hubiere, y la firma del notario.

Artículo 13. En el protocolo deben llenarse las formalidades siguientes:

1. Los instrumentos públicos se redactarán en español y se escribirán a máquina o a mano, de manera legible y sin abreviaturas.

2. Los instrumentos llevarán numeración cardinal y se escribirán uno a continuación de otro, por riguroso orden de fechas y dejando, de instrumento a instrumento, sólo el espacio necesario para las firmas.

3. El protocolo llevará foliación cardinal, escrita en cifras.

4. En el cuerpo del instrumento, las fechas, números o cantidades, se expresarán con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras y cifras, se estará a lo expresado en letras.

5. Los documentos que deban insertarse o las partes conducentes que se transcriban, se copiarán textualmente.

6. La numeración fiscal del papel sellado no podrá interrumpirse más que para la intercalación de documentos que se protocolen, o en el caso de que el notario hubiere terminado la serie; y

7. Los espacios en blanco que permitan intercalaciones se llenarán con una línea antes de que sea firmado el instrumento.

Artículo 14. Serán nulas las adiciones, entrerrenglonaduras y testados, si no se salvan al final del documento y antes de las firmas. Las enmendaduras de palabras son prohibidas.

Artículo 15. El índice del protocolo se extenderá en papel sellado del mismo valor del empleado en él, y contendrá en columnas separadas:

1. El número de orden del instrumento.

2. El lugar y fecha de su otorgamiento.

3. Los nombres de los otorgantes.

4. El objeto del instrumento.

5. El folio en que principia.

En el índice podrán usarse cifras y abreviaturas.

Artículo 16. El índice irá fechado y firmado por el notario y antes de suscribirlo podrá hacer las observaciones pertinentes.

Artículo 17. El notario agregará al final del tomo respectivo del protocolo los atestados referentes a los instrumentos que autorice, si no hubieren sido transcritos, y la constancia del pago a que se refiere el artículo 11 de esta Ley.

Artículo 18. El notario mandará a empastar el protocolo dentro de los treinta días siguientes a su cierre.

Artículo 19. El notario es depositario del responsable de su consejo.

Artículo 20. El protocolo no puede ser extraído del poder del notario, sino en los casos previstos por esta Ley.

9. HONDURAS

LEY DEL NOTARIADO DE 29 DE MARZO DE 1930

Artículo 9. Son obligaciones de los notarios:

1.^a Extender los instrumentos públicos con arreglo a las prescripciones legales y de acuerdo con las instrucciones que de palabra o por escrito les dieren los otorgantes.

2.^a Formar protocolos de las escrituras que se autoricen y de los documentos y diligencias cuya protocolización hicieren, o se ordenaren.

3.^a Dar a los interesados las copias y certificaciones que pidieren con arreglo a la Ley, de los actos y contratos que ante ellos hubieren pasado.

4.^a Llevar un libro copiador de las cubiertas de los testamentos cerrados que se autoricen, y

5.^a Autorizar los demás actos y diligencias que determinan las leyes.

Artículo 11. Los notarios son responsables de la integridad y conservación de los protocolos y los guardarán con el esmero y diligencia que corresponde a la confianza que el público deposita en ellos.

Si los protocolos se deterioraren o se extraviaren por falta de diligencia del notario, éste los repondrá a sus expensas, quedando obligado al pago de los causados a los interesados, sin perjuicio de las demás responsabilidades legales.

DE LOS PROTOCOLOS

Artículo 13. El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas por el notario y de las diligencias y documentos que protocolice durante el año. El protocolo constará de uno o más tomos encuadernados, foliados y con los demás requisitos que se determinan en esta Ley.

Artículo 16. Los notarios abrirán su protocolo el primer día que comiencen a ejercer sus funciones, extendiendo en el papel sellado correspondiente una nota que diga así: "Protocolo de los instrumentos públicos autorizados por el infrascrito notario durante el año de... (aquí el año), determinará el lugar donde abra el protocolo, fechará en letras, sellará, firmará y rubricará." El día último de cada año o en la fecha en que por cualquier causa cesaren sus funciones, los notarios cerrarán su protocolo con la nota siguiente: "Concluye el protocolo de los instrumentos públicos autorizados por el infrascrito notario durante el presente que contiene (tantos instrumentos y tantos fo-

lios). Determinará el notario donde cierre el protocolo, fechará en letras, sellará, firmará y rubricará.

Las notas de apertura y cierre de los protocolos se consignarán en papeles separados.

Artículo 17. El protocolo llevará al final un índice que contenga, respecto de cada instrumento, el número de orden, folio, lugar y fecha, nombre de los otorgantes y testigos y el objeto del acto o contrato y se extenderá en papel sellado de segunda clase.

10. MÉJICO

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL

Artículo 7. Esta Ley establece como principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial:

I. El de la conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y de su efecto adecuado.

II. El de la conservación del instrumento notarial y de la matricidad en todo tiempo del mismo.

III. El de la concepción del Notariado como Garantía Institucional.

B. PROTOCOLO

Artículo 76. Protocolo es el conjunto de libros foliados por folios numerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades que establece la presente Ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejos con sus apéndices. En sentido amplio es la expresión que se refiere a todos los documentos que obran en el haber de cada notaría. El protocolo es abierto, por cuanto lo forman folios encuadernables con número progresivo de instrumentos y de libros. En sentido estricto es tanto el conjunto de instrumentos públicos, fuente original o matriz en los que se hace constar las relaciones jurídicas constituidas por los interesados, bajo la fe notarial; como la colección ordenada cronológicamente de escrituras y actas autorizadas por el notario y aquellas que no pasaron, y de sus respectivos apéndices, conforme a una periodicidad, procedimiento y formalidades reglados en esta Ley, y que adquiridos a costa del notario respectivo son conservados permanentemente por él o por su sustituto en términos de esta Ley, afectos exclusivamente al fin encomendado y, posteriormente, destinados permanentemente al servicio y matricidad notarial del documento en el Archivo como propiedad del Estado, a partir de la entrega de los mismos a dicha oficina, en uno o más libros, observando para su redacción y conformación de actos y hechos las formalidades y solemnidades previstas por esta Ley, todo lo que constituye materia de garantía institucional de origen constitucional regulada por esta Ley.

Artículo 77. Los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo deberán ser numerados progresivamente. Los folios deberán utilizarse en forma progresiva por ambas caras y los instrumentos que se asienten en ellos se ordenarán en forma sucesiva y cronológica por el notario, y se encuadernarán en libros que se integrarán por doscientos folios, excepto cuando el notario deba asentar un instrumento con el cual rebasaría ese número, en cuyo caso deberá dar por terminado el libro sin asentar dicho instrumento, iniciando con éste el libro siguiente.

Artículo 78. El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forman el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos. Para lo relativo a la clausura del protocolo se procederá conforme a lo provisto por los artículos 203 y 204 de esta Ley.

Artículo 79. Todos los folios y los libros que integren el protocolo deberán estar siempre en la notaría, salvo los casos expresamente permitidos por esta Ley, o cuando el notario recabe firmas fuera de ella, lo cual se hará cuando fuera necesario a juicio del notario. Cuando hubiere necesidad de sacar los libros o folios de la notaría, lo hará el propio notario o, bajo su responsabilidad, una persona designada por él.

Artículo 80. Si una autoridad judicial o administrativa competente ordena la inspección del protocolo o de un instrumento, el acto sólo se podrá efectuar en la misma oficina del notario y en presencia de éste, su suplente o asociado. En el caso de que un libro del protocolo ya se encuentre en el Archivo, la inspección se llevará a cabo en éste, previa citación del respectivo notario.

Artículo 81. El notario es responsable administrativamente de la conservación y resguardo de los folios y libros que integren su protocolo. En caso de pérdida, extravío o robo de los folios y libros del protocolo de un notario, éste o el personal subordinado a su cargo deberán dar aviso de inmediato a las autoridades competentes, y hacerlo del conocimiento del Ministerio Público, levantando en ambos casos acta circunstanciada, de tal manera que la autoridad administrativa proceda a tomar las medidas pertinentes y la autoridad ministerial inicie la indagatoria que procede.

Artículo 82. Para integrar el protocolo, el colegio, bajo su responsabilidad, proveerá a cada notario y a costa de éste de los folios necesarios a que se refiere esta sección, los cuales deberán ir numerados progresivamente. El colegio cuidará que en la fabricación de los folios se tomen las medidas de seguridad más adecuada. El colegio podrá abstenerse de proveer de folios a un notario si éste no está al corriente en el pago de las cuotas establecidas por dicho colegio. El colegio informará mensualmente a la autoridad competente de la entrega de folios que efectúe a los notarios, en la forma que para ese efecto determine dicha autoridad.

Artículo 83. Al iniciar la formación de un libro, el notario hará constar la fecha en que se inicia, el número que le corresponda dentro de la serie de los que sucesivamente se hayan abierto en la notaría a su cargo y la mención

de que el libro se formará con los instrumentos autorizados por el notario o por quien legalmente lo sustituya en sus funciones de acuerdo con esta Ley. La hoja en la que se asiente la razón a que se refiere este artículo no irá foliada y se encuadernará antes del primer folio del libro. El notario asentará su sello y firma y acto continuo dará aviso a la autoridad del inicio indicado con mención del número de folio con que dicho libro se inicia.

Artículo 84. Cuando con posterioridad a la iniciación de un libro haya cambio de notario, el que va a actuar asentará a continuación del último instrumento extendido, en una hoja adicional, su nombre y apellidos, su firma y su sello. Se procederá de la misma forma cuando se inicie una asociación o una suplencia, y en el caso de que el notario reanude el ejercicio de sus funciones. En todo caso, cualquiera de los movimientos anteriores se comunicará a la autoridad competente, al Archivo y al colegio.

Artículo 85. Para asentar las escrituras y actas en los folios deberán utilizarse procedimientos de escritura o impresión que sean firmes, indelebles y legibles. La parte utilizable del folio deberá aprovecharse al máximo posible, no deberán dejarse espacios en blanco y las líneas que se impriman deberán estar a igual distancia unas de otras, salvo cuando se trate de la reproducción de documentos, la que podrá hacerse ya sea transcribiendo a renglón cerrado o reproduciendo su imagen por cualquier medio firme e indeleble, incluyendo fotografías, planos y en general cualquier documento gráfico.

Artículo 86. La numeración de los instrumentos será progresiva, incluyendo los instrumentos que tengan la mención de “no pasó”, los que se encuadernarán junto con los firmados.

Cuando se inutilice un folio, se cruzará con líneas de tinta y se colocará al final del respectivo instrumento.

Artículo 87. Todo instrumento se iniciará al principio de un folio y si al final del último empleado en el mismo queda espacio, después de las firmas de autorización, éste se empleará para asentar las notas complementarias correspondientes.

Artículo 88. Si en el último folio donde conste el instrumento no hay espacio para las notas complementarias, se podrán agregar en el folio siguiente al último del instrumento o se pondrá razón de que las notas complementarias se continuarán en hoja por separado, la cual se agregará al apéndice.

Artículo 89. Toda autorización preventiva o definitiva de los notarios, así como las que efectúe el titular del Archivo en términos del artículo 113, se asentarán sólo en los folios correspondientes del instrumento de que se trate.

Artículo 90. Dentro de los treinta y cinco días hábiles siguientes a la integración de una decena de libros, el notario deberá asentar en una hoja adicional, que deberá agregarse al final del último libro una razón de cierre en la que se indicará la fecha del asiento, el número de folios utilizados e inutilizados, la cantidad de los instrumentos asentados, y de ellos los autori-

zados, los pendientes de autorizar y los que no pasaron, y pondrá al calce de la misma su firma y sello.

Artículo 91. A partir de la fecha en que se asiente la razón a que se refiere el artículo anterior, el notario dispondrá de un plazo máximo de cuatro meses para encuadernar la decena de libros y enviarla al Archivo, el que revisará solamente la exactitud de la razón a que se refiere dicho artículo, debiendo devolver los libros al notario dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de entrega, con la certificación de cierre de Protocolo correspondiente, de lo que el Archivo informará al colegio.

Artículo 92. Por cada libro, el notario llevará una carpeta denominada apéndice, en la que se coleccionarán los documentos y demás elementos materiales relacionados a que se refieren los instrumentos que formarán parte integrante del protocolo. Los documentos y demás del apéndice se ordenarán por letras o números en legajos, en cuyas carátulas se pondrá el número del instrumento a que se refieran, indicando lo que se agrega.

Artículo 93. Los expedientes que se protocolicen por mandamiento judicial y los que previamente estén encuadernados, y que se agreguen al apéndice del libro respectivo, se consideran como un solo documento, al igual que los que por su conexidad deban considerarse como tales.

Artículo 94. El apéndice es accesorio del protocolo y obra en su refuerzo de los juicios y fe documental del notario relacionado en los instrumentos asentados en los folios. Lo anterior no impide la validez y veracidad de los documentos asentados ni la validez independiente de certificaciones que se hagan con base en ellos. Las carpetas del apéndice deberán quedar encuadernadas en tino o varios volúmenes con indicación del número del libro del protocolo a que corresponden, dentro del plazo a que se refiere el artículo 91 de esta Ley.

Artículo 95. El notario deberá guardar en la notaría la decena de libros durante cinco años, contados a partir de la fecha de la certificación de cierre del Archivo a que se refiere el artículo 91 de esta Ley. Dentro de los diez días hábiles siguientes a la expiración de este término, los entregará al citado Archivo junto con sus apéndices para su guarda definitiva, de lo que el notario informará al colegio.

Artículo 96. Los notarios tendrán obligación de elaborar por duplicado y por cada decena de libros un índice de todos los instrumentos autorizados o con la razón de “no pasó”, en el que se expresará respecto de cada instrumento:

El número progresivo de cada instrumento.

El libro al que pertenece.

Su fecha de asiento.

Los números de folios en los que consta.

El nombre y apellidos de las personas físicas otorgantes y los nombres y apellidos o, en su caso, denominaciones o razones sociales de sus representados.

La naturaleza del acto o hecho que contiene, y

Los datos de los trámites administrativos que el notario juzgue conveniente asentar.

El índice se formará a medida que los instrumentos se vayan asentando en forma progresiva en los folios.

Al entregarse definitivamente la decena de libros al Archivo, se acompañará un ejemplar de dicho índice y el otro lo conservará el notario.

Artículo 97. El libro de registro de cotejos es el conjunto de folios encuadernados, con su respectivo apéndice, en el que el notario anota los registros de los cotejos de los documentos que le presenten para dicho efecto. Cada libro, que constará de doscientos folios, forma parte del protocolo del notario y, en lo no previsto, le serán aplicables las normas relativas al protocolo. Se registrará por lo siguiente:

El notario hará el cotejo de la copia escrita, fotográfica, fotostática o de cualquier otra clase, teniendo a la vista el documento original o su copia certificada, sin más formalidades que la anotación en un libro que se denominará libro de registro de cotejos. El registro de los cotejos se hará mediante numeración progresiva e ininterrumpida por cada notaría.

En la hoja que en cada libro de registro de cotejos corresponda a lo indicado para los libros de folios en el artículo 83 de esta Ley, el notario, o en su caso su asociado, asentará una razón de apertura en la que indicará su nombre, el número de la notaría a su cargo, la mención de ser libro de registro de cotejos, con indicación del número que le corresponda dentro de los de su clase. la fecha, su sello y firma. Al terminar cada hoja de este libro asentará su firma y su sello. Inmediatamente después del último asiento que tenga cabida en el libro, el notario asentará una razón de terminación en la que indicará la fecha en que ésta se efectúe, el número de asientos realizados, con indicación en particular del primero y del último, misma que firmará y sellará.

Artículo 98. El notario deberá llevar un apéndice de los libros de registro de cotejos, el cual se formará con una copia cotejada de cada uno de los documentos que se ordenarán en forma progresiva de acuerdo a su número de registro. El notario deberá encuadernar el apéndice de los libros de registro de cotejos, procurando que el grosor de cada libro no exceda los siete centímetros.

Artículo 99. Los libros de registro de cotejos y sus apéndices se remitirán al Archivo para su guarda a los cinco años, contados a partir de la fecha de su razón de terminación en términos del artículo 91 o, si el notario respectivo así lo prefiere en términos del artículo 95, enviando, previamente a la finalización del término indicado en este artículo, un aviso al Archivo.

11. PARAGUAY

LEY 879 DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Capítulo relativo a la Función Notarial

DE LOS DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL NOTARIO Y ESCRIBANO PÚBLICO

Artículo 111. Son deberes y atribuciones del notario público:

- a) Actuar en el ejercicio de la profesión únicamente por mandato de autoridad pública o a pedido de parte interesada, o su representante.
- b) Estudiar los asuntos que se les encomienden en relación a su naturaleza, fines, capacidad jurídica e identidad de los comparecientes y representaciones invocadas, a los efectos de su formalización en actos jurídicos correspondientes, conforme a la Ley.
- c) Guardar el secreto profesional y exigir la misma conducta a sus colaboradores.
- d) Dar fe de los actos jurídicos autorizados por él mismo, de los hechos ocurridos en su presencia o constatados por él, dentro de sus facultades.
- e) Organizar los cuadernos de las escrituras matrices, llevarlos en orden numérico y progresivo y formar con ellos el registro anual.
- f) Recibir personalmente las manifestaciones de voluntad de las partes que creen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas o comprobar hechos y actos no contrarios a las leyes, dando autenticidad a la documentación que resultare. Los notarios públicos no podrán excusarse de esta obligación sin motivo legal, bajo pena de responder por los daños causados.
- g) Ordenar anualmente el protocolo, en orden numérico y progresivo, que contendrá el registro de todos los documentos redactados en los folios habilitados y originariamente movibles.

El protocolo se formará con:

- 1) Las escrituras matrices, entendidas por tales las escrituras públicas y las actas protocolares.
 - 2) Las constancias y diligencias complementarias o de referencia que se consignen a continuación o al margen de las escrituras matrices.
 - 3) Los demás documentos que se incorporen por disposición de la Ley o a pedido de las partes interesadas; y
 - 4) El índice final.
- h) Procederá el 31 de diciembre de cada año al cierre del protocolo a su cargo, inutilizando bajo su firma los folios en blanco, debiendo comunicar de inmediato a la Corte Suprema de Justicia la fecha, el número y el contenido de la última actuación.

El protocolo notarial se dividirá en civil y comercial. Cada uno de ellos se dividirá, a su vez, en dos secciones individualizadas con las letras A y B. Las escrituras formadas en cada una de las secciones estarán numeradas progresivamente, a partir del número uno, al comienzo de cada año.

Artículo 119. Las escrituras se extenderán en cuadernos de papel se-

llado para Registros Públicos, de diez folios cada uno con sello y..., sin perjuicio de la numeración fiscal, que lleven sus folios deberán ser numerados, poniéndose en letras y guarismos la numeración correlativa que corresponda en cada una de sus divisiones. No podrán ser desglosados. Si su exhibición fuere requerida por juez competente, éste la decretará por el término estrictamente necesario.

Artículo 130. Cada Registro comprenderá las escrituras matrices de un año, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre, inclusive. Esta encuadernación se hará durante el mes de enero del año siguiente, en uno o más tomos. Las hojas del Registro serán foliadas en letras y en guarismos el número de orden que les corresponda.

Artículo 132. Cada Registro y cada tomo de Registros llevarán un índice que expresará respecto a cada instrumento el nombre de los otorgantes, la fecha del otorgamiento, el objeto del acto o contrato y el folio del Registro.

Artículo 133. Los Registros no podrán ser extraídos de la oficina, sino en caso de fuerza mayor, o para su traslado al Archivo General o por orden del Tribunal o juez. Las escrituras matrices no podrán ser desglosadas del Registro. Si su exhibición fuere requerida por juez competente, éste la decretará por el término estrictamente necesario.

12. PERÚ

LEY DEL NOTARIADO NÚMERO 26002, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1996

Capítulo II. DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARIOS

Artículo 36. El protocolo notarial es la colección ordenada de registros sobre la misma materia en los que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares con arreglo a Ley.

Artículo 37. Forman el protocolo notarial los siguientes registros:

- a) De escrituras públicas.
- b) De testamentos.
- c) De actas de protesto.
- d) De actas de transferencia de bienes muebles registrables, y
- e) De asuntos no contenciosos y otros que la Ley determine.

Artículo 38. El registro se compondrá de cincuenta fojas ordenadas correlativamente según su numeración.

Podrán ser llevados de dos maneras:

a) En veinticinco pliegos de papel emitido por el Colegio de Notarios, los mismos que se colocarán unos dentro de otros, de modo que las fojas del primer pliego sean la primera y la última; que las del segundo pliego sean la segunda y la penúltima y así sucesivamente, y

b) En cincuenta hojas de papel emitido por el Colegio de Notarios, que

se colocarán en el orden de su numeración seriado, para permitir el uso de sistemas de impresión computarizada.

Artículo 39. Cada registro será autorizado antes de su utilización, bajo responsabilidad del notario, mediante un sello y firma puestos en la primera foja por un miembro de la Junta Directiva del Colegio de Notarios, designado por el Decano, con conocimiento de la Junta Directiva.

Artículo 40. Las fojas de cada registro serán numeradas en forma correlativa, respetándose la serie de su emisión.

Artículo 41. Se formará un tomo por cada diez registros, que deben encuadernarse y empastarse dentro del semestre siguiente a su utilización. Los tomos serie numerados en orden correlativo.

Artículo 42. El notario responderá del buen estado de conservación de los tomos.

Artículo 43. No podrán extraerse los registros y tomos de la oficina del notario, excepto por razones de fuerza mayor o cuando así se requiera para el cumplimiento de la función.

La exhibición, pericia, cotejo u otra diligencia por mandato judicial o del Ministerio Público, se realizará en la oficina del notario.

Artículo 44. El treinta y uno de diciembre de cada bienio se cerrará el registro, sentándose a continuación del último instrumento una constancia suscrita por el notario, la que remitirá, en copia, al Colegio de Notarios.

Si en el registro quedan fojas en blanco serán inutilizadas mediante dos líneas diagonales, que se trazarán en cada página con la indicación que no corren.

Artículo 45. Los instrumentos públicos protocolares se extenderán observando riguroso orden cronológico, en los que se consignará el número que les corresponda en orden sucesivo.

Artículo 46. Los instrumentos públicos protocolares se extenderán uno a continuación de otro.

Artículo 47. Cuando no se concluya la extensión de un instrumento público protocolar o cuando luego de concluido y antes de su suscripción se advierta un error o la carencia de un requisito, el notario indicará, en constancia que firmará, que el mismo no corre.

Artículo 48. El instrumento público protocolar suscrito por los otorgantes y autorizado por un notario no podrá ser objeto de aclaración, adición o modificación en el mismo. Ésta se hará mediante otro instrumento público protocolar y deberá sentarse constancia en el primero, de haberse extendido otro instrumento que lo aclara, adiciona o modifica. En caso que el instrumento que contiene la aclaración, adición o modificación se extienda ante distinto notario, éste comunicará esta circunstancia al primero, para los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

13. PUERTO RICO

LEY NOTARIAL DE PUERTO RICO DE 2 DE JULIO DE 1987

Instrumentos públicos. Análisis de secciones

2071. Protocolo - Concepto y naturaleza.

2072. Propiedad estatal; responsabilidad por su custodia.

2073. Hojas foliadas.

2074. Notas de apertura y cierre.

2075. Tomos adicionales.

2076. Encuadernación.

2077. Prohibición de extraerlo de la oficina; excepciones.

2078. Protección contra fuegos.

2079. Reconstrucción en caso de pérdida o destrucción.

Sección 2071. Protocolo - Concepto y naturaleza.

Es el protocolo la colección ordenada de escrituras matrices y actas autorizadas durante un año natural por el notario, así como los documentos que se le incorporen. El protocolo será secreto y sólo podrá ser examinado según lo dispuesto en este capítulo o por mandato judicial expedido conforme a lo dispuesto en el mismo.

Sección 2072. Propiedad estatal; responsabilidad por su custodia.

Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán con arreglo a lo dispuesto en este capítulo, siendo responsables de su integridad. Si se deteriorasen o perdiesen por falta de diligencia, los repondrán a sus expensas, pudiendo el Tribunal Supremo imponer también a su discreción las sanciones establecidas en la sección 2102 de este título. Si hubiere motivo para sospechar la comisión de un delito se informará de ello a la autoridad competente para que se tome la acción que corresponda.

Sección 2073. Hojas foliadas.

Todas las hojas del protocolo, incluyendo sus anexos, irán foliadas en la parte superior derecha en forma permanente con el número que les pertenezca por su orden, en guarismos. Cada folio llevará el número que le corresponda según las páginas que contenga el documento.

Sección 2074. Notas de apertura y cierre.

La primera cara del primer documento de cada documento de cada protocolo se rotulará del modo siguiente: Protocolo de instrumentos públicos correspondientes al año (tal). "Del mismo modo se cerrará el último día de cada año natural, autorizando el notario la siguiente nota a continuación de la página final del último instrumento protocolado: concluye el protocolo del año tal que contiene (tantos) instrumentos públicos y (tantos) folios autorizados por mí, el infrascrito notario, de lo que certifico." Estas notas, tanto las de apertura como las de cierre del protocolo, deberán ser firmadas, signadas, selladas, rubricadas y fechadas por el notario autorizante.

Sección 2075. Tomos adicionales.

De tener más de un tomo el protocolo para algún año, cada tomo adicio-

nal se abrirá con la siguiente nota: “Comienza el tomo (tanto) de mi protocolo de instrumentos públicos correspondiente al año (tal)”. Asimismo cada tomo adicional que no sea el último deberá también cerrarse con la siguiente nota: “Termina el (tanto) tomo de mi protocolo de instrumentos públicos que consta de (tantos) instrumentos y (tantos) folios”.

Sección 2076. Encuadernación.

En el segundo mes de cada año deberán quedar encuadernados los protocolos del año anterior con sus correspondientes índices de contenido para cada tomo. Dichos índices se harán por orden de instrumentos y deberán incluir el nombre completo de los comparecientes, el nombre de la persona representada, de ser éste el caso, la fecha y lugar del otorgamiento, el negocio jurídico realizado y los números de los folios que incluye el mismo. No obstante lo anterior, podrán los notarios insertar en el protocolo otros índices que convenga a sus prácticas y usos como tales.

14. REPÚBLICA DOMINICANA

LEY NÚMERO 301

Capítulo III. DEL PROTOCOLO

Artículo 33. Los notarios están obligados a conservar los originales de las actas auténticas que escribieren y tendrán un protocolo de las mismas. Cuando se trate de legalización de firma sólo deberá hacerse mención del acta correspondiente en un registro que se llevará al efecto.

Artículo 34. El protocolo estará dividido en volúmenes contentivos de las actas escrituradas entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año, ambas fechas inclusive. A seguida de cada acta se colocarán los documentos que se anexen al mismo como comprobante.

Artículo 35. Todas las actas protocolizadas llevarán el número que les corresponde, escrito en letra y por orden de fecha.

Artículo 36. Todas las hojas de cada volumen serán foliadas con el número que les pertenezca por su orden, escrito en letras y guarismos.

Artículo 37. Todas las hojas de las escrituras matrices tendrán un margen blanco de cuatro centímetros por la parte en que haya de encuadernarse y uno de dos centímetros por la opuesta. Además se dejará en las dos plantas de la hoja otro margen de cinco centímetros por la parte donde comienzan a escribirse los renglones. Todas las hojas del protocolo serán firmadas por el notario en el margen de cinco centímetros, a excepción de aquellas que por el contenido del documento se hallan llenas con notas debidamente firmadas por el notario, las partes y los testigos.

Artículo 38. El primer día de cada año los notarios abrirán el correspondiente volumen del protocolo extendiendo una nota que diga así: “Volumen del protocolo de los instrumentos públicos correspondientes al año de ...

Fechará en letras, firmará y sellará. Extenderá una nota análoga el último día del año para cerrar el volumen, que diga así: "Concluye el volumen del protocolo del año de ... que contiene tantos instrumentos y folios, escriturados durante el mismo por el infrascrito notario". Fechará en letras, firmará y sellará.

Artículo 39. Cuando el volumen anual por su grosor, a juicio prudente del notario, deba encuadernarse en más de un tomo se cerrará el primero y se empezará el segundo con las notas expresadas en el artículo anterior, variadas en lo necesario para designar los meses que contiene cada tomo. Los diferentes tomos no se consideran como distintos volúmenes, por lo cual no se interrumpirá ni volverá a empezar en el segundo la foliación del primero, debiendo expresarse en la nota final del último tomo de cada volumen, además del número de acta y folios del tomo, el número de actas y folios que formen el volumen, so pena de cincuenta *pesos* (RD \$50,00) de multa contra el notario contraventor. A más tardar el 31 de marzo de cada año, todos los volúmenes de los notarios deberán estar perfectamente encuadernados con pasta sólida de volúmenes de lomo de piel, so pena de *cincuenta pesos* de multa contra el notario contraventor.

LA FE DE CONOCIMIENTO DE LAS PARTES

ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO

Notario

Registrador de la Propiedad

Doctor en Derecho

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** PRAGMÁTICA DE 1503. *LIBRO DE LAS BULAS Y PRAGMÁTICAS DE LOS REYES CATÓLICOS* Y ANTECEDENTES. **III.** CAPÍTULO II DE LA PRAGMÁTICA. ANTECEDENTES. **IV.** NUEVA RECOPILACIÓN Y NOVÍSIMA RECOPILACIÓN. **V.** ALGUNAS CUESTIONES. **V.A)** La propia exigencia de la fe de conocimiento y el concepto de fe de conocimiento y cuándo se debe conocer. **V.B)** Si es requisito documental o no. **V.C)** Observaciones sobre la identificación por testigos. **V.D)** Innovaciones operadas por la reforma de 1946. **V.E)** La fe de conocimiento en los testamentos. **V.F)** La fe de conocimiento en las pólizas. **V.G)** La fe de conocimiento en el actual artículo 17 bis LN.

I. Introducción

Excelentísimos e Ilustrísimos señores (*).

Queridos compañeros.

Amigos todos.

En primer lugar debo agradecer a la Academia Matritense del Notariado la honrosa invitación, a través de mi buen y admirado amigo y compañero Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, para ocupar esta importante tribuna. Además, me ha resultado especialmente gratificante volver a trabajar sobre la fe de conocimiento, que es la materia adjudicada, por cuanto es el tema con el que por primera vez me atreví a publicar un trabajo (1).

Igualmente, y de modo especial, agradezco a todos ustedes su presencia aquí; sin ustedes este acto quedaría desnaturalizado.

Sin más preámbulo, dado el corto espacio temporal que nos hemos marcado para no cansarles en exceso, voy a entrar en la materia que me corresponde: la *fe de conocimiento* de las partes.

Estoy seguro que muchas personas, especialmente las ajenas a nuestra profesión, al ver el título del tarjetón con el programa (“Conmemoración del Quinto Centenario de la Pragmática de Alcalá de 7 de junio de 1503”) habrán pensado que el notariado es un Cuerpo antiguo, que se recrea con el pasado y está anclado en él.

Es cierto pero sólo parcialmente y, por tanto, es falso: el notariado es un Cuerpo antiguo, pero en modo alguno anticuado, que puede combinar el deleite con nuestras tradiciones y la adaptación a los tiempos modernos, de modo que puede decirse, sin lugar a dudas, que el notariado está en punta de tecnología (2). Incluso, en la materia que me ocupa, aunque se trata de tecnología elemental, todos los notarios procuramos utilizarla para luchar contra las falsificaciones. Desde aquí me creo en la obligación, al hilo de las recomendaciones corporativas (3), de insistir en la prudencia y en el uso de la tecnología para evitar las suplantaciones de personalidad.

Nos vamos a ocupar de la Pragmática específicamente en cuanto a la conocida como fe de conocimiento, aunque quizá haya que convenir que se trata de una denominación inexacta; de “desacertada y peligrosa” la

(*) El texto que sigue responde al de la intervención oral, si bien en ésta se resumieron, por razones de tiempo, varios detalles y algunas ideas.

(1) VENTOSO: “La fe de conocimiento, antecedentes y estado actual de la cuestión en Derecho español”, RDN, número 96, abril-junio 1977, pp. 337 y ss.

(2) Los avances en la firma digital o la reciente Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa constituyen buena prueba de ello.

(3) La suplantación de la personalidad es una de las preocupaciones corporativas por los perjudiciales efectos que produce en la función notarial.

califica RODRÍGUEZ ADRADOS (4), ya que “parece convertir el «conocimiento» en un *requisito en sí*, cuando no es más que un *medio*, el subjetivo, de identificación de los otorgantes, junto a medios objetivos, como la identificación por documentos; y lejos de *precisar* lo que ha de entenderse por conocimiento, da la impresión de que se trata de un *hecho*, susceptible de una dación de fe «*de visu*», cuando no es otra cosa que un juicio: un juicio de notoriedad” (5). Hecha esta advertencia, nosotros la utilizaremos por ser la más usada.

II. Pragmática de 1503. Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos y antecedentes

La Pragmática de Alcalá de 1503 que conmemoramos constituye un cuerpo normativo relativo a la forma de los instrumentos que gozó de gran importancia, pues sustancialmente subsistió hasta la Ley del Notariado (LN) de 1862, en la que se recoge igualmente la fe de conocimiento (6).

Recordemos que la rúbrica marginal del preámbulo de esta Pragmática era las Ordenanzas de los escribanos del reino, y que en dicho preámbulo se recogía la preocupación de la reina doña Isabel: “sepades que yo soy ynformada que a causa que vos los dichos escriuanos al tiépo q̄ recebis las escrituras q̄ ante vosotros se otorgan, muchas vezes las recebis syn conoscer las partes que las otorgan”.

Con motivo de tal preocupación, el capítulo II de dicha Pragmática, cuya rúbrica marginal alude a las diligencias que se han de hacer cuando

(4) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, *Homenaje a Juan B. VALLET de GOYTISOLO*, volumen VII, p. 639 (también recogido en RODRÍGUEZ ADRADOS: *Escritos jurídicos*, tomo I, 1995, pp. 123 y ss.). La importancia y erudición de este estudio son extraordinarias por lo que poco, o nada, se puede añadir. Cualquier análisis sobre la Pragmática necesariamente tiene que tener como referencia obligada este magífico trabajo.

(5) RODRÍGUEZ ADRADOS: ob. cit., p. 639.

(6) DÍEZ PASTOR señala que la Pragmática “es como el pórtico de nuestra técnica notarial moderna” (“Fe de conocimiento”, ponencia presentada al II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950, recogida en ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, t. I, 1975, p. 321); igualmente se destaca su importancia hasta la LN de 1862 por RODRÍGUEZ ADRADOS (“La Pragmática...”, cit., p. 519; mismo autor en “El derecho notarial en el Fuero de Soria y en la legislación de Alfonso X el Sabio”, *Escritos jurídicos*, t. I, 1995, pp. 31 y ss., señala la importancia histórica del Derecho Notarial de Alfonso X, que con la completa regulación que hace del escribano público y de su función y con las innovaciones de la Pragmática de Alcalá “rigió en esencia hasta la Ley del Notariado de 1862”, p. 36; este estudio también en RDN, mayo-junio 1964). OTERO Y VALENTÍN señala que la importancia de la reforma en la función notarial por los Reyes Católicos queda demostrada por subsistir en sus líneas básicas hasta 1862 (“Sistema de la función notarial”, 1933, pp. 109 y ss.).

no fuere conocida alguna de las partes que otorgasen la escritura, pretende regular la materia, basándose en el conocimiento directo o en la intervención de testigos, señalando lo siguiente: "Otrosy ordeno e mando que sy por ventura el tal escriuano no conosciere a alguna delas partes que quisiere otorgar el tal contrato o escritura, que no la faga ni reciba, saluo si las dichas partes que asi no conosciere presentaren dos testigos que digan que los conocen, e que faga minció dello en fin dela tal escritura, nombrando los testigos e assentando sus nombres e de donde son vezinos" (7).

El sistema perdura sustancialmente hasta la LN de 1862, en que el conocimiento directo o a través de testigos se recoge en su artículo 23: "Los Notarios darán fe en los instrumentos públicos de que conocen a las partes, o de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, o de otros dos que las conozcan, y que se llamarán, por tanto, testigos de conocimiento". Este fue el sistema implantado en dicha Ley, recogiendo el procedimiento tradicional hasta la modificación llevada a cabo por la Ley de 18 de diciembre de 1946.

Lo expuesto no impide que haya habido dudas, discusiones y ser materia de notable polémica.

No es necesario insistir mucho en algo que se nos muestra notorio y por ello, dado el margen cronológico de esta intervención, sólo lo expon-dremos como tal hecho notorio: antiguamente las poblaciones eran sedentarias y de escaso número de habitantes, resultando que todo el mundo se conocía (8) y era fácil encontrar testigos de conocimiento; hoy, la internacionalización de las relaciones, el asentamiento en grandes núcleos provoca la excepcionalidad del conocimiento directo o a través de testigos, pasando a ser el medio habitual la identificación por medio de documentos de identidad, con los riesgos que éstos implican, por lo que junto a la cautela y la prudencia con que siempre se ha de actuar de nuevo el notariado recurre a la tecnología mediante aparatos detectores de la falsificación de los DNI.

Esa normativa de la Pragmática no es una innovación total, sino que cuenta con algún antecedente.

(7) El texto puede verse en edición facsímil editada recientemente por el Instituto de España en 1973 con prefacio de GARCÍA-GALLO y PÉREZ DE LA CANAL, volumen II, p. CCCLXII^{vo}. También puede verse su reproducción en RODRÍGUEZ ADRADOS: "La Pragmática...", cit., pp. 779 y ss.

(8) "En la vida de tribu, en los poblados, en las incipientes ciudades, se sabe vida y milagros de cada uno. Todos se conocen, pero se conocen auténticamente, sin posibilidad de error." (PONDE: *Tríptico notarial. Naturaleza jurídica de la fe notarial. Fe de individualización y no fe de conocimiento. El notario no es funcionario público*, 1977, p. 156.)

Debemos recordar que la función redactora de los documentos ha existido, de una u otra forma, en todos los pueblos que han alcanzado un nivel cultural (9) y antecedentes del notariado encontramos en tiempos remotos (10), pero la esencia de la institución notarial no está sólo en su función redactora sino en su potestad autenticadora y la esencia del documento público en la fe pública que le está atribuida (11) y en este sentido la Historia del Derecho notarial español comienza en el siglo XIII (12).

Es en este siglo, el XIII, cuando tiene lugar el reinado de Alfonso X (1252-1284), de cuyo reinado surgen tres importantes textos jurídicos (13):

— El Fuero Real, que parece ya compuesto en 1255 y que “fue otorgado como fuero local a diversas ciudades y villas que carecían de fuero o era inadecuado, a fin de lograr una paulatina unificación legal” (14).

— El Espéculo, que, según BONO, aparece ya redactado en 1260, es totalmente diferente al anterior; constituye la primera redacción de las que serían las Siete Partidas y “fue un libro legal para uso de los jueces de corte real y de los jueces territoriales y locales de nombramiento real, incluso jueces delegados; constituía pues la ley del rey, distinta de los fueros que regían en cada ciudad” (15).

(9) Véase FERNÁNDEZ CASADO: *Tratado de Notaría*, 1895, I, p. 53.

(10) Véase FERNÁNDEZ CASADO: ob. cit., pp. 53 y ss.; SANAHUJA: *Tratado de derecho notarial*, 1945, I, pp. 117 y ss.; PONDÉ: *Origen e historia del Notariado*, 1967.

(11) BONO: *Historia del Derecho notarial español*, I, 1979, pp. 19 y ss. Por eso entiende que el *tabelio* romano era distinto del notario público; igualmente NÚÑEZ LAGOS, R., dice que al hablar del notariado en Roma se señala como precedente al *tabellio* pero considera que los documentos redactados por el *tabelión* romano no tenían “ninguna de las notas características de la fe pública, que en Roma, lo mismo que hoy en día, únicamente emana de funcionarios públicos” (“Documento en Roma”, RDN, abril-junio 1970, y en sus *Estudios de derecho notarial*, t. I, 1986, p. 85). Por su parte, FERNÁNDEZ CASADO cita multitud de personas, dentro del Derecho romano, entre ellos los *tabeliones*, como antecedentes remotos (ob. cit., pp. 56 y ss.).

(12) BONO: ob. cit., p. 21. GIMÉNEZ-ARNAU recorre brevemente la evolución histórica del notariado destacando dos tendencias, mas, probablemente la más numerosa, entiende que el notariado es una Institución reciente en la Historia del mundo que aparece con caracteres perfilados en el Bajo Imperio Romano; en dirección opuesta están quienes consideran más remotos los antecedentes del notariado; el propio autor destaca que la solución dependerá no poco del punto de vista en que nos situemos, reconociendo la gran influencia de la Escuela de Bolonia en el auge de la ciencia notarial, si bien entiende que “no es temeridad afirmar que España... marcha a la cabeza del movimiento legislativo” citando a tal fin el Fuero Real, primero, y las Partidas, después (*Derecho Notarial*, 1976, pp. 88 y ss.).

(13) Debemos matizar que nos centramos en el sistema jurídico castellano, con una mayor tendencia a la unificación.

(14) BONO: ob. cit., pp. 235-236 y 238 y ss. GARCÍA-GALLO ha cuestionado las fechas de los textos alfonsinos en distintos estudios (vid. GARCÍA-GALLO: “La problemática de la obra legislativa de Alfonso X”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 5/1984, septiembre-octubre, pp. 9 y ss.).

(15) BONO: ob. cit., pp. 236 y 241 y ss. Puede verse el texto en *Leyes de Alfonso X. I. Espéculo*, Fundación Sánchez Albornoz, 1985, con análisis crítico de MARTÍNEZ DíEZ, el cual

— Las Siete Partidas, que constituyen un texto fundamental en la evolución histórica de nuestro Derecho (16).

En ellos hay numerosas e importantes referencias a la ordenación notarial y específicamente en la materia que nos ocupa, aunque lógicamente también se encuentran algunas referencias de interés en otros textos.

Dejando fuera, por tener menor incidencia en nuestro tema, el importante antecedente jurídico general del Fuero Juzgo, RODRÍGUEZ ADRADOS ha puesto de manifiesto la importancia que en la normativa notarial alfonsina tuvo el Fuero de Soria (17) como inspirador directo del Fuero Real. La perfección de su regulación en materia notarial parece inducir a pensar que hubiera algún antecedente pero no está claro y quizá su fuente de inspiración esté en algún Fuero Municipal (18).

Este autor realiza un examen comparativo de textos del que deduce que “el título «de los Escribanos públicos» del Fuero Real (I-VIII) sigue casi a la letra el Fuero de Soria en casi toda su integridad” (19) y que “el lugar que el Fuero Real ocupa en la Historia de nuestro Derecho Notarial, tan exaltado por los autores, queda así limitado, en principio, al de mero vehículo de difusión del Derecho Notarial del Fuero de Soria” (20).

considera que es discutida la fecha de redacción de este texto pero, a su juicio, fue aprobado hacia mediados de 1255. Entiende que se proyectó como una obra de vigencia universal para todos los territorios de Castilla y León y tanto para los alcaldes de la corte como para los jueces de las villas, para cuyo fin cada villa iba a recibir un ejemplar; sin embargo, considera que estamos ante una obra incompleta que nunca fue acabada, ni tampoco remitida a las villas del reino (pp. 15 y ss.).

(16) BONO indica que son la reelaboración alfonsina del Espéculo realizada entre 1270-1280 (ob. cit., p. 237), pero la ordenación notarial del Espéculo 4.12 “no ha podido ser la fuente de la de Las Partidas” (ob. cit., I, p. 245). TOMÁS Y VALIENTE señala que ha sido admitirse el año 1263 o el 1265 como fecha final de la elaboración de tan amplio Código (*Manual de historia del Derecho español*, 1983, p. 237); este autor muestra ciertas preguntas que aún hoy se hacen de estas obras alfonsinas, algunas tan importantes como su propia autoría, la conexión entre ellas o la fecha de las mismas y su propia vigencia (ibídem, pp. 233 y ss.).

(17) ARIBAS, Filemón, señala también que tal vez sea el Fuero de Soria, otorgado por Alfonso VIII entre 1170 y 1214, el texto jurídico medieval más antiguo conservado con menciones concretas sobre el tema (“Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV”, en *Centenario de la Ley Orgánica del Notariado*, sección 1.ª, vol. I, p. 170); FLÓREZ DE QUIÑONES también recuerda la importancia del Fuero de Soria en el Fuero Real (“El archivo de protocolos de Córdoba. Notas, índices y documentos”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, pp. 718 y ss.).

(18) Véase RODRÍGUEZ ADRADOS, a quien seguimos en estas líneas (“El derecho notarial en el Fuero de Soria...”, cit., pp. 36 y ss.).

(19) Ibídem p. 71. Puede verse el texto en SÁNCHEZ, Galo: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919. El autor señala que ha utilizado dos códigos del siglo XIV (uno completo, versión A, otro muy mutilado, versión B) y dos grupos de fragmentos; que no existe entre aquéllos una relación de mutua dependencia y que la versión A es anterior a B.

(20) RODRÍGUEZ ADRADOS: “El derecho notarial en el Fuero de Soria...”, cit., p. 72. La importancia de este Fuero extenso que alguno data de 1190 a 1214 (hubo otro primitivo entre

Si el Fuero Real refleja el Fuero de Soria, sin embargo, a juicio de RODRÍGUEZ ADRADOS, el sistema notarial del Espéculo es, en conjunto, el mismo de los Fueros de Soria y Real “pero su redacción es original. Son, en efecto, muy pocos los casos en que puede señalarse el precedente concreto tenido a la vista por los redactores del Espéculo” (21).

Con relación a las Partidas señala este autor que la principal fuente del Derecho Notarial de las mismas está constituida por el Espéculo, si bien entiende que la Ley 54 del título XVIII de la Partida III no procede del Espéculo y considera que procede del Doctrinal del Maestro Jacobo RUIZ el de las Leyes (22).

A pesar de la importancia de estos textos, la producción normativa continuó, llegando a ser, en expresión de TOMÁS Y VALIENTE, un “fenómeno agobiante” (23), produciéndose una progresiva acumulación de leyes, fomentado, entre otras causas, porque no se siguió una política de derogaciones. Ello produjo un efecto y es el nacimiento de recopilaciones de entre las que sobresalen las Ordenanzas Reales de Castilla también conocidas por Ordenamiento de Montalvo (1484), por proceder del jurista DÍAZ DE MONTALVO.

En los últimos años de vida de la reina Isabel, ella y el rey D. Fernando mandaron al Consejo Real de Castilla que hiciesen “juntar, corregir e imprimir” todas las Pragmáticas. Juan RAMÍREZ (24) llevó a cabo tal tarea y la recopilación se publicó en 1503 y fue promulgada por una Real Provisión de 10 de noviembre de 1503. En ella se recogen, además de las Pragmáticas, cinco Bulas pontificias, por lo que la obra recibió el nombre de *Libro de las Bulas y Pragmáticas*. Entre las Pragmáticas está la que

1109 y 1114) puede verse en las palabras de SÁNCHEZ, Galo: “Ningún fuero municipal ha ejercido en la legislación española una influencia tan grande como el de Soria. Esta influencia se ha verificado por medio del Fuero Real” (ob. cit., p. 258). Quizá sea una exageración cuando algunos extremos han sido puestos en duda (véase RODRÍGUEZ ADRADOS: “El derecho notarial...”, cit., p. 46, nota 30) incluso la propia precedencia de uno u otro (vid. GARCÍA-GRANERO: “Formularios notariales de los siglos XIII al XVI”, conferencia en la Academia Matritense del Notariado, de 2 de febrero de 1978, *Anales*, t. XXII, vol. 1, p. 237) pero es prueba de su notable influencia.

(21) RODRÍGUEZ ADRADOS: “El Derecho notarial...”, cit., p. 74.

(22) Ibídem pp. 75 y ss. Se puede ver el origen concreto del Derecho Notarial de las Partidas en pp. 83 y ss.; concretamente la Ley 54 cita como origen el “Doctrinal IV-IV-2” (p. 85).

(23) TOMÁS Y VALIENTE: ob. cit., p. 266; GARCÍA-GALLO y PÉREZ DE LA CANAL señalan que cuando el 13 de diciembre de 1474 Fernando e Isabel son proclamados reyes de Castilla, el principal problema que en orden a la legislación se halla planteado es el de la confusión en cuanto a la norma jurídica que ha de regir en cada caso (prefacio *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, edic. Instituto de España, 1973, p. 12.). BONO destaca la importancia que en la política notarial tuvieron los Reyes Católicos (ob. cit., I.2, pp. 289 y ss.).

(24) GARCÍA-GALLO y PÉREZ DE LA CANAL consideran que si bien no es totalmente seguro si es muy probable que fuera Juan Ramírez el autor (ob. cit., p. 14).

nos ocupa de Alcalá de Henares de 7 de junio de 1503, referente a los escribanos del reino en cuyo capítulo II se condensa la denominada fe de conocimiento.

III. Capítulo II de la Pragmática. Antecedentes

Como hemos dicho, en ella se expresa que si el notario no conoce a alguna de las partes que no haga la escritura salvo que las partes que no conociere presentaren dos testigos que digan que la conocen, se haga mención de ello en la escritura y se exprese el nombre y vecindad de los testigos.

Como es habitual, hay antecedentes de esta normativa y de otra parte debe destacarse su importancia por cuanto los elementos determinantes de la fe de conocimiento resultan subsistentes hasta la LN de 1862, bajo el reinado de Isabel II, a través de la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.

Como antecedentes cabe mencionar los antes citados textos alfonsinos: el Fuero Real, el Espéculo y las Partidas.

El Fuero Real señala en su libro I, título VIII, Ley VII: “como el Escribano debe conoscer à los que ante él otorgaren alguna cosa. Ningún Escribano público no faga carta entre ningunos homes, menos de los conoscer, è de saber sus nombres, si fueren de la tierra: è si no fueren de la tierra, los testigos sean de la tierra, è homes conocidos...” (25). En definitiva, el notario debe conocer a los otorgantes y saber sus nombres, si fueren de la tierra, y si no lo fueren, los testigos debían reunir el doble requisito de ser de la tierra y hombres conocidos (26). Como hemos dicho

(25) Texto tomado de *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, Madrid, 1847, I, p. 356. El texto, con alguna variación de alguna palabra, puede verse en reproducción facsímil de la realizada por la Real Academia de la Historia (1836) copiado del código del Escorial y cotejado con varios códigos de diferentes archivos, reproducción Lex Nova, 1979; también en *Códigos antiguos de España. Colección completa de todos los códigos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación*, por MARTÍNEZ ALCUBILLA, Madrid, 1885, tomando como base una edición de MONTALVO. La diferencia fundamental es la utilización en el facsímil “sean los testimonios de la tierra” por la de “los testigos sean de la tierra” en la última citada.

(26) NAVARRO AZPEITIA cuestiona si ese conocimiento de los testigos debía tenerlo el notario por conocimiento personal y directo o podía tenerlo por notoriedad, “al saber, por fama pública, que tales hombres eran *conocidos* «en la tierra»” (“El conocimiento notarial de los otorgantes antes de la Ley del Notariado de 1862”, *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 1.ª, vol. I, pp. 488-489).

Con relación a esta norma es famosa la discrepancia en cuanto al texto “é de saber sus nombres” como copulativa o bien “o de saber sus nombres” como disyuntiva como sostiene, entre otros, MONASTERIO (*La fe de conocimiento ante el Derecho constituyente*, 1905, pp. 26 y ss.) ensanchando la posibilidad de la actuación notarial. Un breve pero interesante comentario de la

anteriormente, el Fuero Real es deudor del Fuero de Soria y la redacción en éste tiene claro parentesco como antecedente (27).

Otro antecedente legal lo constituye el Espéculo. En la Ley XI, título XII, libro IV, se dice: “conoscer deve el escrivano los omes entre quien faze carta, por si o por otros, quel sepan dezir quien son. E otrosi deve preguntar e saber los nonbres dellos, e donde son e donde moran. Ca todo esto a meester de saber para escrivirlo en la carta” (28).

El sistema bascula sobre los mismos pivotes, conocimiento directo o por testigos. Señala NAVARRO AZPEITIA que, no obstante, hay diferencias notables:

— El notario puede conocer por sí o por medio de testigos en todo caso, esto es, con independencia de si los otorgantes son de la tierra o forasteros.

— No solamente debe saber quiénes son sino, además, por conocimiento directo, por testigos o por preguntárselo a ellos mismos, debe saber su nombre, naturaleza y vecindad.

— Pasa a ser un requisito intradocumental o formal pues se trata de una exigencia “para escribirlo en la carta” (29). Esta exigencia documental no es unánime; a favor de ella parece también inclinarse PONDÉ (30); en sentido contrario se pronuncia RODRÍGUEZ ADRADOS (31).

Finalmente el otro gran antecedente lo constituyen las Partidas; en la Partida 3.^a, título 18, Ley 54, se dice que “e deue ser muy acucioso el Escriuano de trabajarse de conocer los omes a quien faze las cartas; quien

identificación en el Fuero Real, el Espéculo y las Partidas puede verse en RODRÍGUEZ ADRADOS: “Identificación de los sujetos jurídicos, especialmente en el derecho medieval y en sus documentos notariales” (ponencia presentada el 12-6-2002 en la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) (facilitada amablemente por su autor). Hoy puede consultarse en *Revista Jurídica del Notariado*, número 46, abril-junio 2003.

(27) Puede observarse el antecedente del Fuero Real cuando este fuero de Soria en la versión citada, bajo el parágrafo 76, dice “Ningún escriuano... faga carta a ningunos omnes amenos dellos conoscer y de saber sus nombres, si fueren de la tierra; y si non fueren de la tierra, sean las firmas de la tierra y omnes conosçidos” (versión A); “Ningun escriuano... faga carta a ningunos omnes a menos de los conoscer y de saber sus nombres, si fueren de la tierra; y si no fueren de la tierra, sean los testigos de la tierra y omnes conocidos” (versión B) (*vid.* SÁNCHEZ, Galo: ob. cit.).

(28) Texto tomado de *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, Madrid, 1849, tomo VI, p. 115; el texto, si bien con ligeras variaciones formales de algunas palabras, puede verse en *Leyes de Alfonso X. I. Espéculo*, cit.; MARTÍNEZ ALCUBILLA (*Códigos antiguos...*, cit.) sólo da noticia de este texto por cuanto cree que “no significa más que el primitivo proyecto del de las Siete Partidas”, I, p. 190 (el autor de estas líneas es HENAO Y MUÑOZ).

(29) NAVARRO AZPEITIA: ob. cit., pp. 489-490.

(30) PONDÉ: *Tríptico Notarial...*, cit., p. 161.

(31) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., p. 646, nota 20. Lo reitera también en “Identificación...”, cit.

son; e de que lugar demanera que non pueda y ser fecho ningún engaño” (32) (33).

Con base a este texto NAVARRO AZPEITIA señala que vuelve a ser un requisito extradocumental, a diferencia de su tesis con relación al Espéculo y que no dice los medios a utilizar por el escribano para conocer a los otorgantes (34); por su parte, MONASTERIO considera que no se precisaba un conocimiento *a priori* sino que el texto partía del hecho contrario y de ahí que tuviera que ser “acucioso de trabajarse de conocer los homes”; además considera que basta tener una presunción justificada para quedar liberado de su responsabilidad (35). Por su parte, PONDE señala comentando los textos alfonsinos que el crecimiento de las ciudades tornó dudosa la posibilidad de que todos se conocieran y de ahí que las Partidas puntualizaran que el notario debía tomarse el trabajo de “conocer” a los hombres para que no se pudiera hacer ningún engaño; “ya las Leyes de Partidas daban el hilo conceptual de lo que debía entenderse por «fe

(32) Texto de las Partidas glosadas por Gregorio LÓPEZ, Salamanca, 1555, reproducción facsímil, BOE, 1974; también toma como base la editada por Gregorio LÓPEZ, MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos antiguos...*, cit. Puede verse la importancia de la edición de Gregorio LÓPEZ en nota final en la reproducción facsímil y en la nota introductoria de MARTÍNEZ ALCUBILLA citadas.

Facilitaba ese requisito la Partida 3.^a, título XIX, Ley II. “E demas dezimos que deuen ser vecinos de aqillos lugares, onde fuere escriuanos, porque conozcan mejor los omes entre quien fizieren las cartas” (semejante redacción en el Espéculo Libro IV, tít. XII, Ley III).

(33) El origen histórico inmediato de las normas fundamentales sobre el Derecho Notarial de las Partidas ha sido estudiado minuciosamente por RODRÍGUEZ ADRADOS (“El Derecho Notarial en el Fuero...”, cit., pp. 76 y ss.). En el extremo que nos corresponde (Ley 54, tít. 18, Partida 3.^a) considera que el antecedente se encuentra en el *Doctrinal* del maestro Jacobo de las leyes que hizo para su hijo Bona junta. El título 4.^o del libro 4.^o habla de las escrituras y dentro de él el capítulo 2 dice: “deue ser muy acucioso el escriuano de conoçer los omnes a quien fazen las cartas, quien son o de que logar, de manera que no pueda y ser fecho ningun enganno” (el texto puede verse en *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, por UREÑA Y SMENJAUD y BONILLA Y SAN MARTÍN, Madrid, 1924, p. 292). Parece que la intervención de este jurisconsulto en la redacción de las Partidas fue importante (MARTÍNEZ MARINA señala que “acaso fue el principal jurisconsulto que intervino en la formación del código alfonsino, señaladamente en la tercera Partida”. *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alfonso el Sabio*, Madrid, 1834, I, p. 378) pero la doctrina discute si éstas son anteriores al *Doctrinal* (UREÑA y SAN MARTÍN dicen que “copia casi literalmente las Partidas... y aun a veces se le escapa la misma palabra «Partida»”, ob. cit., pp. XIV-XV) o es al revés [RODRÍGUEZ ADRADOS da “por sentada la precedencia del *Doctrinal*”, de cualquier modo, de no ser así habría que reconocer que las Partidas “sí [siguen] a su autor, el Maestro Jacobo, lo que en el fondo sería lo mismo” (“*El Derecho Notarial en el Fuero...*”, cit., p. 80)]. Es de interés que frente al *acucioso de conocer* del *Doctrinal* las Partidas señalan *acucioso de trabajarse de conocer*.

(34) NAVARRO AZPEITIA: ob. cit., pp. 490-491.

(35) MONASTERIO: ob. cit., pp. 28 y ss. En contra de bastar una presunción, NAVARRO AZPEITIA: ob. cit., pp. 491-492.

de conocimiento». Porque no otra cosa que llegar a un juicio de valor por acumulación de datos es este trabajo que debía tomarse” (36).

Sí que podríamos aceptar que de tal texto parece resultar, sin perjuicio de la responsabilidad, un juicio y no un hecho: el notario debe ser “muy acucioso... de trabajarse de conocer”, es decir, llega, tras un trabajo minucioso, a un juicio de valor de que puede identificar al otorgante (37).

El examen de los antecedentes de la Pragmática quedaría sumamente incompleto si no se mencionara la famosa polémica entre Juan Andrés, fallecido hacia 1384, y Baldo, fallecido en 1406 (38). Simplistamente expuesta era que para el primero, Juan Andrés, no era preciso el conocimiento del otorgante por el notario, mientras que para Baldo tal conocimiento era indispensable.

Sin embargo, tan apretado resumen peca de simplista. RODRÍGUEZ ADRADOS señala que el debate se centraba en el previo de la dimensión acto y no se extiende a su consignación documental; Juan Andrés entendía que si fuera preciso un conocimiento previo de los otorgantes se reducía el campo de actuación y dado que no existían documentos de identidad los inicialmente desconocidos sólo podrían ser identificados por medio de otras personas o por sus propias declaraciones, inclinándose por esta segunda vía, y de ahí la expresión de que cabía la comparecencia *talis qui se nominavit talem*.

Baldo, por su parte, entiende que no es necesario un conocimiento previo y que podía identificarse por testigos ya que la propia declaración por la que se inclinaba Juan Andrés no parecía muy fiable (39).

IV. Nueva Recopilación y Novísima Recopilación

Ya sí podemos cerrar ese recorrido previo a la Pragmática que nos ocupa de 1503 con el texto expuesto. Ciertamente tal Pragmática tuvo poco tiempo de vigencia como tal, pero fue recogida en la Nueva Recopilación promulgada por Real Pragmática de 14 de marzo de 1567 (40) y posteriormente en la Novísima Recopilación.

(36) PONDÉ: *Tríptico notarial...*, cit., pp. 182-183.

(37) En este sentido PONDÉ: *Tríptico notarial...*, cit., pp. 162-163.

(38) La fecha de fallecimiento tiene suma importancia pues al ser posterior la de Baldo favoreció que su tesis se impusiera.

(39) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, pp. 646 y ss.

(40) GARCÍA-GALLO y PÉREZ DE LA CANAL dicen que tal Pragmática de 1567 puso fin a la vigencia de las leyes contenidas en el *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, por lo que perdió su interés y dejó de ser reeditado.

La Ley 14, del título XXV, del libro IV, de la Nueva Recopilación, bajo la rúbrica “Que quando el escriuano no conociere a las partes, haga la diligencia en esta Ley contenida” e indicando al margen como antecedente el capítulo II de la Pragmática, señala: “Otrosi mandamos, que si por ventura el tal escriuano no conociere a alguna de las partes que quisiere otorgar el tal contrato, o escritura, que no la haga, ni reciba, saluo si las dichas partes que assi no conociere, presentaren dos testigos, que digan, que los conocen, y que hagan mencion dello en fin de la tal escritura, nombrando los testigos, y assentando sus nombres, y donde son vecinos: y si el escriuano conociere al otorgante de fee en la subscripció que le conoce” (41).

El texto se reproduce en la Ley II, del título XXIII, del libro X, de la Novísima Recopilación, citando el mismo origen del capítulo II de la Pragmática de 7 de junio de 1503, y bajo la rúbrica “Formalidad que debe observar el Escribano en caso de no conocer á algunas de las partes otorgantes del contrato ó escritura que ante él pasare”, dice: “Mandamos, que si por ventura el Escribano no nosciere á algunas de las partes, que quisiere otorgar el tal contrato ó escritura, que no la haga, ni resciba; salvo si las dichas partes, que así no nosciere, presentaren dos testigos, que digan que los conocen, y que hagan mencion dello en fin de la tal escritura, nombrando los dos testigos, y asentando sus nombres, y donde son vecinos; y si el Escribano nosciere al otorgante, dé fe en la subscripción, que le conoce (Ley 14, tít. XXV, lib. IV, R)” (42).

Como se observa, los textos de la Nueva Recopilación (lib. IV, tít. XXV, Ley 14) y de la Novísima Recopilación (lib. X, tít. XXIII, Ley II) son iguales y a su vez el de la Pragmática de 1503, si bien con relación a esta última hay una alteración: se añade “y si el escrivano conociere al otorgante de fe en la subscripción que le conoce”.

RODRÍGUEZ ADRADOS señala que pudo tratarse de un error padecido por el *Libro de las Bulas y Pragmáticas* al incorporar la de Alcalá pero no lo juzga verosímil dada la escrupulosidad de Juan RAMÍREZ en su redacción, además de algún otro dato normativo que así lo acredita (43);

(41) Tomado del facsímil de 1640 editado por Lex Nova, 1982. Este texto es omitido con su tenor literal en MARTÍNEZ ALCUBILLA (ob. cit.) por cuanto entendió innecesaria su reproducción dada su refundición en la Novísima Recopilación, si bien se recogen ciertas normas que fueron suprimidas en la Novísima.

(42) Tomado de la edición de 1805, facsímil editado por BOE en 1976; pueden verse unas notas sobre su gestación al final del tomo VI de este facsímil. También en *Códigos antiguos...*, citado.

(43) La omisión de la fe de conocimiento en la Ordenanza V de las hechas para Navarra por el obispo de Tuy, siguiendo a la Pragmática de Alcalá, comprueba, dice RODRÍGUEZ ADRADOS, que no se trata de un error del *Libro de las Bulas y Pragmáticas* (RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., p. 644).

considera que se trata de una interpolación y no muy correcta pues si se trataba de regular la identificación de los otorgantes lo lógico hubiera sido comenzar por el procedimiento directo, su conocimiento por el notario, y no por el medio supletorio de identificación por testigos de conocimiento, quedando aquél como breve inciso final; además, las rúbricas de tales leyes sólo se refieren al caso de que el notario no conociera a las partes; finalmente, entiende que se trata de un añadido mal hecho desde el punto de vista gramatical por cuanto el texto va utilizando el plural y en la interpolación se pasa al singular: "otorgante". No obstante, cree este autor que la interpolación fue anterior a la Nueva Recopilación aunque es difícil concretar una fecha (44).

Lo cierto es que el conocimiento directo o por medio de los testigos son los pivotes sobre los que gira la fe de conocimiento hasta la LN de 1862 y ésta los recoge (45). Hay que esperar a la Ley de 18 de diciembre de 1946 para asistir a la redacción vigente con la incorporación de tres medios de identificación: la identificación de una parte por la otra, la referencia a carnés o documentos de identidad y el cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior.

V. Algunas cuestiones

Dados los límites temporales de esta intervención vamos a centrar en unas cuestiones algunos de los extremos discutidos sobre la fe de conocimiento:

- La propia exigencia de la fe de conocimiento y el concepto de fe de conocimiento y cuándo se debe conocer.
- Si es requisito documental o no.
- Observaciones sobre la identificación por testigos.
- Las innovaciones operadas por la reforma de 1946.
- La fe de conocimiento en los testamentos.
- La fe de conocimiento en las pólizas.
- La fe de conocimiento en el actual artículo 17 bis LN.

(44) RODRÍGUEZ ADRADOS: "La Pragmática...", cit., pp. 643 y ss.

(45) Anteriormente la Ley francesa de Ventoso (25 Ventoso año 11, 16 de marzo de 1803) había recogido la fe de conocimiento en su artículo 11: conocidos de los notarios o con dos testigos de conocimiento.

V.A) La propia exigencia de la fe de conocimiento y el concepto de fe de conocimiento y cuándo se debe conocer.

El propio requisito de la fe de conocimiento ha sido objeto de polémica (46) y por algunos autores se ha deseado su desaparición por la causa esencial de dejar al descubierto la responsabilidad del notario (47); se ha, incluso, planteado cuándo se conoce a una persona, llegándose por alguno a entender que es cuando se trata tres veces a la misma persona (48).

Ciertamente cabe suscitar su dificultad en especial si incidimos en el error de creer que estamos en el terreno de la fehaciencia y no, de ordinario, en el del juicio de identificar a una persona, en general por medio de documentos de identidad (49).

(46) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS: "Identificación...", cit.

(47) ESCOBAR aludía a la dificultad de este requisito y proponía crear dentro de las organizaciones notariales "un Servicio de Información" (*¿Fe de conocimiento?*, RDP, septiembre de 1953, pp. 701 y ss.); DEL MORAL Y DE LUNA decía que "La Ley, en este precepto, es una perfecta *Ley de pueblo*" ("La fe de conocimiento y sus problemas en el Derecho español", conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el 17 de abril de 1948, p. 142); MONASTERIO también se muestra crítico con este requisito; cierto, dice, que puede parecer temerario suprimir un sistema tan antiguo que ha venido repitiéndose por espacio de seis siglos pero precisamente en esa antigüedad se funda, dice, su espíritu de reforma: "aquel precepto que era tal vez posible en época en que las murallas de una ciudad eran casi fronteras para sus moradores... no tiene razón de ser hoy, en que el cosmopolitismo moderno... ha derribado las fronteras y unido los extremos del mundo" (ob. cit., pp. 76-77). MENGUAL tampoco se muestra muy entusiasta de este requisito y, de cualquier modo, entiende que en la legislación anterior a 1862 no era un requisito esencial de la escritura y considera que en caso de incumplimiento jamás se incurre en responsabilidad penal (*Elementos de Derecho notarial*, 1933, t. II, vol. II, pp. 149 y ss.).

(48) FEBRERO señalaba que para dar fe de conocimiento no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño, pues basta que lo haya visto, y hablado tres veces, y sepa que comúnmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y por tal es conocido (*Librería de Escribanos é Instrucción jurídica theorico práctica de Principiantes*, edic. fac-símil de 1789, por el Consejo General del Notariado (1990), parte 1.ª, I, p. 252). MONASTERIO se refiere a la "despreocupación chusca de aquel Notario de quien se cuenta, que, para poder dar fe de que conocía a la persona que por primera vez requería su ministerio se limitaba... a hacerle salir de su casa, para que, subiendo de nuevo las escaleras de la misma, no pudiera ya decirse que le desconocía" (ob. cit., p. 48). FERNÁNDEZ CASADO consideraba inaceptable que el criterio para conocer a una persona fuera haber visto y hablado tres veces con ella (ob. cit., p. 467).

(49) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, señala que la identidad de las partes no es un hecho *in rerum natura*. Es un juicio del notario y no es una afirmación de carácter absoluto, pues "para que el Notario tuviera la evidencia, de *visu, et auditu suis sensibus*, de que el compareciente era la personalidad física y jurídica que se afirmaba, haría falta que como tal Notario presenciara el hecho del parto y la identidad permanente del nacido desde el alumbramiento hasta la comparecencia... La calificación del Notario se refiere a un problema de *notoriedad*". ["Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial (Notas de Historia y Exégesis)" recogido en sus *Estudios de Derecho notarial*, 1986, II, p. 156]. DIEZ PASTOR, igualmente, señala que de la identidad sólo puede estar objetivamente seguro quien ha asistido al nacimiento y lo ha tenido en

Hay que reconocer que tales documentos son relativamente modernos y nuestros antepasados no tenían este elemento de identificación, aunque por vivir en poblaciones más pequeñas y con menos movilidad geográfica de las personas era más fácil el conocimiento de los otorgantes. De cualquier modo, no tenían estos documentos de identidad, aunque “si levantarán la cabeza” de nuevo se asustarían ante la sofisticación y, en algunos casos, facilidad para alterar tales documentos.

Hoy no cabe duda de este requisito y la propia Unión Internacional del Notariado Latino, en su II Congreso, celebrado en Madrid en octubre de 1950, señaló que “es función y deber del notario cerciorarse de la identidad de los otorgantes, certificando o dando fe de conocimiento”, pero hay que centrar el terreno en que nos movemos, de ahí que en dicho Congreso se expresara que “la certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estime adecuados, actuando con prudencia y cautela” (50).

Estamos pues en el terreno de los juicios, no en el de los hechos.

De otra parte, debemos entender la fe de conocimiento referida a la identidad de las personas, es decir, conocemos o identificamos a una persona cuando hemos establecido su identidad, que de ordinario vendrá determinada por su nombre (y apellidos). No obstante, a veces podemos identificar a una persona, aunque no sabemos su verdadero nombre (frecuente en el mundo artístico); por el contrario, a veces sabemos el nombre de una persona, incluso cierto recorrido profesional (por ejemplo, conocemos por el nombre multitud de ponentes de sentencias del TS o del TC incluso su anterior carrera profesional) y desconocemos la cara de tal persona.

Con base a lo expuesto y a la *ratio* de la norma, creemos que podemos identificar cuando podemos emitir un juicio razonable de haber logrado su identificación de modo que sea altamente improbable la suplantación de la personalidad.

Con relación a esta cuestión se ha planteado también cuándo debe conocer el notario al otorgante, si antes del acto o es posible que sea duran-

su compañía sin interrupción sustancial pero de lo que se trata no es de obtener una certidumbre formal y absoluta sino una certidumbre jurídica que no implica verdad necesaria pero sí tan probable que el Derecho pueda fiar a ella la seguridad del comercio jurídico; se trata de una calificación, un juicio, tan subjetivo y falible como el de un juez que aprecia la prueba, de ahí, dice, que las Partidas no exigieran del notario que “conozca” sino que “se trabaje de conocer” (ob. cit., pp. 325 y ss.).

(50) SEGUNDO CONGRESO INTERNACIONAL (Madrid, octubre, 1950) Tomo I. Deliberaciones y acuerdos, pp. 452-453. Puede verse también en CUERDA Y DE MIGUEL: *Legislación notarial española*, 1964, p. 429.

te el otorgamiento. Anteriormente ya hicimos algún apunte a esa cuestión al aludir a la regulación de las Partidas. La doctrina clásica parece aceptar que no es necesario el conocimiento previo y así parece deducirse de los textos clásicos, en especial el indicado de las Partidas: “debe ser muy acucioso el Escribano de trabajarse de conocer los omes”; es decir, es una actividad del notario para la documentación cuando no conoce al otorgante (51).

Creemos que quizá, en términos generales, se podría diferenciar entre el conocimiento directo del notario, que juzgamos debe ser previo al otorgamiento, y la identificación por el procedimiento del documento de identidad, respecto del cual no hay duda se produce durante el otorgamiento.

V.B) Si es requisito documental o no.

Parece que existe consenso en admitir que con la Pragmática de 1503 la fe de conocimiento es requisito intradocumental, sin perjuicio de una cierta duda con relación a los testamentos, como veremos; señala RODRÍGUEZ ADRADOS que en el Fuero Real y en las Partidas el conocimiento del otorgante era un requisito del acto y a consecuencia de la Pragmática se da un paso más y se exige la constancia documental de ese conocimiento de los otorgantes, “del *actum* se ha pasado al *dictum*” (52). Sin embargo, no hay unanimidad acerca de si fue una innovación o se cuenta con el antecedente del Espéculo (53).

De cualquier modo, lo importante es que se va a convertir en un requisito intradocumental que va a recogerse en la LN de 1862. Incluso tal requisito va a plantear problemas en los comienzos de ésta por cuanto el artículo 27 LN de 1862 declara nulo el instrumento público cuando el notario no dé fe de conocimiento de los otorgantes o no los identifique en la forma prevista en el artículo 23.

Los iniciales Reglamentos notariales, el de 28 de mayo de 1862 y el de 9 de noviembre de 1874, señalan que no es preciso que el notario dé fe individualizada de cada cláusula o requisito bastando que consigne “que da fe de todo contenido en el mismo” (art. 83 del RN de 1862) (54)

(51) Véase RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., pp. 564 y ss.; MONASTERIO: ob. cit., pp. 28 y ss.

(52) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., pp. 645-646.

(53) NAVARRO AZPEITIA considera que con la fórmula del Espéculo se trata de un “requisito intradocumental formal” (ob. cit., p. 490); en esa línea PONDÉ (*Tríptico notarial...*, cit., esp. pp. 161-162 y 169-170); en contra RODRÍGUEZ ADRADOS, que entiende que tal interpretación no sería congruente con ciertas normas del Espéculo, “aparte de que el Espéculo nunca tuvo valor legal” (“La Pragmática...”, cit., p. 646, nota 20; en la misma línea “Identificación...”, cit.).

(54) Cito por RODRÍGUEZ ADRADOS en RDN, número 73-74, julio-diciembre 1971, pp. 377 y ss.

o que utilice la siguiente o parecida fórmula: “Y yo el Notario doy fe de conocer a los otorgantes (o a los testigos de conocimiento, en su caso, etcétera) y de todo lo contenido en este instrumento público” (art. 73 del RN de 1874) (55).

Probablemente esta referencia explícita a la fe de conocimiento provocó que la DGRN se inclinara por un excesivo rigor al exigir la constancia expresa de la misma.

En este sentido cabe recordar la Resolución de 17 de enero de 1876, en la que el notario autorizante dice respecto de los comparecientes: “les conozco por sus nombres, profesión y vecindad” y, al final, la cláusula de dar fe de todo su contenido (56).

La DG dice que esa fórmula “sin añadir que *da fe* de ese conocimiento, cuya omisión produce con arreglo al artículo 27 de la Ley del Notariado la nulidad del instrumento, sin que pueda considerarse subsanada por la expresión consignada al final del mismo de que da fe de todo su contenido, porque semejante frase sólo se entiende aplicable a las palabras, estipulaciones y condiciones que se atribuyen a los otorgantes, según lo declara el artículo 83 del Reglamento... y de ningún modo puede comprender el conocimiento de las personas que comparecen ante el notario, respecto del cual exige la Ley que *dé fe* concreta o especialmente, o que supla este solemne requisito en la forma establecida en el artículo 23 de la misma”; además, califica al defecto de insubsanable.

En la Resolución de 12 de enero de 1878 el notario expresa que “los comparecientes, a quienes conozco, presentaron sus respectivas cédulas que los identifican, a su favor expedidas por las correspondientes alcaldías, etc.” y a su final la de “y *de todo lo contenido en cuanto es procedente, yo el Notario doy fe*” (57).

De nuevo la DG señala que al omitir la fórmula de la fe de conocimiento se ha infringido la normativa sin que aquélla pueda entenderse cumplida con la citada frase final; sin embargo, en esta ocasión califica la omisión de defecto subsanable (58).

Parece menor rigor en la Resolución de 27 de abril de 1878, en que se plantea la cuestión en orden a un testamento en el que el notario des-

(55) Cito por RODRÍGUEZ ADRADOS en RDN, número 73-74, julio-diciembre 1971, pp. 425 y ss.

(56) La escritura era de 4 de octubre de 1871, anterior, pues, al RN de 1874.

(57) La escritura es de 1876.

(58) Aunque el artículo 23 LN de 1862 indicaba que “también darán fe de la vecindad y profesión de los otorgantes”, sin perjuicio de que conforme al RN podría darse con relación al dicho de los otorgantes (art. 84 RN de 1862) o por lo que resulta de la cédula personal (art. 74 RN de 1874) la Resolución de la DG de 18 de abril de 1879 señala que la omisión de la fe de vecindad y profesión “no constituye un defecto que impida la inscripción”.

pués de la lectura, dice: “se ratifica en ella dicho otorgante, a quien conozco, que no firma; por la citada imposibilidad lo hacen los testigos, y el primero a su ruego, de todo lo cual doy fe” (59). La DG señala que el artículo 27 LN no es aplicable a los testamentos por virtud del artículo 29 LN. No obstante, si bien no son aplicables a los actos de última voluntad las reglas establecidas en la Ley del Notariado sobre la forma de los instrumentos, y por consiguiente la sanción impuesta en el citado artículo 29 (*sic*), es una verdad inconcusa que los notarios no pueden autorizar acto alguno de última voluntad sin conocer perfectamente al otorgante pero, dice, en el supuesto planteado el notario “afirma con claridad, de una manera cierta y concreta conocer al testador... estampar al final del documento la cláusula relativa al conocimiento del otorgante poco antes de la frase *de todo lo cual doy fe*, puesta sin reservas ni restricciones de ninguna especie”.

El RN de 9 de abril de 1917 flexibiliza el formalismo al indicar en su artículo 228 que el notario dé fe de todo lo contenido en el documento para entender que la da expresa del conocimiento de los otorgantes, cuando en el cuerpo del documento haya asegurado que los conoce (60).

Recordemos, no obstante, que previamente a tal RN la Real Orden de 13 de julio de 1883 dispuso que “a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad basta, con arreglo al artículo 73 del Reglamento del Notariado, que el notario dé fe de todo lo contenido en el documento para entender que la da expresa del conocimiento de los otorgantes, cuando en el cuerpo del documento ha asegurado que los conoce”. Además, declara que en caso de omisión de la fe de conocimiento se podía subsanar por medio de un acta en la que el mismo notario que autorizó la escritura defectuosa dé fe de que los conocía al tiempo de su otorgamiento (61).

Cabe concluir que con la Pragmática el conocimiento de los otorgantes por el escribano “deja de ser un mero requisito del acto para pasar a ser, además, un requisito del documento” (62), al menos en teoría. Esta última salvedad es precisa por cuanto algunos se mostraban discrepantes de su exigencia por la responsabilidad que generaba y algunos, como ve-

(59) De los hechos no resulta la fecha del testamento (cito por *Jurisprudencia registral* de ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL).

(60) Cito por RODRÍGUEZ ADRADOS en RDN, número 75, enero-marzo 1972, pp. 163 y ss.

(61) Puede verse en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, tomo IV, volumen I, 1991.

(62) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., p. 645; el mismo autor señala que la mayor novedad consiste en el citado inciso final (“y si el Escribano conociere al otorgante de fe en la subscripción que le conoce”) que eleva ese conocimiento a solemnidad documental si bien parece no se encontraba en la Pragmática sino que fue una interpolación de la Nueva Recopilación aunque aparecía ya en algún texto anterior (“Identificación...”, cit.).

remos, introducían algún procedimiento no expresamente reconocido por la norma, como el declararse “contento” con la identificación de una parte por la otra, lo que determinaba que la costumbre era variada, unos notarios daban fe de conocer a los otorgantes y otros no (63). Quizá para evitar esta segunda línea la LN la exige y la DG inicialmente discurre por una interpretación rígida.

V.C) Observaciones sobre la identificación por testigos.

El procedimiento identificativo por medio de testigos aparece claramente en la Pragmática y ha llegado a nuestros días, aunque ciertamente como hipótesis extraña en especial en las grandes urbes.

Como hemos visto, tal procedimiento estaba establecido en el Fuero Real cuando los otorgantes “no fueren de la tierra” (64); no así en las Partidas, que no establecían expresamente procedimiento para identificar.

Como decíamos, la Pragmática indica que si el escribano no conoce a las partes no puede prestar su función salvo que éstas presentaren dos testigos, es decir, debe ser la parte desconocida quien debe tomar la iniciativa de presentar los testigos.

Con relación a éstos, RODRÍGUEZ ADRADOS expone cuatro observaciones:

1. Los testigos de conocimiento deberán declarar bajo juramento, “opinión unánimemente sostenida en la doctrina, pese al silencio de la Pragmática y de las Leyes Recopiladas” (65).

(63) Véase GIMÉNEZ ARNAU (ob. cit., p. 619); DEL MORAL señala que la norma de la Pragmática, más dura que las del Fuero Real y las Partidas, “no causó alteraciones en la práctica, según resulta de las distintas conductas observadas en los Protocolos de la época y de las opiniones contradictorias de los comentaristas de entonces” (ob. cit., p. 152). Es de interés la lectura de formularios o protocolos antiguos, algunos recogidos en estudios, así FLÓREZ DE QUIÑONES (ob. cit., pp. 823 y ss.); MUÑOZ DE SAN PEDRO (“Reflejos de siete siglos de vida extremeña en cien documentos notariales”, *Centenario LN*, sec. 1.ª, *Estudios históricos*, vol. II, pp. 497 y ss.); HERNÁNDEZ MARTÍN [*Protocolos de Domingo Pérez, escribano público de la Palma (1557-1558)*, 2002]. ROQUE DE HUERTA (*Recopilación de notas de escrituras públicas, útiles y muy provechosas por las cuales qualquier escriuano podra ordenar qualesquier escrituras que ante el se otorgaren, delas que se acostumbra en todos estos Reynos*, 1551).

(64) Recordemos que en el Espéculo el escribano debía conocer a los otorgantes “por sí o por otros”.

(65) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., p. 659. Véase MELGAREJO: los testigos de conocimiento “juren conocerlo” (*Compendio de contratos públicos, autos de particiones, executivos y de residencias, con el genero del papel sellado, que a cada despacho toca*, 16.ª edic., 1757, p. 278); la fórmula puede verse en p. 279; igualmente, ESCRICHE: ob. cit., p. 915; BUSTO Y LISARES: *Cartilla Real Theorica-practica para escrivanos, notarios y procuradores*, Madrid, 1778, I, p. 63; ALVARADO: *Cartilla Real novísima teórico-práctica reformada*, Madrid, 1830, 2.ª edición, p. 54.

2. Los testigos de conocimiento, a diferencia de los testigos instrumentales, debían firmar el documento; la doctrina antigua, dice este autor, guarda silencio sobre este extremo pero la necesidad de la firma de los testigos de conocimiento se impone a partir de FEBRERO; unanimidad que hace inexplicable, concluye, el olvido padecido por la LN de 1862 en su artículo 23, subsanado en el mismo año por el artículo 75,3 del primer Reglamento Notarial (“uno, cuando menos, deberá saber firmar y firmará”) (66).

3. Quizá la cuestión más importante era la relativa a si los testigos de conocimiento debían o no ser conocidos por el notario. RODRÍGUEZ ADRADOS considera que la solución negativa resulta del silencio de los antiguos autores (67), pero a partir de FEBRERO se impone el conocimiento por el notario al menos de uno de los testigos de conocimiento (68) y al tiempo de publicarse la LN la doctrina estaba dividida (69). También aquí resulta extraño que ante esta discusión y su relevancia la LN no lo aclarara siendo de nuevo el RN de 1862 el que de modo rotundo dice: “el notario deberá conocer personalmente a todo testigo de conocimiento” (art. 77,2) (70), idea que se repite en Reglamentos posteriores: “el no-

(66) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., pp. 659-660. La redacción completa del artículo reglamentario puede verse en RDN, número 73-74 citado.

(67) NAVARRO AZPEITIA señala que en ninguna parte se decía que los testigos hubieran de ser conocidos por el notario. Por su parte, MORENO, Juan Ignacio, poco antes de la LN de 1862 señalaba que el notario debía dar fe de conocimiento de los testigos (*Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, Madrid, 2.ª ed., 1856, p. 97); este autor recogía la prohibición de otorgamiento en caso de no conocer a los otorgantes (p. 31), calificando dicho conocimiento como una cláusula general de toda escritura (pp. 85-86); el notario debía conocer a los otorgantes y, a falta de ello, debían intervenir dos testigos “de los instrumentales u otros cualquiera, con tal que ambos, o, por lo menos uno de ellos sean conocidos de aquel funcionario, los cuales aseguren bajo juramento que conocen á las partes, en cuyo caso se expresará así en la escritura, en la que tambien deberán firmar, espresando todo esto el escribano y dando fé del conocimiento de dichos testigos” y cita como origen legal L. 2, título 23, libro 10 de la NR (p. 97). En este párrafo queda recogido lo expuesto acerca del juramento de los testigos, firma de ellos, conocimiento por el notario de los mismos y posibilidad de coincidir los instrumentales y los de conocimiento. La cláusula concreta propuesta por este autor para este caso de testigos de conocimiento puede verse en pp. 168-169.

(68) ESCRICHE considera que si el escribano no conocía a los otorgantes, deben intervenir “dos testigos que con juramento aseguren que los conocen y firman el instrumento, en cuyo caso dará fe de que conoce a dichos testigos y expresará sus nombres y vecindad” (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva edición, París, 1876, voz “Instrumento público” p. 915).

(69) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., pp. 660-661. El texto de FEBRERO (“dé fé que conoce al otorgante; y no conociéndolo, que con juramento depongan de su conocimiento dos de los testigos instrumentales, que expresen ser el mismo que suena, y de aquel nombre, y apellido sin fraude: y que firmen tambien el instrumento por esta razón: a los quales, ò á lo menos á uno debe conocer, y en este caso dar fé de su conocimiento”) puede verse en *Librería de Escribanos...*, cit., parte 1.ª, III, p. 422.

(70) Texto en RDN, número 73-74 citado.

tario deberá dar fe de que conoce a los testigos de conocimiento” [art. 68 RN de 1874 (71); art. 222 RN de 1917 (72); art. 280 RN de 1921 (73); art. 185 del RN de 1935 (74) y art. 185 del vigente de 1944]. La reforma del artículo 23 LN operada por la Ley de 18 de diciembre de 1946, en tal línea, indica que “sean conocidas del notario”.

4. Finalmente, plantea un clásico problema: el de si los testigos instrumentales podían ser a la vez testigos de conocimiento. Señala RODRÍGUEZ ADRADOS que aunque el problema no fue expresamente tratado por la doctrina, de las expresiones utilizadas se deduce que no solamente no existía incompatibilidad alguna, sino que en principio los testigos de conocimiento eran los mismos testigos instrumentales o alguno de ellos si de éstos había mayor número aunque evidentemente era posible que se tratara de personas distintas (75).

Esta cuestión sí que la contempló la LN al indicar que el notario ha de “haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, o de otros dos que los conozcan, y que se llamarán, por tanto, testigos de conocimiento”.

V.D) Innovaciones operadas por la reforma de 1946.

La Ley de 18 de diciembre de 1946 modifica el artículo 23 LN e introduce tres nuevos medios supletorios de identificación junto al tradicional de los testigos.

1. Identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el notario.

Señala RODRÍGUEZ ADRADOS que antes de la LN de 1862 “había aparecido otra posibilidad de autorizar, que tuvo una gran difusión en la doctrina, y que no es técnicamente medio supletorio de identificación sino «satisfacción», «contenta», «dispensa» o «renuncia» a la fe de conocimiento por la otra parte contractual, pero que constituye evidentemente el

(71) Texto en RDN, número 73-74 citado.

(72) El texto del RN de 9 de abril de 1917 puede verse en el estudio de RODRÍGUEZ ADRADOS en RDN, número 75, enero-marzo 1972, pp. 163 y ss.

(73) El texto del RN de 7 de noviembre de 1921 puede verse en el estudio de RODRÍGUEZ ADRADOS en RDN, número 79, enero-marzo 1973, pp. 351 y ss.

(74) El texto del RN de 8 de agosto de 1935 puede verse en el estudio de RODRÍGUEZ ADRADOS en RDN, número 92, abril-junio 1976, pp. 397 y ss.

(75) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., p. 661. Puede verse FEBRERO: ob. cit., 1.ª parte, III, p. 422; ESCRICHE: ob. cit., p. 915.

precedente del sistema de identificación de una de las partes por la otra que también introdujo en el artículo 23 la Ley de 1946” (76).

Esta hipótesis la recogía MELGAREJO cuando señalaba que este conocimiento “es a favor del Actor: si este se satisface del conocimiento del obligado, se pondrà assi, y vale, puesto que la Ley no lo prohíbe” (77).

El supuesto se recogía también por FEBRERO, el cual señalaba la posibilidad de otorgar la escritura si el sujeto a cuyo favor se formalizaba se daba por satisfecho del conocimiento del otro contrayente, ya que es a él a quien le importa saber con quién contrata pues la fe de conocimiento se estableció en su favor con el objeto de evitar engaños y perjuicios, los cuales cesan “en dándose por contento de él” (78).

También hacía referencia a esta hipótesis SÁNCHEZ y admitía la autorización de la escritura si el interesado a cuyo favor se formalizaba el contrato se daba por satisfecho del conocimiento del otorgante que no se sabe quién es, ya que como la finalidad de la norma iba dirigida en beneficio del sujeto con quien contrata el ignoto a fin de evitar fraudes, cesan éstos y se cumple el espíritu e intención de la norma si el que podía ser perjudicado no quiere hacer uso de la misma dándose por satisfecho de la certidumbre del otorgante no conocido; recuerda que en las Partidas se exigía este requisito para que no se produzca engaño y si una parte está conforme con la identidad de la otra no tiene de quién quejarse sino echarse a sí mismo la culpa.

No obstante, este autor, aun admitiendo esta hipótesis, hacía dos observaciones. La primera, que no era aplicable cuando ambos eran ignorados y se daban por contentos ambos, pues pueden ser ambos fraudulentos. La segunda, que había que atender a la calidad de los contratos para que se produzca una seguridad racional de no intervenir fraude, poniendo dos ejemplos contrapuestos; uno de ellos, que admite, un comprador conocido se da por satisfecho del vendedor no conocido: es presumible que no haya dolo por el comprador pues en caso de no ser cierto esa persona no entregaría el precio; sin embargo, el segundo ejemplo va en línea distinta: comparecen dos sujetos confabulados y el no conocido, que asegura llamarse “Pedro Fernández”, cuyo nombre y apellido lo usurpa de un tercero, debe al sujeto conocido tanta cantidad que le prestó en tiempos

(76) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., p. 662.

(77) MELGAREJO: ob. cit., pp. 278-279; la fórmula empleada: “y el dicho F. á cuyo favor es esta Escritura, estando presente, la acepta, y se satisface del conocimiento de los otorgantes, como si se diese por fee” (p. 279). RODRÍGUEZ ADRADOS señala que éste es el primer autor a quien ha visto recogido este procedimiento (“La Pragmática...”, cit., p. 662).

(78) FEBRERO: ob. cit., parte 1.^a, tomo 3.^o, p. 422.

pasados; “en este contrato nada aventura” la parte conocida y que se da por contenta del conocimiento de la otra (79).

MORENO aún es más cauto pues señala que en caso de no dar fe de conocimiento en los términos previstos por la Ley, el notario incurría en responsabilidad, “riesgo del que, en nuestro concepto, no se pone á cubierto con que los contrayentes, siendo varios y no conocidos de él, manifiesten conocerse recíprocamente y se den por satisfechos de su mutuo y particular conocimiento; pues si bien de este modo quedará libre de responsabilidad con respecto a los otorgantes, no sucede lo mismo con respecto al tercero, á quien puede perjudicar la escritura, y cuyo nombre pueden aquellos haberse convenido en usurpar. Por esta razón el escribano debe ser nimio observador de la doctrina legal” no autorizando instrumento público de ninguna clase si no conoce a las partes, o si no le presentan dos testigos de conocimiento o por lo menos documentos fidedignos (80).

El supuesto no deja de plantear problemas y es un medio escasamente utilizado. Sólo dos observaciones, la primera, que la parte que identifica a la otra debe ser conocida por el notario; la segunda, que debe actuarse con prudencia (81), incluso en el citado caso planteado de identificación del vendedor por el comprador. Ciertamente se trata de una hipótesis admitida por la LN y por la DG (Resoluciones de 27 y 28 de diciembre de 1960) pero ésta parece reconocer que no es el medio más adecuado en los supuestos en que el titular del derecho de disposición queda a merced para su identificación por quien lo va a adquirir, aunque finalmente admite el procedimiento por cuanto la Ley es clara en ese sentido (82).

2. *Cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiese dado por el notario fe de conocimiento del firmante.*

No está claro el antecedente de este recurso si bien cabe decir que se trata de un supuesto infrecuente en la práctica y respecto del cual caben dos observaciones principales; la primera, que se tuvo que dar fe de conocimiento por el notario, esto es, no haberse identificado por algún medio supletorio sino por conocimiento directo; la segunda, si ese conocimiento

(79) SÁNCHEZ, Juan José: *Nobleza, privilegios y prerrogativas del oficio público de escribano*, 1797, tomo II, pp. 182 y ss.

(80) MORENO: ob. cit., pp. 97-98. ESCRICHE tampoco libera de responsabilidad al notario (ob. cit., p. 915).

(81) Véase VENTOSO: ob. cit., pp. 383 y ss.; Díez PASTOR también recomienda prudencia (ob. cit., pp. 329-330).

(82) En el informe del registrador se hacía ver la diferencia de supuestos cuando es el vendedor quien identifica al comprador de cuando es la hipótesis contraria.

directo debió ser del actual notario autorizante o basta que el cotejo sea con firma que conste en el protocolo aunque sea escritura de anterior notario, tesis esta última por la que en su día nos inclinamos (83).

3. *La referencia a carnés o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.*

Sin duda, hoy el recurso habitual para identificar es éste, especialmente en las poblaciones de mediano o gran tamaño.

Aunque se introduce por la Ley de 1946 (84) cuenta con algún antecedente, aunque lógicamente el tipo de documento de identidad era distinto (85).

El propio artículo 78 del RN de 1862 señalaba que en los casos del párrafo 3 del artículo 23, y en que a un notario le sea imposible dar fe del conocimiento de los otorgantes, ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento, lo expresará así: designando los documentos que le presentaren como prueba de su nombre, estado, vecindad y procedencia, refiriendo además el motivo del caso grave o extraordinario a que se refiere el artículo de la Ley. El artículo 69 del RN de 1874 señalaba que “en los casos del párrafo 3 del artículo 23 de la Ley, en que a un notario le sea imposible dar fe del conocimiento de los otorgantes, por no conocerlos, ni poder éstos presentar testigos de conocimiento, lo expresará así en la escritura, y en ella reseñará los documentos que le presenten para identificar su persona”.

Dada la finalidad de este estudio cabe citarlo como antecedente sin entrar en si contradice la Ley, se puede coordinar o se trata de supuestos distintos. Lo cierto es que la DG recortó una interpretación extensiva (86).

RODRÍGUEZ ADRADOS señala que es lástima que los redactores de la LN de 1862 no acogieran las enseñanzas de MORENO o de ESCRICHE cuando aludían a “documentos fidedignos por cuyo medio pueda convencerse de la identidad de sus personas” o “pruebe la identidad de su persona con

(83) VENTOSO: ob. cit., pp. 392 y ss. En contra parece pronunciarse DEL MORAL Y DE LUNA (ob. cit., pp. 136-137).

(84) Recordemos que el artículo 686 del Código Civil hacía referencia a los documentos para identificar al testador cuando no pudiera ser identificado conforme al artículo 685 de dicho texto legal.

(85) El DNI se creó por Decreto de 2 de marzo de 1944. Véase VENTOSO: ob. cit., pp. 387 y ss.

(86) Véase Resoluciones de 17 de febrero y 19 de abril de 1880, en las que se considera incompleta la fe de conocimiento pues el artículo 23,3 se refiere a “casos graves y extraordinarios” y no cabe entender como tales los planteados en los supuestos cuestionados de compraventas. En la doctrina, puede verse FERNÁNDEZ CASADO (ob. cit., pp. 469 y ss.).

documentos fehacientes, como por ejemplo con un buen pasaporte cuyas señas concuerden con las suyas personales” (87).

Aquí sólo cabe la referencia a este procedimiento por cuanto estamos en un estudio histórico. No obstante, consideramos oportuno dejar constancia de la existencia de falsificaciones, algunas de notable perfección, que las hace prácticamente indetectables. De ahí la preocupación del notariado y la llamada a la general prudencia (88).

V.E) La fe de conocimiento en los testamentos.

RODRÍGUEZ ADRADOS ha estudiado la polémica que durante casi cuatro siglos ha recaído sobre la aplicabilidad o no del capítulo II de la Pragmática sobre los testamentos hasta que el artículo 685 del Código Civil introdujo una específica regla.

Autores para una dirección y para otra encontramos, incluso posiciones que son algo oscuras; tampoco aclaran definitivamente los autores de formularios pues, de igual modo, se encuentran representantes de ambas orientaciones.

“A finales del siglo XVIII la discusión se enciende entre FEBRERO y SÁNCHEZ” (89). Aquél señala que “se duda si en el testamento, ò en otra ultima disposición es requisito preciso para su estabilidad que el Escribano dé fé del conocimiento del Testador, ò depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley Recopilada: y discordan los dictámenes” inclinándose por la solución negativa porque la Ley 54, título 18, Partida 3.^a y la Ley 14, título 25, libro 4

(87) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., pp. 661-662. Puede verse ESCRICHE: ob. cit., p. 915, y MORENO: ob. cit., p. 98. NAVARRO AZPEITIA señala que por muy autorizada que fuera la opinión de ESCRICHE “no es de creer que fuera practicable en su tiempo, cuando la fotografía no era conocida y la descripción verbal era breve e imprecisa; y, como corolario la *fehaciencia* de un pasaporte, aunque fuera *bueno*, era cosa lejana de las normas y de los usos notariales” (ob. cit., p. 495).

(88) A veces la responsabilidad notarial ha alcanzado a supuestos de una verdadera responsabilidad objetiva y a veces hay declaraciones jurídicas un tanto rigurosas. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso administrativo, sección 9.^a) de 30 de mayo de 2002 declara que en el caso planteado se utilizó un DNI caducado muchos años antes y ello debió poner al notario en alerta y debió ser objeto de análisis por la organización colegial; éste es uno de los datos barajados por la sentencia, que declara en dos ocasiones el incumplimiento frontal de un deber profesional. A nuestro juicio, los términos son excesivamente duros y por ello no parece ir acorde en ese mismo rigor el supuesto de hecho de la Resolución de la DGRN de 26 de octubre de 2000: queja del titular de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción ante la negativa de un notario a autorizar una escritura en la que comparecía aquél como juez pero que no pudo exhibir su DNI (*Anuario*, 2000, I, pp. 1922 y ss.).

(89) Véase RODRÍGUEZ ADRADOS, con cita explícita de los nombres y opiniones de varios autores (“La Pragmática...”, cit., pp. 668 y ss.).

de la Nueva Recopilación se refiere a los contratos y en éstos debe prestar más diligencia a los contratantes, por el perjuicio que les puede causar el ignorar con quién contratan, que el escribano, y cuando ni éste ni los testigos conocen a los otorgantes pero se da por contento aquel a cuyo favor se celebra el contrato del conocimiento del otro, no se corre riesgo ni se anula aunque carezca de este requisito, ni conteniéndolo, es cargo contra el escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la Ley. “Y si esto procede en los contratos, con más razón debe proceder en los testamentos, y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio a terceros, por lo que aunque carezcan de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas, ni otra alguna, y sería cosa durísima que por no contenerlas fuese inútil el testamento, ò no pudiese el Testador manifestar su voluntad, y descargar su conciencia” (90).

Sin embargo, esta posición “fue ampliamente contestada por SÁNCHEZ” (91). Efectivamente este autor dedica varias páginas a contemplar esta cuestión recogiendo la polémica y los argumentos de quienes se pronuncian a favor del requisito de la fe de conocimiento y quienes siguen lo contrario, porque el testamento no es un contrato obligatorio, citando a FEBRERO. SÁNCHEZ considera que el que la testamentifacción sea una acción que puede mudarse hasta la muerte nada persuade a favor de la negativa; el querer limitar dicho requisito, apoyándose en las Partidas y en la Nueva Recopilación, solamente a los contratos es infundado pues se aludía al instrumento en general; el que en el aseguramiento en la identidad tengan más interés las partes que el escribano no exonera a éste actuar conforme a Derecho y evitar fraudes; el que cuando el escribano y testigos no conozcan a los otorgantes puede darse uno por contento de la identidad del otro, sin perjuicio de sus dudas, no convence para que para el testamento tenga que haber algún procedimiento en caso de necesidad; tampoco le convence el argumento de ser cosa dura que por no ser conocida una persona no pueda manifestar su voluntad y descargar su conciencia pues es peor que un hombre no conocido finja ser otra persona y cometa un desacierto o impostura que fallecer abintestato.

En definitiva, considera evidente “el ningún apoyo que tiene la opinión negativa” sino todo lo contrario, debe apartarse todo fraude con per-

(90) FEBRERO: parte 1.^a, I, pp. 250 y ss. MELGAREJO entendía que debía haber fe de conocimiento en los testamentos, pero si el otorgante no era conocido ni podía presentar dos testigos “no por esto se dexa de otorgar el Testamento, pues importa mas el que no muera abintestato sino debaxo de disposición donde gobierne su alma, y asseure su conciencia con lo que tuviere que declarar, que no el que por tan pequeño defecto no haya quien le haga el Testamento” (ob. cit., p. 88).

(91) Véase RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., pp. 672-673.

juicio de tercero ilustrando con los efectos de una suplantación de un testador (92).

RODRÍGUEZ ADRADOS recuerda que “a mediados del siglo XIX la cuestión no estaba resuelta, hasta el punto de que ESCRICHE se limita a exponer los argumentos de ambos bandos sin aventurar una opinión propia” (93). Efectivamente, ESCRICHE indica que “se duda si es requisito preciso para la estabilidad del testamento que el escribano dé fe de que conoce al testador, ó que depongan de su identidad dos de los testigos instrumentales, como se exige en los contratos, para evitar todo peligro de engaño. Unos tienen por indispensable esta circunstancia, para que se sepa si el testador es el mismo que manifiesta ser, fundándose en la Ley 54, título 18, Partida 3.^a ... y en la Ley 4, título 8, libro 10 de la Nov. Rec...; mas otros afirman lo contrario, ya porque dichas leyes no hablan sino de los contratos, ya porque las relativas a la solemnidad de los testamentos no exigen este requisito, ya porque sería cosa durísima que un hombre que se hallase a punto de morir en paraje donde nadie le conociese, no pudiese declarar su voluntad ni descargar su conciencia” (94).

Debemos recordar que el artículo 29 LN remitía para los testamentos a la Ley especial (95); en este contexto resalta la STS de 28 de junio de 1865. Se cuestiona un testamento otorgado en 1860 (antes, pues, de la LN de 1862) por no darse fe de conocimiento; la Audiencia declara ineficaz y sin valor ni efecto legal el testamento y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación con base a los siguientes fundamentos:

— Aunque no es obligatorio el testamento ante escribano, cuando se hace testamento de este modo es una verdadera escritura pública y en su consecuencia deben concurrir en su otorgamiento, no sólo las solemnidades externas que exige la Ley 1.^a, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación para los testamentos nuncupativos, sino también las formalizadas de que habla la 2.^a, título 23 del mismo Código y libro.

— Esta Ley manda que el escribano dé fe de conocimiento de los otorgantes o de que dos testigos digan que los conocen; faltando este requisito no puede tener valor de instrumento público, pues de lo contrario sería sancionar el principio de que la Ley puede dar valor y eficacia en juicio a lo mismo que ella prohíbe hacer.

(92) SÁNCHEZ: ob. cit., pp. 198 y ss.

(93) RODRÍGUEZ ADRADOS: “La Pragmática...”, cit., p. 673.

(94) ESCRICHE: ob. cit., voz “testamento”, p. 1566.

(95) FERNÁNDEZ CASADO destaca la ambigüedad de la redacción del artículo 29, que dio origen a controversias doctrinales y judiciales respecto de su interpretación (ob. cit., pp. 464-465).

— Si el testamento ha observado las solemnidades del testamento nuncupativo pero no las de la Ley 2.^a, título 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, la sentencia recurrida es correcta (96).

Lógicamente la sentencia influye y GUTIÉRREZ recoge su doctrina (97) y definitivamente cualquier duda se zanja con la redacción del Código Civil, si bien hay que mencionar que el artículo 685, que se refería a la fe de conocimiento en los testamentos, fue uno de los que sufrieron una segunda redacción (98).

La inicial formulación del artículo 685 decía: “El notario, y los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador, o identificar su persona con dos testigos que le conozcan y sean a su vez conocidos del notario y de los testigos, y además asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento” (99). Sin embargo, en la segunda redacción del Código este artículo señalaba: “El notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y que sean conocidos del mismo notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia del notario, en los casos de los artículos 700 y 701” (100).

En la Exposición publicada a continuación de la Real Orden de 29 de julio de 1889 (101) se señala que se ha reducido a términos más adecuados a la práctica el acto de otorgar testamento abierto, “garantizando además con nuevos requisitos el de las personas desconocidas y fijando a la vez los justos límites de la responsabilidad de los notarios que autorizan estos actos”.

(96) Texto en *Colección Legislativa de España*. Sentencias del TS, primer semestre de 1865.

(97) GUTIÉRREZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 4.^a edición, 1875, tomo 3, p. 141.

(98) Esta regulación independiente demuestra a juicio de RODRÍGUEZ ADRADOS que la Pragmática nunca fue aplicable a los testamentos en esta materia (“La Pragmática...”, cit., p. 674).

(99) FERNÁNDEZ CASADO indica que se levantó “injusto griterío contra este artículo” pues no se interpretó adecuadamente por la generalidad y se pidió su reforma que vino a “sancionar un desacierto” (ob. cit., p. 465).

(100) *Gaceta de Madrid* de 10 de noviembre de 1888 y de 26 de julio de 1889 (puede verse la reproducción en *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, edic. Senado, 1989). También pueden verse ambas redacciones en las cuidadas versiones del código de LÓPEZ LÓPEZ y MELÓN INFANTE (*Código Civil, versión crítica del texto y estudio preliminar*, 1967) y de LALAGUNA (*El Código Civil y sus reformas*, varias ediciones, utilizada la de 1996, comprensiva, lógicamente, de la vigente redacción por Ley 30/1991, de 20 de diciembre).

(101) Véase LÓPEZ y MELÓN: ob. cit., pp. 27 y ss.

La variación terminológica endureció, al menos expresamente, el requisito de la fe de conocimiento. Con la redacción primitiva cabía (102) la interpretación de que el notario debía conocer al testador, y cuando no interviniera notario sino que fuera ante testigos, éstos debían conocer al testador (a salvo en ambos casos de poder utilizar testigos de conocimiento); con la segunda redacción no bastaba el conocimiento del propio notario sino que se precisaba también el conocimiento de dos de los testigos.

El sistema fue objeto de críticas por un amplio sector doctrinal (103). No obstante, el sistema se mantuvo hasta la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, en cuya virtud se suprimió como requisito general el concurso de los testigos.

V.F) La fe de conocimiento en las pólizas.

En la actualidad, al integrar un cuerpo único de notarios los tradicionales notarios y corredores de comercio, debe entenderse que hay una inclinación a la unificación en esta materia, aunque exista diversidad reglamentaria, y en línea con la normativa notarial apuntada.

Ciertamente, las distintas normas reglamentarias subsisten en lo necesario y en este sentido hay que recordar que algún artículo del Decreto 853/1959, de 27 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los corredores de comercio, se pronuncia con cierta confusión; de lo que se trata es que el fedatario “se ha asegurado de la identidad”; es decir, éste ha realizado un proceso intelectual al final del cual ha llegado a la “convicción” de que la persona cuya firma interviene es efectivamente la misma cuya identidad (nombre y apellidos) figura en el documento (104).

Asegurarse de la identidad o identificar al interesado es lo que precisa el artículo 95 del Código de Comercio (“asegurarse de la identidad y capacidad legal”), el artículo 33 del citado Reglamento (“se asegure... de la identidad”) o el artículo 82 del mismo (“se asegurará de la identidad”).

Nada se dice acerca de los procedimientos para asegurarse de esa identidad a diferencia de la legislación notarial examinada y si es requisito que debe constar en la “intervención”. Parece razonable entender que los medios recogidos en el artículo 23 LN, debidamente adaptados,

(102) Cabía entenderlo como se expresa en el texto aunque otros lo entendían en el sentido de que todos los testigos debían conocer al testador y por tanto la segunda redacción facilitó el requisito (*vid.* LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, t. IX, vol. 1.º A, 1990, pp. 350 y ss.).

(103) *Vid.* VENTOSO: *ob. cit.*, pp. 351 y ss.

(104) Sobre el concepto de aseguramiento como sinónimo de convicción puede verse STS de 11 de octubre de 1997 (RJ 7460).

son de aplicación si bien se ha considerado innecesario que el cumplimiento de la identificación conste explícitamente y basta con la fórmula “con mi intervención” (105); probablemente por ello el citado artículo 81 del Reglamento indica lo que ampara esa intervención.

Parece claro, pues, que hay que evitar fórmulas como la de dar fe de la identidad, capacidad, etc., empleada muchas veces, especialmente hace tiempo dado que hoy, por ese contagio de las clásicas formas notariales, se suele hacer indicación a la identificación o a asegurarse de la identidad en clara referencia a un juicio.

V.G) La fe de conocimiento en el actual artículo 17 bis LN.

Si lo expuesto anteriormente es claro y no se pone en duda que estamos ante un juicio, resulta perturbador y criticable la terminología utilizada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social en su artículo 115 modificando la LN e introduciendo el artículo 17 bis.

Este artículo 17 bis tiene como finalidad contemplar el soporte electrónico para el documento notarial; en el apartado a) del número 2 señala que “con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

Si antes decíamos que la expresión “fe de conocimiento” era inexacta, la de “fe de la identidad de los otorgantes” la empeora, como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ ADRADOS (106). Como señala este autor, al Derecho lo que le interesa no es la identidad sino la identificación que, como hemos venido diciendo, en nuestro campo puede llevarse a cabo bien a través del conocimiento directo por el notario o por alguno de los procedimientos indicados en el artículo 23 LN, pero estamos ante un juicio que en el supuesto ordinario de identificación por medio de documentos de identidad será “un juicio de comparación” de la persona del compareciente con los datos que figuran en dicho documento.

(105) MOYA: *Temas de fe pública mercantil*, dir. ALMOGUERA, 1998, p. 152.

(106) RODRÍGUEZ ADRADOS: conferencia sobre “El nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado y otras incidencias en la Legislación Notarial de la Ley 24/2001” del 14 de noviembre de 2002 en la Academia Matritense del Notariado. Pendiente de publicar; utilizo notas facilitadas amablemente por el autor. Hoy puede consultarse en *Revista Jurídica del Notariado*, número 48, octubre-diciembre 2003.

Si la expresión “dar fe de la identidad” ya de por sí es criticable, aún resulta más si tenemos en cuenta que a continuación el artículo 17 bis señala que se debe dar fe de que “a su juicio” tienen capacidad aparentando que contrapone el campo de la fe, en el que se instala la identidad, y el del juicio, en el que reside la capacidad. Ambos tienen un distinto ámbito pero en los dos casos estamos ante un juicio.

Sin duda, el que el cauce fuera una Ley de las conocidas como de Acompañamiento ha provocado un texto tan escaso de rigor técnico en este extremo, especialmente en esta Ley 24/2001, en la que el capítulo XI del título IV, en la que se introdujo esta modificación del citado artículo 17 bis no estaba en el Proyecto y se articuló “en el debate parlamentario y cuando la andadura del Proyecto iba por el Senado lo que demuestra una cierta precipitación y un cauce legal que desde el punto de vista científico no merece aplauso” (107).

(107) VENTOSO: *Comentarios a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, dir. CAZORLA, 2002, p. 286. Nuestro juicio acerca de este tipo de leyes no es favorable, por eso en otra ocasión decíamos que “si estamos refiriéndonos a una ley de acompañamiento todo lo que se refiere a rigor hay que tomarlo con precaución y, en consecuencia, «puede suceder de todo»” (“Carácter formal de la calificación registral”, *La Ley*, de 25 de noviembre de 2002, p. 2).

LA PRAGMÁTICA DE ALCALÁ. OTORGAMIENTO Y FIRMA (*)

ANTONIO PÉREZ SANZ

Notario

Abordo, en este estudio, casi esbozado, de la Pragmática de Alcalá y de su significación en la evolución del documento notarial, la regulación que hace del acto del otorgamiento de las escrituras y de sus requisitos en su doble sentido de forma y reflejo documental, todo ello con especial referencia a su firma.

Y el estudio lo enfoco desde la perspectiva de que la Pragmática, culminando una evolución o innovando, pues son estos dos aspectos los que se pueden encontrar en su regulación, lo que hace, en definitiva, es perfilar el nuevo notariado que pretende instaurar y el nuevo documento notarial que va a establecer, según creo, al servicio de la sociedad y al servicio, también, del nuevo orden político, social y jurídico que se propusieron los Reyes Católicos.

A primera vista, parece claro que al legislador sólo le preocupa que las cartas recojan el contrato, como medio de prueba veraz y eficaz del mismo. La regulación de la Pragmática está encaminada a que este medio

(*) Texto de las palabras pronunciadas en el acto de Conmemoración del Quinto Centenario de la Pragmática de Alcalá, celebrado en el Colegio Notarial de Madrid el día 5 de junio de 2003.

de prueba sea completo. Trata de garantizar, insisto, el medio de prueba estableciendo rigurosos requisitos formales al documento para que sea fiel trasunto de la voluntad contractual de los otorgantes, de modo que no quepa, como dice, que “las partes sean engañadas sin saber lo que otorgan”, y para que después, “al tiempo en que piden las dichas escrituras en limpio”, no se altere lo verdaderamente pactado, pues la experiencia había demostrado que “algunas veces se añaden e otras se menguan las fuerzas e otras cosas”.

Sin embargo, como luego veremos, la Pragmática, en su configuración de la función del escribano y del documento notarial, va más allá de la visión del mero testigo cualificado y del documento-prueba para acabar apuntando y quizá instaurar el documento-forma contractual, con valor sustantivo para el nacimiento del contrato, sin perjuicio de conservar sus funciones probatorias; perfilando al escribano como el redactor de ese documento, controlador de su justicia y eficacia y titular de la fe pública que, por mandato de la sociedad y del Estado, se confiere a su intervención.

Por eso ordena con precisión, no sólo el acto de otorgamiento del contrato que recogen la escrituras, sino su reflejo documental.

Dice a este respecto: “e que así como fueren escritas las tales notas, los dichos escrivanos las lean presentes las partes e los testigos. E sy las partes las otorgaren las firmen de sus nombres. E sy no supieren firmar, fyrrne por ellos cualquiera de los testigos, o otro que sepa escribir; el qual dicho escribano haga mynción cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir. E sy leyendo la dicha nota o registro de la dicha escritura fuere algo añadido o menguado, que el dicho escribano lo aya de salvar e salve en fin de la tal escritura, antes de las firmas, porque después no pueda aver dubda de si la enmienda es verdadera o no; e que los dichos escrivanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, syn que primeramente al tiempo del otorgar la nota ayan sido presentes las dichas partes e testigos, e firmada como dicho es”.

Esta minuciosa regulación del otorgamiento de las escrituras, con su reflejo documental, ha sido objeto de grandes alabanzas, diciendo, al respecto, OTERO Y VALENTIN, que “quedando bien determinado el acto solemne del otorgamiento y la unidad en su celebración, con presencia de otorgantes y testigos a la consagración instrumental” se crea “el rito instrumental moderno”.

Es lo cierto que, sin embargo, estas apreciaciones parecen un tanto exageradas, pues ya el Fuero Real (1.8.5) y las Partidas (3,18,54) imponían al escribano que a presencia de otorgantes y testigos les mostrara quiénes eran los contratantes y en qué manera contrataban, leyendo la nota ante todos ellos.

La lectura de la nota y la prestación del consentimiento, en un solo acto y a presencia de otorgantes, testigos y escribano, eran, pues, requisitos vigentes al tiempo de publicarse la Pragmática.

Pero no deja de tener trascendencia que se aclare e insista en que, como dirán DÍAZ DE MONTALVO y más adelante FEBRERO, “el escribano debe oír el contrato hasta el fin, “cerciorarse de la voluntad y convenio de los contrayentes”, extender el documento con arreglo a esa voluntad, por sí o por medio de sus auxiliares, y leer ese documento presentes otorgantes y testigos, como requisito previo para el otorgamiento por las partes contratantes, quienes, como corroboración de su consentimiento al contrato y al contenido del documento, firmarán la escritura y todo ello “para que se haga más cierta su pública fe”, como dirá COVARRUBIAS.

Y el valor que se atribuye a este otorgamiento, publicación o absolución, se reafirma prohibiendo la expedición de la copia (carta signada según la terminología de la Pragmática) “syn que primeramente al tiempo de otorgar de la nota ayan seydo presentes las dichas partes e testigos e firmada como dicho es”.

Lo que sí es innovador en la Pragmática es la exigencia de la narración documental del acto del otorgamiento, la firma de la escritura por los otorgantes y la autorización del documento por el escribano, signando la carta o escritura.

Todo ello es una consecuencia lógica del nuevo sistema de única redacción, de tal forma que la nota se extiende “por extenso”, y la carta, es decir, el instrumento que circula, la escritura signada consiste en la mera reproducción de su matriz.

El legislador pone ahora el acento en la nota, cuya redacción, hasta entonces, había quedado al buen criterio del escribano.

Preocupado de que esa nota sea fiel trasunto de lo pactado, con el fin de garantizar esta fidelidad del escrito respecto de la voluntad de los otorgantes, no sólo impone los requisitos de su otorgamiento, sino que exige su narración en el documento.

Redacción escrita íntegra del negocio, lectura del documento escrito, consentimiento expreso, firma de otorgantes y autorización por el escribano, vienen así, desde entonces, a ser elementos esenciales del documento original notarial, en orden a la propia exteriorización y formalización de la voluntad contractual y en orden a la prueba y, en definitiva, a la justicia y, por ende, a la plena seguridad jurídica del contrato celebrado.

Lectura para que los otorgantes y testigos tengan pleno conocimiento de lo que los primeros otorgan y del negocio jurídico que presencian los segundos. Lectura dirigida a que los otorgantes “entiendan” los contratos, que impide la aceptación sin conocimiento completo del negocio y

que deja al documento notarial a salvo de la *exceptio Schaedulae non lectae*, excluyendo el error o el desconocimiento del contenido documental.

Consentimiento o, como dice la Pragmática, otorgamiento, es decir, expresión verbal y formal de la voluntad contractual.

Pero lo importante, como veremos seguidamente, es que, a partir de la Pragmática, no basta con la expresión verbal de este otorgamiento, sino que exige que esta verbalidad se proyecte en el propio documento mediante la firma del otorgante. La exigencia hay que interpretarla como una manifestación más de la necesidad de dotar al instrumento público de rigor y, por ende, de pleno valor, evitando, por otra parte, “muchas falsias en el presente Reyno, en mucho daño, y evidente perjuicio de los Regnícolas”.

Ni el Fuero Real ni las Partidas exigieron la firma de otorgantes en la nota; a lo sumo, en el Espéculo se previó la firma de los testigos.

La firma es una consecuencia lógica y debida del consentimiento, que se expresa verbalmente, pero se ratifica o materializa mediante la firma, que tiene así el significado de expresión del consentimiento contractual y, asimismo, de aceptación o asunción de lo narrado en el documento por el escribano. La firma, como dirá FERNÁNDEZ CASADO, viene a ser la representación gráfica y auténtica de una persona y la prueba material y visible de su conformidad con el escrito que la precede.

En el mismo sentido, añade MORENO que con su firma los otorgantes “corroborarán la certeza de la (escritura) y ratifican la verdad de su contenido. Esta es la causa que las leyes han tenido presente para revestir a los instrumentos de esta nueva solemnidad y para prescribirla como indispensable”.

Ciertamente, la decisión de la Pragmática muestra una postura evidentemente progresista, sobre todo si se tiene en cuenta que el analfabetismo estaba en aquella época tan extendido que puede calificarse de general.

Y es progresista porque, por encima de las dificultades que suponía este analfabetismo, los Reyes Católicos comprendieron la importancia que el requisito supone para dotar de pleno valor al documento notarial. Se trata de un paso decidido y valiente. Una innovación que los propios Reyes Católicos no se atrevieron acometer en la Ordenanza que dictaron sobre los Escribanos de Sevilla de 1492.

La Pragmática, al imponer la firma, prevé el supuesto, tan frecuente, de que los otorgantes no supieran firmar, al que la doctrina equiparó prontamente el de que, aun sabiendo firmar, no pudieran hacerlo. A tal efecto ordena que en tal caso “firme por ellos cualquiera de los testigos, o otro que sepa escribir”.

No exige la Pragmática la narración documental de la firma de los

otorgantes, pero, al contrario, cuando no firman, todos o alguno de ellos, requiere la expresión de la firma por sustitución, “el cual dicho escribano hará mención cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir”.

La innovación que supuso la firma de lo que hoy llamamos escrituras matrices se demuestra claramente en los Formularios y protocolos notariales.

En los Formularios del siglo xv se recoge el otorgamiento o prestación de la voluntad contractual con estas o parecidas fórmulas: “por que esto sea firme e non venga en duda...” “porque esto es verdat otorgamos esta carta ante fulano escrivano al qual rogamos”, pero no se hace alusión alguna a la firma de otorgantes.

Es a partir de la Pragmática cuando los Formularios aluden a la necesidad de la firma, personal o suplida. En este sentido es esclarecedor el formulario recopilado bajo el título *NOTAS DEL RELATOR*, atribuido a FERNANDO DÍAZ DE TOLEDO, cuya primera edición impresa es de 1490, siendo objeto de posteriores ediciones ya vigente la Pragmática. Pues bien, ni en la incunable ni en las posteriores, que reproducen y completan la primera, de Burgos, de 1520 y 1531, que he consultado, en sus diversas fórmulas no se menciona para nada la firma de otorgantes. Curiosamente la edición de 1520 recoge un modelo, no existente en las anteriores, de póliza de seguros en el que ya aparece la expresión “en firmeza de lo qual firmamos de nuestros propios nombres y firmas”.

Los formularios elaborados en el siglo xvi, vigente la Pragmática, por escribanos de la época, advierten claramente que los otorgantes deben firmar las escrituras y que, si no saben, firmará por ellos “cualquiera de los testigos, o otro que sepa escribir” (1).

(1) Transcribo, seguidamente, las siguientes fórmulas e indicaciones que aparecen en el Formulario de ROQUE DE HUERTA: *Recopilación de notas de escrituras públicas*, edición de Juan de Junta, Salamanca, 1551.

Fol. 1v: “En firmeza de lo qual lo otorgue ante el escribano y notario publico y testigos de yuso escriptos. Que fue fecha y otorgada en tal lugar a tantos dias de tal mes y de tal año: estando presentes por testigos a lo que dicho es fulano y fulano y fulano etc. Y el dicho otorgante lo firmo en el registro desta carta al qual yo doy fee que conozco.”

Fol. 2v: “Que fue fecha y otorgada esta carta en tal lugar a tantos dias del mes de tal año. Testigos fulano y fulano: en presencia de los quales testigos y de mi el escribano infraescripto lo firmo el dicho otorgate: al qual doy fe que conozco. Fulano”

Fol. 8 vuelto: “Y porque esto sea cierto y firme y no venga en dubda otorgue esta carta de venta y todo lo en ella contenido ante fulano escribano y notario publico que esta presente: al qual rogue que la escriviesse /o hiciesse escrevir, y la signase con su signo: y a los presentes que della fuesen testigos. Que fue fecha y otorgada/ en tal parte/ a tantos dias de tal mes/ y de tal año: testigos fulano y fulano y fulano. El otorgante ha de firmar: y ha de dar fee el escribano que le conosce: e si no lo conoce han de jurar dos testigos que es el mismo que lo otorga”

Fol. 21 r y v: “Y porque esto sea cierto y firme y no venga en dubda otorgue esta carta de

La consulta de los Protocolos anteriores y posteriores a la Pragmática nos permite comprobar el carácter innovador del requisito de la firma de los otorgantes, que no aparece en los anteriores a 1503 y, a partir de la Pragmática, fue generalmente aceptado y cumplido, pues no sólo firman los otorgantes las escrituras o se suple su firma en la forma allí prevista, sino que los documentos expresan si se llevó a efecto la firma personalmente por aquéllos o fue suplida por testigos.

La escueta referencia a la firma no dejó de plantear problemas que la doctrina estudió, proponiendo soluciones que aquí no podemos exponer por razones de tiempo.

Creo, sin embargo, que el aspecto más trascendente de la innovación que supuso la exigencia de la firma de la escritura por los otorgantes no fue totalmente advertido ni por la Pragmática ni por la doctrina, porque la firma de la nota por los otorgantes alcanza a la plena eficacia del negocio, pero esa plena eficacia no lo es sólo probatoria, sino sustantiva.

Tendremos que llegar a época reciente para que la doctrina, civilista e incluso notarialista, alcance a comprender la verdadera transformación que la Pragmática supone para la contratación, pues con ella se pasa de la carta o escritura prueba del contrato verbalmente formalizado a la carta forma de expresión escrita del consentimiento contractual.

El legislador es consciente de la importancia que, en lo sucesivo, va a tener la nota que forma el protocolo, pero, según creo, no llega a comprender la plena eficacia, no sólo probatoria, sino sustantiva, de la forma del instrumento público. Enlaza así la Pragmática con la contratación *in scriptis* del Derecho justiniano, donde el *instrumentum publice confectum*

poder en la manera que dicho es ante el escribano y notario publico /y testigos de yuso porque esto sea cierto y firme y no venga en dubda otorgue esta carta de venta y todo lo en ella contenido ante fulano escribano y notario publico que esta presente: al qual rogue que la escribiese o hiciese escrevir, y la signase con su signo: y a los presentes que della fuesen testigos. Que fue fecha y otorgada/ en tal parte/ a tantos dias de tal mes/ y de tal año: testigos fulano y fulano y fulano. El otorgante ha de firmar: y ha de dar fee el escribano que le conosce: e si no lo conoce han de jurar dos testigos que es el mismo que lo otorga” escriptos: : al qual rogue y pedi que la escribiese o hiziesse escrevir, y la signase con su signo: y a los presentes que fuesen dello testigos. Fecha etc. Testigos fulano y fulano etc. E yo doy fee que conozco. Y porque dixo que no sabia firmar rogo a fulano que firmasse por ella el qual lo firmo, fulano y fulano. E yo fulano escrivanoi de sus Majestades que presente fuy a lo dicho es en uno con los dichos testigos: y por ende fize aquí este mis signo en testimonio de verdad. fulano”.

Que fue fecha y otorgada/ en tal parte/ a tantos dias de tal mes/ y de tal año: testigos fulano y fulano y fulano. El otorgante ha de firmar: y ha de dar fee el escribano que le conosce: e si no lo conoce han de jurar dos testigos que es el mismo que lo otorga”.

Fol. 25 r: Y las dichas partes que presentes estavan dixeron que consentian / y consintieron en la dicha partición y division en todo y por todo/ ANSI y según y de la forma y manera que en ella se contiene. Testigos que fueron presentes a lo que dicho es fulano y fulano etc. E firmaron los otorgantes. E yo doy fee que conozco”.

del tabelión produce los efectos sustantivos del contrato. Y estos efectos sustantivos se aplican a toda clase de escrituras, tanto si la ley las requiere como requisito formal al *solemnitatem*, como si son las partes las que convienen atribuirles este valor. La escritura, salvo por la vía de reconocimiento del artículo 1.224 de nuestro Código Civil, no puede probar un negocio jurídico anterior, sea oral o escrito, público o privado. La escritura, en cuanto documento dispositivo, tiene por función ser ella misma la declaración de voluntad. Y por ello, a partir de la Pragmática, se exige que las escrituras vayan firmadas por los otorgantes, firma personal o firma suplida en los términos que establece.

Se da así un paso definitivo en el camino que va desde la contratación verbal a la escrita. Y sin duda ese paso hay que encontrarlo en el requisito de la firma de los otorgantes, que exige, innovando, la Pragmática, porque la firma es la expresión escrita de la “conformidad” o “ratificación y autorización” del contrato. Mediante la firma, el consentimiento ya no se expresa de palabra, sino por escrito. La firma adquiere así un valor declarativo de prestación del consentimiento, de aquí que se eleve a requisito, a solemnidad de la nota.

Este importante cambio nos muestra la modernidad de la Pragmática, dando respuesta a la propia evolución de la contratación, que, a tenor del propio desarrollo cultural de los pueblos, va abandonando la oralidad y asumiendo la forma escrita, al menos en los ámbitos más trascendentes y económicamente relevantes del tráfico jurídico.

Paso, seguidamente, a referirme a otros dos elementos del otorgamiento que la Pragmática cita y regula: la intervención de testigos y la autorización del documento por el escribano.

En materia de testigos, la Pragmática ni innova ni, por otra parte, regula con precisión. Reafirma su necesidad y exige que estén presentes en el acto del otorgamiento.

Se dudó si en los documentos *inter vivos* debían ser dos o tres, dudas que perduran en el tiempo hasta que la Ley del Notariado fijó el número en dos, subsistiendo el requisito, más que con finalidad probatoria, como solemnidad del instrumento público, hasta que las leyes de 1 de abril de 1939 y 20 de diciembre de 1991 suprimieron la necesidad de testigos instrumentales en las escrituras relativas a actos *inter vivos* y testamentos, respectivamente.

Aunque no lo dice claramente, se ha entendido que la Pragmática exigió que las escrituras expresaran los nombres de los testigos, requisito establecido en las Partidas. Por el contrario, ante el silencio de la Pragmática, se mantuvo y aplicó en la práctica que no era necesaria la firma de los testigos en la carta, porque, en definitiva, esa firma lo único que corro-

boraría es la presencia de los mismos en el acto, presencia garantizada por la fe del escribano (2).

Concluye la carta con su autorización por el escribano, autorización que se manifiesta estampando su signo, firma y rúbrica, como expresión

(2) La presencia de testigos planteó problemas que hoy nos parecerían curiosos.

El primero de ellos el de quién debería designar los testigos. Parece lógico pensar que deberían ser los otorgantes los que eligieran los testigos, aunque no sería de descartar que fuera el propio notario quien los proporcionara. La práctica se orientó por la designación por el notario, si bien, como freno a estas designaciones, el artículo 71 del Reglamento Notarial, copiado del antiguo, dice que los otorgantes pueden oponerse a que determinadas personas sean testigos de la escritura, a no ser que se otorguen en virtud de la ley o mandamiento judicial. Y en el Reglamento de 30 de diciembre de 1862 se disponía: "En caso de necesidad, y a instancia del Notario, las autoridades locales deberán gubernativamente compeler a alguno o a alguno de los vecinos a que acudan para ser testigos de un instrumento público", precepto que no pasó al Reglamento de 1874.

La publicación de la Ley del Notariado en 1862 y el reconocimiento explícito de la fe pública notarial hizo que los notarialistas se plantearan la necesidad y razón de ser de intervención de los testigos en los instrumentos públicos.

Dos son las posturas mantenidas a este respecto, expuestas con sólidos argumentos por Salvador de TORRES AGUILAR y FALGUERA.

Para TORRES AGUILAR, la intervención de testigos es incompatible con la fe pública notarial. Fundamentó su criterio en que la fe pública es indivisible. Desde el momento en que el Estado atribuye al notario la fe pública extrajudicial, no son necesarios los testigos. Su intervención es incompatible con el notariado, tal como quedó definido por la Ley de 1862. La intervención de los testigos únicamente puede admitirse consignando que el notario tiene a medias la fe pública, lo que equivale a negar al notariado.

Ciertamente la intervención de testigos puede ser admisible en una organización notarial en la que éste queda reducido a un mero custodio, un archivero de documentos a los que se desea dar autenticidad pública y garantizar su conservación, pero su autorización no es necesaria en el momento solemne del otorgamiento, la fe reside únicamente en el dicho de los que contratan y en el aserto de los que están presentes. En este sistema, desaparecida la fe notarial, debe existir intervención de testigos. Dos son, dice, los principios con arreglo a los que puede ordenarse el notariado: o el notario es un archivero de los documentos a que se desea dar autenticidad pública, y en este caso desapareciendo la fe notarial, debe existir la intervención de los testigos, o es un funcionario autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran, y en tal caso no son necesarios los testigos, pues la asistencia de éstos vendría a suponer que el notario tiene a medias la fe pública.

FALGUERA, por su parte, estimó que la intervención de testigos ni es incompatible con la fe notarial ni la devalúa. A su juicio, no hay ni puede haber división de fe pública, ni la fe pública testifical al lado de la notarial envuelve una especie de desconfianza. Sin llegar a desarrollar la idea esencial de que la fe pública notarial va mucho más allá del valor testimonial, precisa que la intervención de los testigos en el instrumento público notarial se establece a efectos testimoniales. El notario ha dejado de ser un testigo del negocio que otros celebran y un mero conservador de los documentos en que constan dichos negocios. La intervención de testigos no cuestiona ni devalúa la fe pública notarial.

La doctrina notarialista posterior ha criticado la intervención de testigos en el instrumento público, entendiendo que no puede tener otro significado que el de mera formalidad, formalidad que finalmente ha sido suprimida en las Leyes de 1939 y 1991.

y prueba material de esa autorización y consecuencia de su autoría del documento.

Hasta la publicación de la Pragmática, el signo, firma y rúbrica del escribano era requisito lógico en la carta, "escritura signada" o "en limpio", donde el escribano debía al final "facere y su signo e escribir y su nombre". Por el contrario, la nota abreviada que constaba en el registro del escribano no tenía, en general, firma de otorgantes ni testigos, ni manifestación gráfica de su autorización por el escribano.

La Pragmática confirma la suscripción de la carta o escritura destinada al tráfico o al proceso, exigiendo que sea reproducción literal de las que "estovieren en el registro, salvo la suscripción".

La doctrina discutió si era preciso esa suscripción, es decir, el signado y firma de todas y cada una de las escrituras autorizadas que formaban el protocolo o bastaba el signado de los "libros de registro" en el testimonio o diligencia de cierre al final de cada año (3).

(3) La Pragmática innova, una vez más, pues hasta su publicación no se imponía el signado y firmado por el escribano de las notas de sus Registros.

La redacción de la nota era posterior al otorgamiento. La contratación ante el escribano era oral. Las partes comparecían ante el escribano y, en presencia de los testigos, tomaban los acuerdos que estimaban pertinentes. El contrato quedaba así formalizado. No había redacción escrita del contrato por el escribano ni firma de otorgantes y testigos. Luego, a la mayor brevedad posible, el escribano, sólo, redactaba en el Registro la nota de lo que ante él se había acordado (normalmente sobre la base de apuntes tomados en el acto de la contratación o inmediatamente después). La nota no se firmaba ni por otorgantes y testigos, que ya no estaban presentes, ni por el propio escribano. Los términos de la redacción de la nota quedaban al buen criterio del escribano, en definitiva, era una nota interna, destinada a acreditar y probar el contrato y, cuando lo pedían los otorgantes —lo que no siempre ocurría—, a servir de base para la redacción y expedición de la carta en pública forma, con el signo, firma y rúbrica del escribano. Luego, en el Registro, al margen de la nota, el escribano hacía su señal, su rúbrica, para indicar que se había expedido carta pública de aquella nota. Las notas, normalmente, no expresaban el nombre del escribano ante el que se otorgó el negocio, lo que es lógico, pues se trataba de archivos privados, propios del escribano. Normalmente expresaban el lugar y fecha de otorgamiento. Sin embargo, en Sevilla, BONO, en su interesante trabajo sobre los Protocolos Sevillanos de la época del Descubrimiento, reseña dos peculiaridades de estos protocolos: 1. No se incluía en la nota la fecha (salvo excepciones) porque ésta resultaba de su intercalación en el protocolo, y la determinaba el epígrafe cronológico precedente (p. 39); y 2. A partir de la Ordenanza de los Reyes Católicos sobre los Escribanos de Sevilla, dictada el año 1492, las notas han de firmarla los testigos (no los otorgantes ni el escribano público autorizante), con la peculiaridad de que dichos testigos habrían de serlo escribanos de Sevilla (*scriptores* o colaboradores cualificados de los escribanos públicos, figura peculiar existente según la tradición de aquella ciudad y que normalmente acababan accediendo a la escribanía pública). El signado y firma por el escribano era requisito propio de las cartas públicas que expedían a solicitud de los otorgantes.

Cuando la Pragmática de Alcalá impone la redacción y suscripción completa del instrumento que formará protocolo, los escribanos se preguntan si deben suscribir, signando y firmando, el documento. La respuesta no debió de ser uniforme, pues siguieron formándose protocolos sin la suscripción de los documentos por los escribanos, que se limitaban a una suscripción

La Ley del Notariado zanjó la cuestión exigiendo la firma y rúbrica del notario en cada escritura por él autorizada.

Una reflexión final a modo de conclusión. La firma electrónica y el llamado documento notarial electrónico no pueden ignorar las bases que dejó sentada la Pragmática que celebramos. El notario es y debe seguir siendo el redactor del documento; debe acreditar una completa formación jurídica, para informar la voluntad de los particulares; y para ejercer un eficaz control de legalidad y regularidad de los negocios que otorgan, a su presencia, los contratantes y cuyo consentimiento formalizan con su firma en las escrituras que aquél autoriza. Ciertamente, la sociedad hoy es muy distinta de la que se ha desarrollado durante los quinientos años que nos separan de aquella norma, como muy distintas son las técnicas actuales. Pero subsiste la necesidad y utilidad del notariado y del documento notarial que se configuraron en 1503 y se completaron y perfilaron desde entonces, muy especialmente con nuestra todavía vigente Ley de 1862. El mérito de los notarios actuales y del legislador será adaptarlos a la técnica y a las necesidades del tráfico actuales.

general al fin del año. En la práctica, en casos de fallecimiento o cese del escribano. Esta práctica debió plantear problemas a la hora de cotejar las firmas de las matrices y las cartas expedidas. Para resolverlas, el ORDENAMIENTO DE LAS CORTES DE TOLEDO DE 1525, dictado por los reyes doña Juana y don Carlos a petición de los procuradores, se pronuncian en los siguientes términos: "Asimismo suplicamos a vuestra Majestad mande que los escrivanos públicos signen sus registros de escripturas y contratos que hizieren, porque después de muertos ay dificultad en conocer su letra y pónese en dubda en los contratos y escripturas, lo que no haría si fuesen signadas.= A esto vos respondemos que porque es cosa justa y bien de nuestros rreynos, mandamos que se haga y cumpla como nos lo suplicays, y mandamos a todos los escrivanos del número y escrivanos y notarios públicos de nuestros rreynos e señoríos que asy lo guarden y cumplan, so pena de privación de sus ofiçios". La disposición tuvo escaso éxito y corta duración, pues doña Juana y don Carlos, en 1532, en Cortes de Segovia, ordenaron el signado de los "libros de registro" y no las matrices aisladas.

Con relación a estas disposiciones, los Protocolos de Cuenca aportan una curiosa relación documental. En el Protocolo del escribano Alonso de Molina, correspondiente al año 1525, aparece la siguiente nota: "En el nombre de Dios Nuestro Señor y todo sea a su santo servicio amen. Oy jueves a cinco días de octubre de mil e quinientos veinticinco años vino a mi noticia la premática de sus majestades sobre el synar las escrituras en el Registro". A esta nota, el siglo XVIII se añadió la siguiente apostilla: "oy treze de octubre de 1760 Vi Yo Joachin Ramirez de la Torre Escribano del Rey Nuestro Señor y del número de esta Ciudad de Cuenca y su tierra, lo contenido arriba de que me dio gran golpe", debió sorprender al escribano del año 1760, cuando ya era norma general el signado de todas las escrituras, que en 1525 se pudieran autorizar instrumentos públicos sin el signo, firma y rúbrica, del escribano.

UNA VALORACIÓN DE LA PRAGMÁTICA DE ALCALÁ

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

El significado de la Pragmática de Alcalá de 1503 en la política de los Reyes Católicos, y sus principales contenidos jurídico-notariales, han sido cumplidamente puestos de relieve por quienes me han precedido en el uso de la palabra. Me voy, pues, a limitar, como epílogo de esta celebración de su V Centenario, a insistir sobre algunos de esos aspectos jurídicos y a recordar respecto a cada uno de ellos ciertos datos –Derechos anteriores, Derechos coetáneos, Derechos posteriores, Derechos actuales– para facilitarles a ustedes la formación de su propia opinión sobre la trascendencia de la Pragmática.

I. El punto más llamativo de la Pragmática de Alcalá es sin duda su mandato de *redacción extensa* de las notas de las escrituras públicas.

A) La Pragmática conserva el *sistema bi-instrumental* que la legislación alfonsina había tomado del Derecho común y éste de una costumbre que Francisco DE ACCOLTIS o DE ARETIO (aproximadamente, 1418-1486) retrotrae a los tiempos de BÚLGARO, el primero de los cuatro Docto-

res discípulos del fundador IRNERIO (*Casus* de la glosa *In hiis autem*, a II, 3.23.pr.); en su virtud, para cada acto notarial son necesarios dos documentos, generalmente llamados *imbreiatura* e *instrumentum publicum* en el Derecho común, nota y carta en el Fuero Real y en las Partidas, nota y escritura signada en la Pragmática de Alcalá. Había que prevenir la pérdida o deterioro del documento de tráfico y detectar sus posibles manipulaciones o la creación de documentos falsos; se imponía, pues, ese desdoblamiento: un primer documento, que quedaba en poder del notario, con el que se pudiese cotejar el documento que circulaba en la vida y que hiciera posible su renovación o la expedición de nuevos traslados para los particulares.

Pero el sistema no era sólo de doble documentación, sino además de *doble redacción*. Esos dos documentos en que se desenvolvía no tenían un texto idéntico, sino que el primero de ellos, la *nota*, era un documento abreviado, en el que se omitían solemnidades o requisitos formales del instrumento, especialmente —según un pasaje de ULPIANO referente a la rendición de cuentas por los argentarios o banqueros (D, 2.13.6.6)—, los que figuraban en las tablillas anteriores y que no era preciso repetir; pero además se omitían cláusulas sustanciales, referentes a renunciaciones de leyes y de beneficios y a otros pactos que se estimaban acostumbrados en el tipo de negocio documentado. En consecuencia, el *instrumento público* o carta no podía limitarse a transcribir la imbreiatura o nota, sino que al redactarlo el notario tenía que “alargarlo” o “extenderlo”, introduciendo todas aquellas cláusulas formales y sustanciales que se habían omitido en la nota, si bien, como advierten las Partidas, “non mudando, nin cambiando ninguna cosa de la substancia del fecho” (P, 3.19.9), de la sustancia del negocio documentado en la nota; la carta no era, pues, una “copia” de la nota, sino un documento distinto de ella sobre el mismo negocio.

La *Pragmática* (capítulo I) impone la redacción extensa de la nota: “en la qual dicha nota se contenga toda la escriptura que se oviere de otorgar por extenso; declarando las personas que la otorgan; e el día, e el mes, e el año, e el lugar o casa donde se otorga; especificando todas las condiciones, e pactos, e cláusulas, e renunciaciones, e submisiones que las dichas partes asyentan”; de manera que al expedir el instrumento público “ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estoviere en el registro, salvo la suscripción”; y ello bajo sanción de nulidad: “que no las den signadas sin que primeramente ... se faga todo lo suso dicho; so pena que la escriptura que de otra manera se diere sygnada sea en sy ninguna, e el escribano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynábile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse” (capítulo I, *in fine*).

Podría pensarse que, a consecuencia de esta unidad de redacción, la Pragmática había pasado a un sistema uni-instrumental parejo al de la Ley del Notariado de 1862, en el que el documento de tráfico es una simple “copia” de su “matriz”; pero no es enteramente así. La escritura signada de la Pragmática no es una mera copia, sino que conserva alguna singularidad respecto a los otros traslados autorizados de la nota, ya que su capítulo VI remite a las Partidas 3.19.10 y 11 en tema de expedición de nueva escritura signada por deterioro, pérdida o sustracción de la primeramente emitida, y además incorpora estas dos leyes de Partida como anexo a la Pragmática misma; y conforme a ellas, en la cláusula de suscripción de la nueva escritura signada, el notario tiene que decir: “yo fulán, escribano público, fuy presente en todas las cosas que dice en esta carta, e por ruego de las partes la escribí, e puse en ella mio signo. E esta carta fize yo mismo otra vez, e agora la refize”. En la cláusula de suscripción de la escritura signada el notario tiene, pues, que afirmar, a diferencia de lo que ocurre con las meras copias, que él mismo estuvo también presente en el otorgamiento de la nota; se incurre así en algo tan antinotarial como el dar fe actual de cosas pasadas, “*de praeteritis*” (*tabellio non potest conficere instrumenta de preteritis*, escribió BALDO, †1400, *In Decretales...*, comentario a X, 2.22.1, *Si scripturam*); y sin embargo, en ello se basa toda la doctrina, y la misma terminología, de la escritura “original”, expedida por el mismo notario que autorizó la nota y la ha conservado, por lo que, como dice FEBRERO (1.^a, III, XVI.11; año 1775), a diferencia de otros traslados de la nota, dados “por *concuerta*”, “hace plena fe en juicio, trae aparejada ejecución y no debe redargüirse de falsa civilmente, porque es *probatio probata* ... bien que puede ser redargüida absoluta y criminalmente si en realidad es falsa y suplantada”. La “nota” no asciende totalmente a “matriz” y la “escritura signada” no desciende enteramente a “copia”; el sistema de la Pragmática de Alcalá conserva así algún rastro de bi-instrumentalidad.

B) Examinemos esta primera cuestión desde el punto de vista crítico. La obvia limitación al “alargamiento” de la nota que expresaban las Partidas no eliminaba toda la inseguridad resultante de la posible discordancia entre el instrumento público y la nota de que procedía. El *Derecho común* creyó encontrar la solución en la pronta extensión o alargamiento del documento abreviado en un *documento intermedio*, del que luego el instrumento público fuera simple transcripción, lo que daba lugar a un sistema tri-instrumental; se pretendía con ello que el alargamiento lo verificara casi siempre el mismo notario que autorizó la nota, y que éste pudiera conservar aún fielmente en su memoria todo lo ocurrido. En Francia, el sistema de documento intermedio, que había instaurado Feli-

pe el Hermoso en 1304, perduraba en los tiempos de la Pragmática, insistiendo en él las Ordenanzas de Luis XII, 1510, y de Francisco I, 1539. Era el Derecho que, bajo la influencia al parecer del Derecho francés, regía en los otros Derechos españoles no castellanos, al menos desde mediados del siglo XIV, reinando Pedro IV el Ceremonioso, o el del *Punyalet*: en Aragón, por el Fuero *Statuimus* de 1348, los notarios tenían que escribir en su registro “completa e íntegramente”, en el plazo de seis meses, los instrumentos que abreviadamente habían recibido en sus protocolos o cabreos; en Cataluña, por la Constitución “*A occorrer a la desidia*”, Cortes de Perpiñán de 1351, los notarios tenían dos meses para escribir en sus libros de notas “largament ordenada” y sin “etcéteras” la carta que hubieran recibido; por aquellos años, el mismo Rey –en Valencia Pedro II– daba tres meses a los notarios valencianos para registrar “complidament” los actos recibidos. Fue Felipe V, al terminar la Guerra de Sucesión, quien introdujo en toda España la Pragmática de Alcalá (en rigor, la Nueva Recopilación que previamente la había recibido) o bien los principios que la inspiraban.

Aragón: “*Statuimus et ordinamus, quod omnes Notarii Regni Aragonum, postquam receperint instrumenta in prothocolis seu capibrevibus suis, teneantur infra sex menses in suo registro propria manu complete et integre ea ponere seu scribere per literas et non per abbreviaturas vel signorum obscuritates. Alias Notarius qui contra praedicta, vel aliquod praedictorum fecerit officium Notariae seu Tabellionatus perpetuo sit privatus*”. (Estatuimos y ordenamos que todos los Notarios del Reino de Aragón, después de que recibieren los instrumentos en sus protocolos o capibreves, estén obligados a ponerlos o escribirlos en su registro dentro de los seis meses, de su propia mano, completa e íntegramente, por letras y no por abbreviaturas u oscuridades de signos. En otro caso, el Notario que hiciere contra lo predicho o algo de lo predicho, será privado perpetuamente del oficio de Notaría o Tabelionato.) (Pedro IV, Cortes de Zaragoza, 1348; Fueros, 1.^a, libro IIII, título De Tabellionibus, fol. 100r.)

Cataluña: “*A occorrer a la desidia* que en los Notaris, e tabellions fins aci es estada, volem, statuim, e manam, que qualsevol Notari o Scriva qui la ferma de alguna carta rebra, scriga o scriure faça en sos capbreus o libres de notas la nota de dita carta largament ordenada, e per consequentia de letras dictada, axi que en aquella nota no sie alguna abbreviatura, que per la paraula *etcetera* fins assi es acostumada esser feta, la qual nota certament scriure, o fer scriure sie tingut dins dos mesos apres la ferma de tots los contraents e dels altres qui aquella carta hajan a fermar entreposada compradors...”. (Para remediar la desidia que hasta aquí ha habido en los Notarios y tabeliones, queremos, statuimos y mandamos que cualquier Notario o Escribano que reciba el otorgamiento de alguna carta, escriba o haga escribir en sus cabreos o libros de notas la nota de dicha carta largamente ordenada y extendida mediante secuencia de letras, de manera que en aquella nota

no haya ninguna abreviatura como por la palabra *etcétera* como hasta aquí se ha acostumbrado a hacer, cuya nota sea tenido ciertamente de escribir o de hacer escribir en los dos meses después del otorgamiento de todos los contratantes y de los otros que hayan de aprobarla y entregada a los compradores.) (Constituciones, 4.13.4: Pedro III, en Cortes de Perpiñán, 1351.)

Valencia: “tots los notaris ... juren que notaran e registrarán complidament dins spau de tres mesos la tenor de les notes y contractes que reebbran segons forma del present capitol” (Pedro II, IV de Aragón).

En la práctica, sin embargo, las cosas se complicaban todavía más. En Cataluña, por ejemplo, regía en teoría ese sistema tri-instrumental de doble redacción: la primera nótula o aprisia se escribía en un libro llamado protocolo, borrador o borrador; luego se “extendía” la nota en el libro de notas o manual; y finalmente se expedía el instrumento público; pero sólo debían existir dos redacciones, pues tenían que coincidir la nota del manual y el instrumento público; con frecuencia, sin embargo, la extensión de la nota en el manual se quedaba a medio camino, con lo que la redacción se convertía también en triple. Por otra parte, nos dice COMES en su *Viridarium* (I, año 1704), cuando somos requeridos en el foro, en la calle, fuera de la notaría (*si forte in foro, in via, seu extra scribaniam rogati sumus*), tomamos una primera anotación en una hoja suelta (*in foleo volante*), que luego pasamos al protocolo o borrador, con lo que el sistema se ha convertido en cuatri-instrumental, y puede llegar a las cuatro redacciones, por ser mucho más esquemática la de la hoja suelta que la del borrador. Y tanta complicación sólo servía para aumentar la inseguridad; sin necesidad de entrar en las discusiones de los autores del Derecho común, baste recordar los pleitos que aún a fines del siglo XVI y principios del XVII daba lugar en Cataluña el alargamiento de los documentos abreviados o *aprisias*, según las sentencias de su Real Audiencia que comentan CÁNCER en sus *Resolutiones* (I; año 1594), FONTANELLA en sus *Decisiones* (II, 399, 400 y 401; año 1645) y XAMMAR, en sus *Definitiones* (41 y 115; año 1657). La superioridad del sistema de la Pragmática de Alcalá resulta evidente.

Claro es que la innovación introducida por la Pragmática no surgió *ex nihilo*. Contaba con el *antecedente* de los documentos públicos con contenido de Derecho público (documentos de la Cancillería Real; documentos de los Concejos, Audiencias y Juzgados, en los que actuaban, sin incompatibilidades, los mismos escribanos del número, etc.), en que los escribanos o notarios nada podían añadir a lo decidido por la autoridad cuyos actos documentaban. Lo mismo sucedía, ya en la esfera de la documentación privada, en los negocios *in scriptis* que arrancan de la ley *Contractus* en su versión del Código de Justiniano, 4.21.17 (año 528), esto es, aquellos que por acuerdo de las partes habían de celebrarse por escrito, sólo

por escrito y no de otra manera, y tenían por tanto que escribirse en su totalidad. También la práctica notarial acudía en ocasiones a la redacción extensa, sobre todo respecto de los negocios no repetitivos, como los testamentos. Precedente concreto se encuentra en el Cuaderno de disposiciones dadas al Concejo de Murcia en Cortes de Valladolid de 1322, durante la minoría de edad de Alfonso XI, en que se ordena “que todo notario ponga en las notas de qualesquier contractos que fiziere todas las rrazones dellos, conplida e espacificadamente según pasare entre las partes”.

“(4) Otrosí, por rrazón que los notarios muchas vezes poníen en las notas de los contractos la rrazón dellos tan brevemente, que quando otro notario sacaba la carta de alguna dellas ponía y más o menos o mudaba la manera non cuydando lo fazer, e desto nascía muchos yerros e dannos porque todos non saben de una guisa el curso de la notería, pidiéronme mercet que mandase que todos los notarios pusiesen en las notas todas las rrazones conplidas de los contractos. Por que tengo por bien e mando todo notario ponga en las notas de qualesquier contractos que fiziere todas las rrazones dellos, conplida e espacificadamente según pasare entre las partes” (AHDE, XIV, 1942-1943, p. 540).

Todos estos precedentes no parece que empañen el mérito de la Pragmática de Alcalá, que se adelantó a su época.

En la actualidad, el sistema de la Pragmática es seguido en todo el mundo; ha desaparecido esa “extensión” o “alargamiento” de la matriz, tanto en la expedición del instrumento público como en un artificioso documento intermedio. Lo que evidencia la superioridad de su sistema.

II. La nota extensa tenía que escribirse necesariamente en un *libro de protocolo encuadernado*. Es el segundo punto de la Pragmática de Alcalá de que voy a ocuparme.

A) Aquel documento intermedio entre la imbreviatura o nota y el instrumento público o carta tenía que escribirse conforme al Derecho común ya evolucionado en un *libro*, única manera de asegurar su conservación, libro que, como hemos visto, muchas veces era llamado “protocolo”. Desconocido en el Fuero Real, este libro es consagrado en las Partidas 3.19.9: “Tenudos son los Escribanos públicos de las Cibdades e de las villas, de guardar e fazer estas cosas que aquí mostramos: primeramente, que deben tener un libro por registro, en que escriban las notas de todas las cartas, en aquella manera que el Juez les mandare, o que las partes, que mandan y fazer la carta, se acordaren ante ellos”. Las Partidas introducen en este texto una evidente y fundamental innovación respecto del

Derecho común, porque en su libro-registro no se anotan, debidamente ampliadas, unas preexistentes notas primeras, sino que éstas se escriben directamente en el libro; pero se escriben, como hemos visto, abreviadas; hay, pues, un progreso y un retroceso de las Partidas en comparación con el Derecho común.

Se trató de una postura bien meditada; el *Espéculo*, que no es otra cosa que la primera redacción de las Partidas, imponía ya a los escribanos de las ciudades y de las villas la misma obligación de “haber un libro para registro en que escriban las notas de todas las cartas”, pero “desta manera”: “debe fazer primeramente la nota, e pués que fuere acordada ante aquellos que la mandaren fazer, débela escribir en el registro, e romper la nota, e fazer la carta” (4.12.8). Existía por tanto una nota inicial, pero una vez escrita en el libro-registro, la nota se rompía y no quedaba más que la anotación del registro, de la que se expedía el instrumento público; el procedimiento de romper el documento que precisamente había sido acordado por las partes no podía ser más antijurídico, pero muestra el deseo de superar el tri-instrumentalismo del Derecho común, recuperando la bi-instrumentalidad; el texto definitivo de las Partidas lo conseguirá por otro camino, el de redactar la primera nota directamente en el libro-registro.

La novedad más conocida de la *Pragmática de Alcalá*, la creación del protocolo (capítulo I), arranca incluso literalmente de este texto de las Partidas: “Primeramente ordeno e mando que cada uno de los dichos escribanos hayan de tener e tenga un libro de prothocolo enquadernado de pliego de papel entero; en el qual haya de escribir e escriba por extenso las notas de las escripturas que ante él passaren e se ovieren de hazer”. También aquí se impone la sanción de nulidad, aunque fuera negada nada menos que por COVARRUBIAS (*Practicarum Quaestionum* XIX.2; †1577): “que no las den signadas sin que primeramente se asienten en el dicho libro e protocolo ... so pena que la escritura que de otra manera se diere sygnada sea en sy ninguna, e el escribano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynábile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse” (capítulo I, *in fine*). Se refunden así, por elevación, las aportaciones del Derecho común y de las Partidas; el nuevo libro protocolo va a comprender las escrituras “extensas”, como el libro intermedio del Derecho común, pero además escrituras “originales”, como en las Partidas.

El libro, la colección, podía con razón llamarse “registro” en el *Espéculo*, puesto que registro, de *res gestae*, cosas hechas, implica anotación, toma de razón, registración, de un documento anterior; pero la expresión era ya inadecuada en las Partidas, en que tales documentos anteriores no existían, de manera que en el libro se escribían documentos originales; y mucho menos hubiera cuadrado la denominación de “registro” al sistema de

la Pragmática, en la que estos documentos, además de originales, eran extensos; conscientes de ello, los autores de la Pragmática acudieron a la palabra “*protocolo*”, indebidamente usada muchas veces en el Derecho común para la colección de los documentos intermedios, y aun para la de los documentos primeros, que se conservaban cosidos, pero perfectamente ajustada al sistema de la Pragmática porque su primer componente, *protos*, primero, bien puede referirse a los documentos primeros o iniciales que *in extenso* contiene.

La palabra “protocolo” aparece en la Novela 44 de Justiniano, *De tabellionibus*, año 537, redactada totalmente en griego, y se conservó en griego en la traducción latina de esa Novela hecha en Bolonia hacia el año 1100, denominada *Authenticum* por creerse que era el texto original. Se llamaba “protocolo” –de *protos*, primero, y *kollon* pegar–, la primera hoja del documento tabeliónico, a la que se iban pegando las siguientes en el procedimiento de “rollo” o de “volumen” utilizado para la formación de documentos y libros. En la Novela 44 se llama protocolo a las expresiones iniciales del documento que implicaban alguna intervención estatal en su papel, para reforzar su autenticidad y fundamentar una exacción fiscal. Al desaparecer tal intervención, “protocolo” pasó a significar sencillamente el comienzo de la escritura, en la que el notario solía resumir, a manera de epígrafe, su contenido. Y en el sistema tri-instrumental se llamó impropriamente protocolo al libro en que se asentaban los documentos intermedios o iniciales.

A pesar de la Pragmática, y quizá por el peso de las Partidas, la colección de escrituras continuó denominándose “registro”, y la palabra “protocolo”, casi hasta las vísperas de nuestra Ley del Notariado de 1862, se siguió aplicando a las matrices individuales.

La palabra “registro” sigue primando sobre la de protocolo en muchos países hispano-americanos. En la Argentina se llaman “escribanos de registro” los que ejercen la función notarial, frente a otros escribanos con titulación académica, pero sin protocolo, que se dedican a otras actividades, como los escribanos referencistas, etc.).

B) Veamos también algunas consideraciones críticas, favorables y desfavorables. La introducción del protocolo constituyó un gran éxito en todo el territorio de la Corona de Castilla; a partir de 1503 se encuentran verdaderos protocolos en todos sus Archivos Notariales. Los registros que existen en los otros territorios españoles, a veces de mayor antigüedad, no contienen documentos originales, salvo excepciones muy concretas, por lo que no son protocolos, aunque se les llame así; son colecciones de documentos intermedios, extensión de los originales, o incluso de estos últimos; los protocolos no llegan realmente a existir en ellos hasta que se promulga la Nueva Recopilación, con inclusión de la Pragmática de Alcalá, o se adoptan sus principios por disposiciones propias: en Navarra, por la Ordenanza V de las promulgadas en 1527 por el Presidente del

Real Consejo de Navarra Don Diego de Avellaneda, Obispo de Tuy; en Valencia, por Decreto de Felipe V a raíz de la guerra de Sucesión, 1707; en Cataluña, por las Reales Ordenanzas dictadas de 1736 y, en cuanto a los notarios colegiados de Barcelona, por las Reales Ordenanzas de 1755; en Mallorca, por Instrucción de 1753 del Visitador General Don Manuel Ramos; y en Aragón, en fecha no determinada al ser su introducción consuetudinaria, posterior al Fuero de 1528, "*Forma para testificar los actos por los Notarios*", de que luego hablaremos, pero muy anterior, al parecer, a la Guerra de Sucesión.

El éxito del sistema fue también total en Hispanoamérica, aunque en muchas partes se prefiera, según hemos adelantado, el nombre de "registro" al de "protocolo"; incluso en algunos países, como Argentina, Nicaragua y Paraguay se declaran nulas y sin valor las escrituras que no estén extendidas en el libro protocolo en el lugar que cronológicamente les corresponda. En cambio, en Europa el protocolo no fue recibido, a pesar de los esfuerzos que hizo Carlos I en los Países Bajos y Luxemburgo; sólo los "Libros de Notas" de Portugal son protocolos, aunque los juristas los consideran institución típica de su Derecho.

El protocolo ha contribuido así a distinguir, como signo el más visible, dos grandes familias dentro del Notariado de tipo latino, porque aunque siempre rija la matricidad y consiguiente obligación de los notarios de conservar las matrices, en algunos países se ha adoptado nuestro sistema de protocolo encuadernado y en otros no. Y en este último método, de conservación de las matrices por el notario sin formar colección encuadernada, la determinación de cuáles son los instrumentos autorizados se intenta controlar mediante un Libro Repertorio, de legalización e inspección generalmente judiciales, a manera de forma desarrollada de nuestros Índices; la inmovilización de las matrices en la notaría resulta en consecuencia muy inferior a la del sistema de protocolo, pues los notarios tienen que desapoderarse de una matriz siempre que lo disponga la ley o lo mande el juez (*semper oportet ostendere originale*, escribió DUMOULIN, *Commentarii in Consuetudines Parisienses*, VII.8.32), y no exclusivamente, como entre nosotros, cuando "aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito" (art. 32.2 LN); aumentan así los riesgos de pérdida o deterioro de las matrices, al tiempo que se abre paso a su consideración como medios directos de prueba, y no sólo de cotejo de las copias; tampoco puede haber propia protocolización de documentos no protocolares, puesto que no hay protocolo, pero se sustituye por la puesta de un documento en el lugar o en el rango de las matrices.

La regulación del protocolo que hizo la Pragmática de Alcalá es, por otra parte, demasiado escueta y presenta algunos defectos.

— Ante todo imponer, al menos en su letra, *el procedimiento de libro previamente encuadernado*, apropiado para un Registro de documentos pre-existentes, que hay que asentar, pero no para acoger documentos originales; en Castilla hubo divergencias doctrinales y prácticas respecto a la formación del protocolo, para acabar imponiéndose la encuadernación *a posteriori*; en Hispanoamérica, la encuadernación previa fue adoptada por Méjico, donde sus diversos Estados, a quienes compete la Legislación Notarial, tratan de evitar sus deplorables consecuencias prácticas, mientras que otros países, como Argentina, Perú y Uruguay siguen con variantes un sistema intermedio, de encuadernación posterior de hojas protocolares remetidas formando cuader-nillos.

— No delimitar perfectamente el *ámbito a que se extiende el sistema de protocolo*. La Pragmática se refiere, en efecto, a las “notas de las escrituras”, frente a las “notas de todas las cartas” que decían las Partidas, lo que pone de manifiesto la existencia de instrumentos no protocolares, a los que se refiere concretamente su capítulo IV, dándoles el nombre de “*testimonios*”. La mayoría de estos testimonios existentes en la práctica serían hoy calificados de “actas”, y considerados por tanto como instrumentos protocolares; la falta de regulación de la Pragmática ocasionaría su omisión en la Ley del Notariado, las dudas de la doctrina y de la Dirección General a partir de 1862, y el error persistente entre los autores de que las actas son mera creación de los Reglamentos Notariales, cuando siglos antes existían en gran número encubiertos bajo esa denominación de testimonios; se puede especialmente comprobar su construcción dogmática en Juan José SÁNCHEZ (“Nobleza”, II.IV, núms. 43 y 66; año 1797), y la variedad de sus aplicaciones en las “Breves instrucciones en práctica ... para escribanos” de Carlos ROS (año 1753).

Esta omisión de la Pragmática de Alcalá ha tenido otra curiosa consecuencia en la *República Argentina*. El Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD (año 1869), vigente en toda la República, en su artículo 979 considera instrumentos públicos: 1.º, a “las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo”, y “2.º, cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos ... públicos en la forma que las leyes hubieren determinado”; y al amparo de este precepto, las Provincias (recordemos que la Argentina es un Estado Federal, cuyos Estados se denominan Provincias) empezaron a regular las actas notariales, que el Código desconocía. Ha surgido así una diversidad de competencia legislativa.

— La Pragmática, finalmente, enturbió su sistema con la posibilidad que indica el final de su capítulo I de que los escribanos “*tomen las tales escrituras por registro, memorial o en otra manera*”; se trataba de un reconocimiento de la libertad profesional de cada escribano para organizar su trabajo en la forma que mejor le pareciere, pero al no hacerse precisión alguna dio ocasión para que se intentara resucitar la anterior instrumentación en minuta, y la colección de minutas en minutarios (“*minuteros*”), los llamaría CASAS Y MORAL, año 1861), primero como especialidad valenciana (ROS-BUSTOSO, *Cartilla Real*, años 1737/1816; ALVARADO DE LA PEÑA, *Cartilla Real*, año 1829) y después también para Castilla o con carácter general a toda España (Juan José SÁNCHEZ, *Nobleza*, II.IV, 1797; SALA, *Ilustración*, año 1803; GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos*, año 1825?; ESCRICHE, *Diccionario*, voces *Bastardelo* y *Mi-*

notario, años 1838-45; *Diccionario* de GONZALO DE LAS CASAS, en las mismas voces, II y VII, años 1853 y 1857, y *Tratado elemental* de Don Juan Ignacio MORENO (año 1847), y llegó a admitirse en el Proyecto de 1859 de Ley de Notariado; lo que hubiera supuesto el fracaso total de la Pragmática de Alcalá.

III. Pasemos a un tercer punto, la *fe de conocimiento*, conforme al capítulo II de la Pragmática de Alcalá.

A) La función de identificar a los otorgantes no se atribuyó originariamente al notario como tal, sino por ser testigo, *sicut et testis* que escribió BALDO (*In IIII et V Codicis Librum Commentaria*); la glosa había exigido tal identificación a los testigos mediante la generalización de algunos textos muy concretos y excepcionales del Derecho romano (en especial, Glosa *Cognoscant*, a CJ 6.3.22.2), pues según éste era una labor que correspondía a la persona del otro contratante, del que contrataba con él.

“Qui con alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius; heredi autem hoc imputari non potest, quum non sponte cum legatariis contrahit” (D, 50.17.19; ULPiano, libro XXIV ad Sabinum).

La identificación, por otra parte, era un requisito meramente extradocumental, que no precisaba de expresión en el documento mismo.

Estas ideas son recibidas en el Derecho alfonsino, pero con una notoria bifurcación. El Fuero Real y el Espéculo prohíben a los escribanos la autorización si no conocen a las partes, e inician el sistema supletorio de conocimiento por testigos. Las Partidas, con visión mucho más moderna, parten del supuesto de que el escribano no conoce previamente a los otorgantes y le encomiendan la misión de identificarles, sin ensayar ningún procedimiento supletorio.

Fuero Real, 1.8.7,pr.: “Ningún Escribano no faga carta entre ningunos homes, menos de los conocer, e de saber sus nombres, si fueren de la tierra; e si no fueren de la tierra, los testigos sean de la tierra, e homes conocidos”.

Espéculo, 4.12.11: “Conocer debe el escribano los homes entre quien faze las cartas por sí o por otros, quel sepan dezir quien son”.

Partidas, 3.18.54: “e debe ser muy acucioso el Escribano, de trabajarse de conocer los homes a quien faze las cartas, quien son, e de qué lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningund engaño”.

Y mientras que en tema de protocolo la *Pragmática de Alcalá* arrancaba del texto de las Partidas, en el de identificación que ahora nos ocupa prescinde de las Partidas y continúa la línea del Fuero Real: impone al

escribano la denegación de funciones si no conoce a los otorgantes, y desarrolla el sistema supletorio de identificación por testigos de conocimiento del Espéculo y del Fuero Real, que las Partidas no habían recibido.

Pragmática de Alcalá, capítulo II (según el *Libro de las Bulas y Pragmáticas* del escribano de los Reyes Católicos Juan RAMÍREZ): “Otrosí ordeno e mando, que si por ventura el tal escribano no conosciere a alguna de las partes que quisieren otorgar el tal contrato o escritura, que no la faga ni reciba, salvo si las dichas partes que así no conosciere presentaren dos testigos que digan que los conocen, e que faga mención dello en fin de la tal escritura, nombrando los testigos, y assentando sus nombres y de donde son vecinos”.

Hasta aquí la Pragmática introduce desarrollos, más que innovaciones, respecto del Fuero Real. Pero en la versión de la Pragmática de Alcalá que figura en la Nueva Recopilación (4.25.14) y pasaría a la Novísima Recopilación (10.23.2), se añade al texto transcrito del *Libro de las Bulas y Pragmáticas* de RAMÍREZ un inciso final, un estrambote, “y si el escribano conosciere al otorgante, dé fe en la suscripción que le conoce”. El conocimiento de los otorgantes por el escribano se convierte así en un requisito intradocumental, en una solemnidad del instrumento mismo, cuya omisión originará su nulidad, al menos en principio, porque no estando ella declarada en el capítulo II de la Pragmática existía base para que pudieran excluirse de la nulidad aquellos supuestos en que el escribano de hecho conocía a los otorgantes, sin que lo hubiera dicho en el documento, según opinaron SALON DE PAZ (*Ad Leges Taurinas insignes Comentarium*, núms. 1.282 a 1.285; año 1568) y Juan GUTIÉRREZ (*Practicarum Quaestionum*, I, quaestio 144; año 1589).

Existe, pues, un problema histórico; si ese inciso final figuraba en el texto original de la Pragmática de Alcalá sancionado por la Reina Isabel y lo omitió Juan RAMÍREZ; o si el texto originario es el de Juan RAMÍREZ, y el inciso fue añadido con posterioridad; entre 1541 y 1551, según defendí en otra ocasión. No voy a volver sobre ello, porque lo ha tratado esta misma tarde mi compañero Alfonso VENTOSO; porque la cuestión no puede resolverse con seguridad dado que el texto original de la Pragmática de Alcalá parece que no se conserva en el Archivo de Simancas, como se creía; y porque en cualquier caso, a partir de 1567, en que se promulga la Nueva Recopilación, la norma legal contiene el inciso final indicado.

La innovación resulta así fundamental, porque la identificación de los otorgantes, como ya hemos dicho, no era en el Derecho común una solemnidad del instrumento, un requisito del documento mismo; lo que empezó a consignarse en los documentos fue precisamente la no identificación de los otorgantes, la afirmación del notario de que no les conocía, a

fin de evitar que de su individualización por el nombre y apellidos que decían tener se dedujese que el notario los conocía, lo que podía acarrearle graves consecuencias civiles y penales; se seguía así la dirección marcada por el canonista Juan ANDRÉS (†1348), que permitía la comparecencia de “tal, que se nombró tal”, *talis qui se nominavit talis* (*Additiones* al *Speculum iuris* de Guillermo DURANTE, parte 2.^a, fol. 129v). Estas ideas tuvieron mucho influjo en los Derechos españoles no castellanos, Aragón y Cataluña; mientras que en Valencia aflora ya en 1418 la expresión documental positiva del conocimiento de los testadores. Los adules andalusíes la consignaban respecto de toda clase de otorgantes en los alrededores del año 1000, según demuestra el *Formulario Notarial del cordobés Ibn al-Attar*.

Aragón, Fuero “Por tirar ocasión de fabricación de cartas falsas”, 1451: “e si no lo conoscían, que en tal caso el Notario haya a testificar aquél en tercera persona, e dezir que una persona que se nombró por tal nombre, la qual él, è los testimonios, o alguno dellos no conoscían, firmó el dicho instrument, carta o contracto” (Fueros, IV, título “De fide instrumentorum”, 10, *De Tabellionibus*, Cortes de Zaragoza de 1451, Juan II, Rey de Navarra y Aragón).

Cataluña: “Item statuim, y ordenam ab la mateixa loatio, y approbatio (4.14.25: “ab loatio, y approbatio de la present Cort”), que qualsevol Notari qui sera instat, y request per alguna persona la qual ell no conexera, que testifique, o reba algun acte, no puga testificarlo, ni rebel que personas dignas de fe, e conegudes per ell nol asseguren que la dita persona es tal com se anomena, y en lo acte se haja de narrar qui son les persones que la conexen, y no narrantles sia tinguda per coneguda del dit Notari, y vinga carrech dell, y los actes que seran rebuts sens guardar la solempnitat en la present Constitutio contenguda sian de ningun effecte, y valor” (Felipe III, en Cataluña Felipe II, primeras Cortes de Barcelona, 1599, Constitutions et Altres Drets de Cathalunya, 4.14.26).

El sistema se conserva, mezclado con el de la Pragmática de Alcalá, en las Reales Ordenanzas de 1736: “VI. Que el Escribano que no conociere a alguna de las partes, que quisiere otorgar algún contrato o escritura que no la haga ni reciba, salvo si las dichas partes que así no conociere presenten dos testigos que digan que los conocen, y en este caso haga mención de ello al fin de la escritura nombrando los testigos y sentando sus nombres y de donde son vecinos (Pragmática de Alcalá, II), y no haciéndose esta expresión, se haya el otorgante por conocido del Escribano y venga a su cargo, dándose por nulos los actos que sin esta circunstancia se otorgaren (Felipe III, 1599, Constituciones de Cataluña, 4.14.26); y si el Escribano conociere al otorgante, dé fe en la suscripción de que lo conoce (Pragmática de Alcalá, II)”.

Valencia: “Los scrivans, e notaris publichs qui reebrent testament, codicil, o altra darrera voluntat a algun: en lo dit testament, codicil o altra darrera voluntat hajen a fer menció si ells conexen aytal testador. Axi mateix hajen a scriure si los testimonis que serant presents a la confectio del dit testament, codicil o altra darrera voluntat conexen lo dit testador, o no, o si algun

dels dits testimonis lo conoxen, e altres no. E si tots les dits testimonis, e notari nol conexen, en tal cas lo notari qui haura reebut tal testament, codicil, o altra darrera voluntat dins tres jorns ho haja a manifestar al justicia de la dita ciutat, vila o loch on tal testament, codicil, o altra darrera voluntat sera feyt. E si tal dit notari no fara la dita manifestacio que dit punit axi como falsari” (Alfonso III, 1418).

B) La Pragmática, como todo el Derecho anterior, habla siempre de “conocimiento”, cuando el verdadero requisito de fondo radica en la “identificación” de los otorgantes, de manera que su conocimiento, por el notario o por los testigos de conocimiento, no es otra cosa que un medio de identificación. Bien es verdad que se trataba del único medio de identificación entonces existente, por lo que la imprecisión era disculpable; pero habría de convertirse en gravemente dañosa al aparecer en el siglo XIX la identificación mediante documentos. Todavía el artículo 23 de la Ley del Notariado (redacción de la Ley de 18-12-1946) y la mayor parte de la jurisprudencia entienden que son cosas distintas el conocimiento de los otorgantes y su identificación por medios supletorios, de lo que los Tribunales suelen deducir consecuencias jurídicas diversas cuando el resultado alcanzado es erróneo.

La expresión utilizada por la Pragmática, “dé fe ... que le conoce” induce, en efecto, a pensar por dos caminos distintos en que el conocimiento del otorgante es un hecho, incluso un hecho sensible, perceptible por los sentidos del escribano, y cubierto por la fe pública estricta; bien porque la identidad del otorgante sea efectivamente un hecho *in rerum natura*, o porque el hecho consista en el conocimiento previo del otorgante por el escribano; y cuando la identificación resulte equivocada ambos caminos conducen al delito de falsedad, a la responsabilidad penal del escribano, aunque el error haya sido arteramente preparado por la conducta del suplantador.

Así lo entendió ya Juan GUTIÉRREZ, el mejor comentarista de la Nueva Recopilación, pero con exclusión de la falsedad culposa: “Pues si debe hacer fe, por tanto tiene que atestiguarlo cierta y afirmativamente; luego si afirmara en contra de la verdad, comete falsedad, y está sujeto a lo que antes se dijo, cuando lo hiciere con dolo”. “Nam si fidem facere debet, ergo de certo et sic affirmative id testari videtur; igitur, si contra veritatem affirmet et committit falsum, et tenebitur ad id quod supra dictum est, quando dolo id fecerit” (*Practicarum Quaestionum*, I, quaestiones 143, 144 y 145).

El sistema de la “fe de conocimiento” de la Pragmática de Alcalá es actualmente seguido en muchas Repúblicas Hispano-Americanas, como Argentina, Colombia, Guatemala, Honduras, Méjico DF, Perú, Puerto Rico o Uruguay.

En el Derecho comparado hay también legislaciones que no exigen constancia documental del conocimiento de los otorgantes por el notario, que vienen a sobreentender cuando éste no ha empleado uno de los medios supletorios de identificación, con variedad de fórmulas, como Austria, Bélgica, Francia (Ley de Ventoso, y Decreto vigente 71/941) o Luxemburgo.

Otros países, aun declarando en general la nulidad formal del documento en que no conste la identificación de los otorgantes (África Central, Burkina Faso, Camerún, Gabón, Senegal, Togo, etc.) o exigiendo expresamente esa constancia (Alemania, Brasil, Italia o Portugal) no ponen en ella especial énfasis, ni dan pie para extraer consecuencias que exceden a su verdadera naturaleza, aunque la identificación se haya verificado por el conocimiento del notario.

Y también hay países que no admiten la identificación por conocimiento del notario (Grecia, República Dominicana) o la posponen a la identificación por documentos (Colombia).

IV. Un último punto voy a tratar; *la firma* de la nota por el otorgante u otorgantes y la manera de suplirla en el caso de que éstos no supieran (o no pudieran) firmar.

A) El *Derecho justinianeo* exigió la firma de los contratantes en la *Ley Contractus*, año 528, en la versión del Código de Justiniano, 4.17.21, ya citada (*subscriptionisque partis confirmata*); pero sólo lo hizo en cuanto a los contratos *in scriptis*, aquellos que las partes habían acordado contratar por escrito y no de otra manera. *ACCURSIO*, sin embargo, en su *glosa Servituti* a la ley *Generali* (CJ, 10.69.3) incluyó la firma de los otorgantes en el orden de toda clase de instrumentos (*septimo, subscriptio testium, et contrahentium*); pero en el *Derecho común*, quizá por el generalizado analfabetismo, prevaleció la idea de que la firma sólo era requisito indispensable cuando lo exigiese alguna norma especial o la costumbre; y en consonancia, las *Partidas* (3.18.54) omiten la firma de la nota por los otorgantes. En *Francia*, la firma de los otorgantes no fue exigida hasta la Ordenanza de Orleans de Carlos X, año 1560 y respecto a las escrituras de los notarios de París, hasta la Ordenanza de Blois, de 1579. Y en cuanto a los *Derechos españoles no castellanos*, la firma de los documentos notariales por sus otorgantes no es exigida en Navarra hasta 1527, en Aragón hasta 1528 y en Cataluña hasta 1736.

Navarra: “y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firme por ellos qualquiere de los testigos, o otro que sepa escrevir; y que el dicho Escrivano, haga mención cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escrevir”. (Ordenanza V, ya citada, de las hechas el 12-1-1527 por Don Diego de Avellaneda, siguiendo paso a paso el capítulo I de la Pragmática de Alcalá.)

Aragón: “ningún Notario del presente Reyno de Aragón pueda recibir, ni testificar acto, ni carta pública alguna ... sino que aquellas al tiempo que las testifica y haze testigos dellas en su prisia, ceda, protocolo o matriz escritura, ... se hayan de subscribir de sus propias manos los que los atorgaran, y los testigos si sabrán escrevir, o ternán disposición de sus personas para poder se escrevir, a discreción del Notario que los testificara ... E si la una parte sabrá escrevir y la otra no, se sotaescriba la que sabrá escrevir con los testigos que sabrán escrevir. E si los dos testigos sabrán escrevir y no las partes, se sotaescriban los dichos testigos sólo que sabrán escrevir. E si el uno de los dos testigos sabrá escrevir y el otro no, aquél se sota escriba por él y por el otro que no sabrá escrevir. E si alguna de las dichas partes y testigos, no sabrán ni ternán disposición de escrevir según dicho es; en lugar de aquellos haya de soscribirse en el tal acto el Vicario Rigente la Vicaría, o Beneficiado de la Parrochia dentro de cuyos límites los tales instrumentos, o alguno dellos, se testificarán”. (Carlos I en Cortes de Zaragoza, 1528. *Fueros y Observancias del Reyno de Aragón*, lib. III, fol. 99.)

Cataluña: “Antiguamente se cerraban los contratos de esta manera: *Actum est hoc*, etc., y los contraentes regularmente no firmaban, porque los manuales o protocolos no eran más que una reunión o compilación de notas más o menos explicativas de la voluntad de los otorgantes... Esta práctica produjo abusos que desterró SM por las Reales ordenanzas de 29 de noviembre de 1736, en cuyo artículo 1.º se mandó que “una vez extendidas las escrituras, las lean los escribanos, y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres y apellidos, y si no supieren firmar, firme por ellos cualquiera de los testigos, U OTRO QUE SEPA ESCRIBIR, y el escribano haga mención cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir” (CARDELLACH, *Jurisprudencia práctica*, 1862, p. 78).

La *Pragmática de Alcalá* (capítulo I) supone, por tanto, en este punto una innovación: “E si las partes las otorgaren («las tales notas»), las *firmen de sus nombres*. E sy no supieren firmar, fyrmes por ellos qual quiera de los testigos, u otro que sepa escribir; el qual dicho escribano hará mynción cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir ...; e que los dichos escribanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, syn que primeramente al tiempo del otorgar de la nota, hayan seydo presentes las dichas partes e testigos, e firmada como dicho es...”. Se trata de una firma nominal –“la firmen de sus nombres”–, y exigida bajo la misma sanción de nulidad del capítulo I, *in fine*, de la Pragmática que ya conocemos: “so pena que la escritura que de otra manera se diere sygnada sea en sy ninguna, e el escribano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynábile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse”.

La innovación es de la mayor importancia, puesto que completa la transformación de la escritura pública en un documento íntegramente escrito, en su forma y en su fondo. Originariamente, en efecto, la escritura

consistió en la documentación escrita de un acto o negocio oral, y con la Pragmática termina por ser un documento escrito de un acto o negocio también escrito; el principio de escritura cubre íntegramente negocio y documento. Este aspecto, que quizá no fuera pretendido por la Pragmática, suele pasar desapercibido para su lector y, en todo caso, no ha sido suficientemente resaltado; es preciso, por tanto, insistir sobre él, aunque tenga que repetir algunos aspectos de la magnífica exposición de mi compañero Antonio PÉREZ SANZ: el “texto” del negocio tiene que ser ahora escrito en su totalidad por el carácter extenso de la nota; y la “declaración” de la voluntad de los otorgantes asumiendo ese texto tiene que hacerse también por escrito por medio de su firma, pues precisamente por ello la firma viene exigida –o suplida– en todo caso. Examinemos más detenidamente el fenómeno, con separación de ambos aspectos.

La contratación, en tiempos de analfabetismo dominante, era ineludiblemente oral; incluso en la contratación por escrito, el acuerdo de las partes tenía que ser verbal. Por ello, en el proceso de formación del instrumento *publice confectum* o documento tabeliónico de los Derechos posclásico y justiniano y del instrumento público del Derecho intermedio, incluidos el Fuero Real y las Partidas, es decir, hasta la Pragmática de Alcalá, la rogación no era, como hoy, un mero requerimiento de prestación de las funciones notariales, sino que también contenía la manifestación oral de la voluntad de las partes ante el notario; la rogación era precisamente el momento en que las partes celebraban de palabra el contrato, que luego el tabelión escribiría; de aquí las disposiciones que exigen la presencia del notario en el acto de la rogación, y la limitación de efectos del documento a lo que hubiese sido “rogado” por las partes; *rogitum* es uno de los nombres con que fue conocida la imbreviatura o documento inicial. Pero tampoco cabe afirmar, en una terminología actual, que el documento así formado era un acta notarial de un acto verbal, y no una escritura pública, puesto que se trataba del momento oral de un procedimiento complejo dirigido a una documentación escrita; por ello, el documento resultante podía ser perfectamente “forma” del negocio documentado.

El texto del negocio, y el relato su otorgamiento, o prestación al mismo del consentimiento de las partes, se habían podido hacer por escrito ya en el *Derecho romano*; recordemos el testamento *per aes et libram* que nos describen las *Instituciones* de GAYO (II.101 y ss.) y las *Reglas* de ULPIANO (XX.9) y la estipulación en relación a un escrito (*ea omnia quae suprascripta sunt, dari?*, PAULO, D, 41.1.140 pr.). Pero el Derecho romano nunca prescindió, al menos teóricamente, de la oralidad de la manifestación misma de la voluntad, ni aunque ésta se narrase por escrito en el documento; era precisamente lo que hacía la cláusula estipulatoria (*stipulatus est ille, spondit ille*), que no sustituía a la estipulación oral, sino que

se limitaba a acreditar documentalmente que la estipulación oral se había verificado, sin posibilidad de otra prueba contraria que la de la ausencia de la ciudad de una de las partes durante todo el día, según estableció la *Ley Optimam*, dada por JUSTINIANO el año 531 (CJ, 8.38/37.14).

Las *Partidas* también exigen ese momento de oralidad en el otorgamiento de los instrumentos públicos, 3.18.54: “E de sí debe decir el Escribano a aquellos que mandan fazer la carta, si otorgan todo el pleyto en la manera que dice en aquella nota que leyó ante ellos. *E si dixerén que sí* deben fazer testigos aquellos que están delante, e después fazer la carta pública...”; y recogen en dos textos distintos, no enteramente coincidentes, el contenido de la *Ley Optimam* (P, 5.11.32 y 3.18.117). Pero el *Ordenamiento de Alcalá*, año 1348, precisamente para poner en vigor las *Partidas*, aunque fuera solo como Derecho supletorio, permitió que el otorgamiento mismo se hiciera también por escrito, al disponer en la *Ley Pareciendo* (Única del título 16) “e non pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación, que quiere decir prometimiento con ciertas solemnidades del derecho”; en consecuencia no llegó a entrar en vigor el título “De las promisiones” (5.11) de las *Partidas*, y resultó innecesaria la cláusula estipulatoria, pues el consentimiento al documento (otorgamiento) podía hacerse por escrito dentro del mismo.

En cierta medida la Pragmática de Alcalá se vincula a la *Ley Contractus* de Justiniano, pero no a la versión del Código, 4.21.17, que hasta ahora hemos venido citando, en que la escritura viene exigida por pacto, sino a la versión de las Instituciones, 3.23, pr., por la que en las compraventas que se hacen por escrito, aunque no existiera pacto previo que lo exigiera, cabe el desistimiento unilateral (*poenitentia locus est*) mientras el escrito no esté firmado, completo y absuelto. Téngase en cuenta, sin embargo, que la norma se refiere al contrato de compraventa, y aunque pueda extenderse a los otros contratos consensuales, quedaban fuera de ella los demás contratos, y entre ellos los verbales, como la estipulación, por la cual, como escribió RICCOBONO, “ha pasado ... toda la vida de Roma, en sus relaciones familiares, económicas, procesales, que mediante su impronta se transformaban en relaciones jurídicas” (*Stipulationes contractus pacta*, p. 2); la persistencia de la oralidad en la *stipulatio*, por desdibujada que fuera, suponía un obstáculo a la prestación del consentimiento por escrito que sólo quedaría barrido en nuestro Derecho por el Ordenamiento de Alcalá.

La novedad de la *Pragmática de Alcalá* consiste en haber descubierto y exigido en la escritura pública, en todo caso, el medio escrito por el que se verifica la declaración de voluntad, convirtiendo así en totalmente escrito el acto o negocio documentado. La declaración de la voluntad de un otorgante tiene que proceder del declarante mismo, porque sólo él conoce su voluntad interna, y únicamente él, por tanto, puede exteriorizarla.

Y tratándose de una declaración de voluntad por escrito en una escritura pública, solamente puede verificarse mediante su firma, que es lo único que los otorgantes escriben en el documento. La Pragmática de Alcalá, al considerar necesaria la firma de los otorgantes, hace que la declaración de voluntad, al igual que su texto, sea una declaración escrita.

La firma es, en efecto, una frase sincopada, la abreviación, la reducción a su momento esencial, de un texto que expresa más ampliamente la aprobación o el consentimiento de una persona al contenido del documento; nos transmiten ese texto, por ejemplo, las Partidas al tratar del testamento: “Otrosí dezimos que el fazedor del testamento debe escribir su nome en la fin de la carta, diziendo assí (diciéndolo, claro es, por escrito): Yo fulano, otorgo que fize este testamento, en la manera que es escrito en esta carta”. Es una firma “nominal” (“las firmen de sus nombres”, que dice la Pragmática) y que, salvo los supuestos de no saber o no poder firmar, tiene que hacer personalmente el otorgante mismo, de su puño y letra; porque –repitamos– sólo él puede exteriorizar su voluntad interna; por ello, estructuralmente, la firma no sólo es escritura, sino que es manuscritura.

La firma no es, pues, un requisito o solemnidad de la escritura, porque es la misma declaración de voluntad; “se llama solemnidad algo que se requiere en particular más allá del consentimiento” (*Solemnitas dicitur quicquid precipuum requiritur ultra consensus*), escribieron PALACIOS RUBIOS (†1524; *Glosemata Legum Tauri*, L. III, núm. LXIII) y Diego DEL CASTILLO (*Utilis et aurea glosa*, L. 3.^a, fol. 40v.; año 1527).

B) Señalemos, como siempre, un defecto de la Pragmática; guardar silencio sobre la firma, y el signo, del Escribano, a través de los cuales se exterioriza su dación de fe, con lo que se perfecciona el instrumento público por medio del cual los otorgantes quisieron contratar y efectivamente contratan; porque si los otorgantes contratan firmando, el notario da fe también por escrito, “signando, firmando y rubricando” (Reglamento Notarial, art. 196.2).

El Ordenamiento de las Cortes de Toledo de 1525, atendiendo la petición 31, subsanó la omisión, ordenando que todos los escribanos públicos “signen sus registros de las escripturas y contratos que hicieren”; pero las Cortes de Segovia de 1532, petición 86, mandaron que los escribanos “tengan sus registros cosidos conforme a la ley, y que sean obligados en fin de cada un año de signar los registros que ovieren hecho aquél año”; las Cortes de Toledo se referían a cada nota concreta; las Cortes de Segovia, a la colección; pero la Nueva Recopilación primero (4.25.12), y tras ella la Novísima Recopilación (10.23.6), mezclaron ambas disposiciones, y el signo de cada matriz vino a ser confundido con el signo de cierre del pro-

tocolo anual, por el cual se consideraban firmadas todas las matrices del año, según Juan GUTIÉRREZ (*op. cit.*, cuestiones 138 y 139), con lo que se regresaba al texto de ULPiano sobre la rendición de cuentas por los argentarios, sin que hubiera manera de aclarar qué sucedería con las escrituras del año del fallecimiento del escribano.

V. Quizá sea oportuno *concluir* haciendo una breve comparación de la Pragmática de Alcalá con la Constitución del Emperador Maximiliano I “Sobre el ejercicio del oficio de escribano”, al ser ésta una Constitución muy poco posterior (8 de octubre de 1512), dada por el padre de Felipe el Hermoso, consuegro por tanto de Isabel la Católica, y de gran importancia para el Derecho notarial de los territorios del Imperio y también para nuestros autores catalanes, como CARDELLACH (*Jurisprudencia práctica*, 1862) o MONASTERIO (*La fe de conocimiento*, 1884), que la citan casi como Derecho vigente, al tiempo que ignoran hasta la existencia de la Pragmática de Alcalá.

La Constitución del Emperador Maximiliano se extiende a numerosos aspectos referentes al notario, a su función, a la práctica notarial o a los testamentos, ajenos a la atención de la Pragmática de Alcalá; la Constitución aventaja, por tanto, a la Pragmática en la riqueza de su contenido, aunque no siempre acierte en sus disposiciones, ya que parte de una concepción testifical (núm. 1, *cum testium vice fungantur*) y sensorial (núm. 4, “*quod corporeis sensibus perceperit*”, “*in visu et auditu*”; también núms. 7,11) de la función notarial.

Pero si limitamos la comparación a los temas documentales en cuya regulación coinciden, la superioridad de la Pragmática de Alcalá sobre la Constitución del Emperador Maximiliano es evidente. El protocolo o registro de la Constitución de Maximiliano es un libro en el que, con excepción de los actos *in scriptis* (núm. 8) o en forma extensa (núm. 10), se deja constancia de *imbreuiaturas*, de documentos abreviados (núms. 9, 12, 14), incluso “bajo el signo etc.” (núm. 14), en los que sólo tienen que figurar las cláusulas esenciales con breves y sumarias palabras (*brevibus et summariis verbis substantiales clausulas ipsius actus*, núm. 7). De estas mismas imbreuiaturas, el notario ha de sacar en limpio (*ad mundum*, núm. 6) el instrumento público mediante la correspondiente *extensión* (núms. 6, 7, 14), mientras que si tuviera que intervenir un notario distinto, aunque le hubiere sido legado el protocolo, solamente puede expedir el instrumento público al pie de la letra, *de verbo ad verbum* (núm. 14), es decir, abreviado; y quizá para evitar los inconvenientes que de ello derivaban en caso de pérdida del instrumento o necesidad de nuevos ejemplares, se ordena al notario que incorpore a sus registros copias literales de los ins-

trumentos que expida (núm. 3); no hay, pues, como en el Derecho común, extensión de la imbreviatura en un documento intermedio prontamente redactado en un libro, sino extensión directa en el mismo instrumento público –cuya expedición puede demorarse a voluntad del otorgante– y registro de copia de este instrumento por si en lo futuro hubiera que expedir otros ejemplares; sistema inferior al del Derecho común y en todo caso muy inferior al de la Pragmática de Alcalá. Añadamos, en cuanto a los otros puntos tratados, que la Constitución del Emperador Maximiliano no exige (núm. 2) la identificación de los otorgantes (ni como componente de la función ni como solemnidad del instrumento), ni tampoco su firma.

Quizá el mayor defecto de la Pragmática de Alcalá sea aquel reducido ámbito; haberse limitado a una “Ordenanza de los instrumentos” en vez de una “Ordenanza de los tabeliones”, como fue muchas veces denominada. Era lógico hasta cierto punto su silencio sobre los notarios, porque su Estatuto había sido recientemente regulado en las Cortes de Toledo de 1480; pero esta normativa era en buena parte equivocada por incluir sin más a los notarios entre los demás funcionarios; y ello sucedió a su vez por no comprender la tipicidad de la función notarial; así se precipitó la decadencia que hasta 1862 padeció el Notariado castellano frente a los Notariados de los territorios forales, compensada con la concepción del instrumento público de la Pragmática de Alcalá, superior a ellos y a todos los Ordenamientos extranjeros coetáneos.

Reproducción del texto de la Pragmática de Alcalá que figura en el *Libro de las Bulas y Pragmáticas*, de Juan RAMÍREZ, escribano de cámara de los Reyes Católicos, año 1503 (1):

Reyna doña ysabel.

Ordenanças d
los escriuanos d
reyno: 7 los vere
chos que han de
lleuar por las e
scripturas extra ju
diciales.

Doña ysabel por la gracia de dios reyna de Ca
stilla: de Leon: de Aragon: de Sicilia: de Gra
nada: de Toledo: de Valencia: de Galizia: de
mallorca: de sevilla: de cerdeña: de Cordoua: de
corcega: de murcia: de jaben: de los algarues: de al
gezira: de gibraltar: 7 de las yslas de canaria: Códessa de barce
lona: 7 señora de vizcaya 7 de molina: Duquesa de athenas 7 d
neopatria: Códessa de rosellon 7 de cerdania: Marquesa de ori
stan 7 de gociano. A los muystrissimos principes don Felipe 7
doña Juana archiduques de Austria: duques de Borgoña. 7c.
muy caros 7 muy amados hijos: 7 a los del muy consejo: oy
dores de las muy audiencias: 7 a todos los corregidores: assy
stentes: alcaides: merinos: 7 otras justicias qualesquier de to
das las cibdades 7 villas 7 lugares de los muy reynos 7 seño
rios: assy realengos como abadengos 7 ordenes 7 beherrias 7
de señorio: 7 a los muy secretarios 7 escriuanos de camara 7 de
las muy audiencias 7 de recepciones: 7 a los muy escriuanos del
reyno de galizia: 7 d los alcaides de la muy corte 7 chancelleri
as: 7 de otros qualesquier juzgados: 7 a qualesquier otros muy
escriuanos 7 personas a quien toca 7 atañe: o atañer puede en
qualquier manera lo en esta muy carta contenido: 7 a cada v
no 7 qualquier de vos a quien fuere mostrada: o su traslado si
gnado de escriuano publico: o della supierdes en qual qu
er manera: salud 7 gracia. Sepades que yo soy informada: que
a causa q vos los dichos escriuanos al tiépo q recebis las escri
turas q ante vosotros se otorgan: muchas vezes las recebis sy

(1) Tomamos esta reproducción de la edición hecha por el Instituto de España en 1973, tomo II, folio 361 vuelto a 365 recto.

conocer las partes que las otorgan: e asentays en los registros las escrituras que se otorgan muy abreviadas: e que a causa de no se dezir por esteso alas pres las submisiones, e derogaciones: e otras clausulas que en las dichas escrituras se ponen las partes quedon engañadas sin saber lo que otorgan: e que asy mismo ponen en las dichas escrituras muchas vezes testigos que no son conocidos: e que despues al tiepo q las partes pide las dichas escrituras en limpio, algũas vezes se añade: e otras se menguan las fuerças: e otras cosas en las dichas escrituras: e q avn en las dar signadas alas partes, ay mucha dilacion de que las dichas partes reciben daño: e que allende desto a causa dela diuersidad de los aranzles que ay en las dichas cibdades e villas e logares, e prouincias, e juzgados d los dichos mis reynos e señorios: muchas vezes se lleuan por las dichas escrituras de rechos demasiados: de lo qual todo se sigue mucho daño e pjuizio a mys subditos e naturales. E como quiera que por algunas leyes de mys reynos esta proueydo en alguna manera cerca de lo suso dicho, aquello no es tan cumplidamente como era menester: e yo qriendo proueer e remediar en ello, de manera q los dichos escriuanos sepan lo que han de hazer en sus officios, e lo que han de lleuar por sus derechos, e las partes lo que les han de pagar: mande a los del my consejo que viesien e entendiesien e platycassen en ello: e ordenassen lo que les pareciessse que cerca dello se deuia proucher: los quales lo hizieron asy: e con su acuerdo e parecer mande fazer las ordenanças siguientes.

¶ Primeramente ordeno e mando, que cada vno de los dichos escriuanos ayan de tener e tenga vn libro de protocolo enquadernado de pliego de papel entero: en el qual aya de escriptuir e escriua por estenso las notas de las escripturas que ante el passaren e se ouieren de hazer: en la qual dicha nota se contenga toda la escriptura que se ouiere de otorgar por estenso: declarando las personas que la otorgan, e el dia, e el mes, e el año, e el lugar o casa donde se otorga, e lo que se otorga: especificando todas las condiciones, e pactos, e clausulas, e renunciaciones e submisiones que las dichas partes asentan: e que assi como fueren escritas las tales notas, los dichos escriuanos las lean presentes las partes e los testigos. E sy las partes las otorgaren, las firme de sus nombres. E sy no supieren firmar, syrme por ellos qual quiera de los testygos, o otro que sepa escriptuir: el qual dicho escriuano baga myncion

Que manera ha de tener los escriuanos en el tomar las escripturas por registro, e la dar despues signadas

como el testigo firmo por la parte que no sabia escriuir. E sy en leyendo la dicha nota y registro dela dicha escritura fuere algo añadido o menguado que el dicho escriuano lo aya de saluar y salue en fin dela tal escritura antes delas firmas porque despues no pueda auer dubda si la dicha emienda es verdadera o no y que los dichos escriuanos sean auisados de no dar escritura alguna signada con su signo sy en que primeramente al tiempo del otorgar dela nota ayan sepo presente las dichas partes y testigos y firmada como dicho es y que en las escrituras que asi oieren signadas ni quiten ni añadan palabra alguna dello que estouiere en el registro salvo la suscripcion: y que avn que tomen las tales escrituras por registro o memorial o en otra manera que no las den signadas sin que primeramente se asienten en el dicho libro y prothocolo y se haga todo lo suso dicho: so pena que la escritura que de otra manera se oiere signada sea en sy ninguna y el escriuano que la fiziere pierda el officio y donde en adelante sea enabue para auer otro: y sea obligado a pagar ala parte el interese.

Que diligencias se ha de fazer quando no fuere persona conocida alguna delas partes que otorgaren la escritura.

Otro sy ordeno y mando que sy por ventura el tal escriuano no conosciere alguna delas partes que quisieren otorgar el tal contracto o escritura que no la haga ni reciba salvo si las dichas partes que asi no conosciere presentaren dos testigos que digan que los conocen y que haga mención dello en fin dela tal escritura nombrando los testigos y asentando sus nombres y de donde son vezinos.

Dentro de quanto termino han de dar los escriuanos las escrituras.

Otro sy ordeno y mando que los dichos escriuanos ayan de dar y den las dichas escrituras ala parte del día que gelo pidieren y ouieren de dar fasta tres dias primeros siguientes leyendo la escritura de dos pliegos y donde abaxo. E si la tal escritura fuere larga de dos pliegos arriba que la ayan de dar y den fasta ocho dias luego siguientes despues que les fuere pedida: so pena de pagar ala parte el interese y daño que se le recreciesse por no gela dar: y mas dient maldades por cada día delos que de mas gela detouieren.

Dentro de quanto termino han de dar los testigos parte que lo ayan de dar y den dentro de tres dias: avn que el juez o la parte no responda: so la dicha pena.

¶ Otrosí ordeno y mando que los dichos escriuano y cada vno dellos sean diligētes en guardar bien los libros de los registros y protocolos y los procesos que ante ellos pasaren: y quando ouieren de dar algunas apelaciones, o traslados de escrituras las concierten primero con el registro en presencia de las pres si fueren en el lugar y quisiere estar a ello presentes: y si no en su ausencia, de manera que adonde despues pareciere no se pueda dezir que son menguadas o asiadas: y quando los tales escriuano dieren algun proceso en grado de apelació, o remisió o en otra manera no den el tal proceso con autos menguados so pena de peruer el oficio, y del interese de la parte: y si les fuere pedido algun auto del dicho proceso por sy solamente, q se de ua dar: que no lo den ni puedan dar sin que primeramēte lo mande el juez: y que quando lo asy diere haga mencion en el como fago el tal auto del proceso: y q den los otros en su poder.

¶ Otrosí ordeno y mando, que cada y quando algun escriuano fiziere alguna escritura que pertenezca y deua ser dada a ambas partes, que la apa de dar y de ala parte que gela pidiere, avn que la otra parte no la pida: pero que las escrituras en que alguna parte se obliga ala otra de hazer, o dar alguna cosa: mando que despues que el escriuano diere vna vez la tal escritura signada a la parte a quien pertenezciere, que no gela de otra vez, avn que allegue causa o razon para ello, salvo por mandamiento de la justicia llamada la parte, segun se contiene en la ley dezena y onze, na del titulo diez y nueue de la tercera partida, que dispone cerca de los escriuano: so pena de perdimiento del oficio, y de pagar el pnteresse o daño que por dar la tal escritura otra vez se le recreciere.

¶ Otrosí ordeno y mando, que por las escrituras q por ante los dichos escriuano passaren: lleuen los derechos en la forma siguiente, que lleuen de las dichas escrituras de cada vna escritura signada por cada tpra que ouiere en el registro de la dicha escritura, y élo signado a diez maravedis por la tpra, asi del registro como de lo que diere signado, sepando la tpra de vna hoja de pliego entero escrita fielmente de buena letra cortesana, y no procesada, de manera que las planas sean llenas, no dexando grandes margenes: y que en cada plana apa alo menos treynta y cinco renglones, y quinze partes en cada renglon. E sy la escritura fuere de mas o menos escritura: que lleue al respecto: y que al tpmo que se otorgare la dicha escritura se pague lo que mōtare su derecho en el registro della: y quando se diere signada

Que los escriuano
nos seā diligētes
en guardar los re-
gistros y proto-
colos y procesos
q ante ellos pasa-
rē: y q diligēcias
hā de fazer quan-
do diere los pro-
cesos signados o
algunos autos d
ellos por sí.

¶ Las diligēcias
que se han de fa-
zer para dar dos
veces vna escritu-
ra signada.

¶ Los derechos
que se han de lle-
uar por las escri-
turas.

se pague lo que montare signada.

¶ Lo que han de
lleuar quando fu
erẽ fuera dela cib
dad a fazer algu
nos autos.

¶ Otro si que se pague por la pda que fuere a tomar possession
o a fazer otra escritura fuera dela cibdad / o villa / o sus arrabales
tanto que sea n tres leguas / quarenta marauedis: 7 sy fuere mas
dela dychas tres leguas / que por cada dia q̃ estouiere alla le pa
guen quarenta marauedis: 7 que por el testimonio dela posesiõ
7 otras escrituras que asy antel pasaren / sele paguen lo que desu
so sele manda pagar por ellas: 7 mando que como quiera que el
camino / o lo que alla ouiere de fazer sea a pedimiẽto de muchas
personas no lleue por eso mas de los dichos quarenta marauedis
por cada dia como dicho es: 7 que el escriuano que mas lles
uare dello que suso dicho es pague de pena por la primera vez lo
que asy lleuare con el quatro tanto: 7 por la segunda pague lo q̃
asy lleuare demasiao con las setenas: 7 sea suspẽdo del dicho
oficio por vn año: 7 por la tercera vez pierda el oficio: 7 sea iabi
le para auer otro dõde en adelante: 7 pierda asy mismo la mitad
de sus bienes / para la dicha mi camara.

¶ Porque vos mando a todos 7 a cada vno de vos / que veades
las dychas ordenanças que de suso van en corporadas / 7 las guar
dedes 7 cumplades 7 executades 7 fagades guardar 7 cumplir 7
executar en todo 7 por todo como en ellas se contiene: 7 cõtra
el thenor 7 forma dellas no vades ni passades ni consintades
pr ni passar en tiempo alguno ni por alguna manera: so las pe
nas en ellas contenidas. E si alguna o algunas personas fueren
o passaren contra lo en estas mis ordenanças contenido / q̃ vos
las dychas justicias executays en ellos 7 en sus bienes las penas
en ellas contenidas / no embargante qualesquier mis cartas 7 ar
ranzeles que apa dado a estas dychas cibdades 7 villas 7 luga
res / o a alguna dellas / o otro qualquier aranzel o costumbre q̃
tengan de lleuar mas derechos de los autos p̃ escrituras sobre
dichas en estas mis ordenanças contenidas: ca po por la presen
te las reuoco casso 7 anulo 7 doy por ningunas / 7 mando que
syn embargo dellas lo cõtenido en estas mis ordenanças se gu
arde 7 cumpla. E porque lo suso dicho sea notorio / 7 ninguno
dello pueda pretender ignorancia: mando que estas mis orde
nanças sean pregonadas publicamente por las plaças 7 merca
dos 7 otros lugares acostumbrados de las dychas cibdades 7
villas 7 lugares por pregonero 7 ante escriuano publico. E
los vnos ni los otros no fagades ni fagã ende al por algũa ma
nera so pena d̃la mi merced 7 de diez mill marauedis pa la mi ca
mara: 7 de mas mado al ome que vos esta mi carta mostrare / q̃

vos emplaze que parezcades ante my en la my corte do quier que po sea del dia que vos emplazare fasta quinze dias primeros siguientes sola dicha pena: so la qual mando a qualquier escriuano publico que para esto fuere llamado que de ende al q vos la mostrare testimonio signado con su signo por que po sepa en como se cumple mi mandado. Dada en la villa d'alcala de henares a siete dias del mes de junio: año del nascimiento de nro señor jesu christo de mill e quinientos e tres años. po la repna. po lope cùchillos secretario d'la repna nuestra señoza la fize escrivir por su mandado. Don aluaro. franciscus licenciatus. joannes licenciatus. Licenciatus capata. fernandus tello licenciatus. Licenciatus carauajal. Registrada Licenciatus polanco. francisco diaz chancelier.

E ligeramente podría acaecer q pues que el ome touiesse en su poder la carta fecha por mano de escriuano publico que la perdiera o le seria furtada e tornaria al escriuano q la ouiese fecho que se la fiziesse otra vez. E porq algunos y ha q lo pioria maliciosamente nos por guardar los escriuanos de perro: queremos les mostrar en esta ley cierta manera como se sepñ guardar e dezimos que si la carta que dizen que es perdida es de copia o de vendida o de cambio o de donadio o de testameto o de perfoneria o d'otra cosa semejante destas q fuesse a tal q maguer pareciesse dobladas no pudiesse venir daño por ellas ala otra pre q el escriuano por sy puede e deue fazer esta carta facandola de su registro e faziendola bien assi como fue fecha la primera q dizen que es perdida e dar la a aquella quien pertenesce. Mas si la carta que pidiessen al escriuano que la refiziesse otra vez por que la primera era perdida: fuesse de deuda que alguno deuiesse a otro quier fuesse de dineros o de otra cosa por la qual pudiesse demandar tantas vezes la deuda quantas pareciesse la carta: tal como esta no la deue el escriuano refazer ni dar por sy: porq podría ser que la demandaria engañosamente despues que fuesse pagado dela deuda o la ouiesse quitada e vernia della gran daño ala otra parte mas dezimos que aquel que la demada deue pr delante del juez e fazer emplazar su deudor contra quien fuere fecha la carta: e si el deudor o roga delante del juzgado q deue aquella deuda sobre que fue fecha la carta e no quiere contradesir que se no haga otra vez entonce deuele tomar el juez la jura al q la pide e esta manera. tu juras q aqlla carta q demadas q te faga otra vez q es verdao q es perdida e no sabes do es ni quie la ha e que por tu engaño ni por tu malicia no fue perdida e

E ley diez del titulo de los escriuanos dela tercera partida: como el escriuano deue refazer la carta otra vez quando a quel a quie la dio oixere q la auia perdida.

que si en algun tiempo la pudieres cobrar que la adugas al escriuano que la hizo rota y cancellada, y que nunca viaras della en daño de tu contenido. E quando el juzgado ouiere recebido la jura del en esta manera: deue mandar al escriuano que refaga la carta otra vez, bien assi como fallare escrita en su registro, y que la dé a aquel que la demanda: y el escriuano deue lo fazer, y en el lugar o escriuiere su nombre en tal carta como esta deue dezir en ella: yo sulá escriuano publico fuy presente en todas las cosas que oize en esta carta, y por ruego delas partes la escreui y puse en ella mi signo: y esta carta fize yo mismo otra vez, y agora la refizo de nuevo por mandado de tal juez, porque el deudor que es no biado en ella fue emplazado, y otorgo ante este mismo juzgado: la debda y que no queria el cōtra dezir que se refiziesse. E otro si por que aquel que la demãda juro que veroaderamēte perdio la primera y no por engaño quel ouiesse fecho. E quando el escriuano ouiere fecho la carta en la manera que es sobre dicha: deue la dar a aquel que la pidio, y a quien pertenece, y por que el deudor contra quien fuesse fecha tal carta como esta: no puea dezir que sin su sabiduria y sin su plazer fuera fecha la carta: deue el juzgado ser auisado para fazer escriuir en su registro todo el fecho assi como passo ante el en razon dela carta que mando refazer.

¶ Ley onze del dicho titulo delos escriuanos de la dicha tercera partida: como el escriuano deue refazer la carta quando aq̃l a quiẽ fue fecha fuesse emplazado y no quiesse venir, o si viniese y la cōtra dixese.

¶ Emplazado sependo alguno, que fuesse deudor de otro a quien vienesse ante el juzgado por razon que su contenido demandaua a quien le refiziesse carta de debda que auia contra el, por que la primera auia perdidola, assi como diximos en la ley antes desta, sy este tal fuere rebelde que no quiera venir o embiar presoero que la cōtra diga, entonces deue el juzgado tomar la jura a aquel a quien se le faga la carta en aquella misma manera que de suso diximos: y de mas deuele cōjurar que no es pagado de aquella debda de que le pide que le faga la carta, y despues que esta jura ouiere recibida del, deue mōdar al escriuano a quien la refaga, y que gela de, y el escriuano deue lo fazer, pero en el lugar dela carta dōde escriuiere su nombre deue tener aquella misma forma que diximos en la ley sobre dicha, saluo que faga mencion de como el deudor fue emplazado y no quiso venir ni embiar a contra dezir la carta: mas si el deudor que fuesse emplazado asi como de suso diximos viniese ante el juzgado y negase que no era deudor de aquel que demandaua la carta y contradixese que no la refiziesse, entonces deue el juzgado darle plazo a que pueue como pago aquella debda. E si no la pudiere prouar deue recibir la jura de aquel que demãda la carta en la manera que de suso diximos, y mandar al escriuano

nano que la refaga ⁊ que gela de ⁊ el escriuano deue lo hazer assi como de suso es dicho mas si el deudor prouasse que avia fecho paga estonce no deue refazer la carta al otro que la demandaua otro si dezimos que si el deudor contra dixesse que no refiziesse la carta por esta razon diziendo que aquella carta que dezia que era perdida que el mesmo contra quien era la tenia en su poder ⁊ que el otro gela tomara / queriendole quitar la deuda si el pudiesse averpguar esto que dize no deue refazer la carta: antes dezimos que le deuen dar por quito de aquella deuda ⁊ esto ha lo gar quando esta carta sobre que es la contienda no fuesse rota ni cancellada en poder de aquel contra quiẽ fuera hecha mas si la carta que pidiessen al escriuano que la refiziesse otravez fuesse cancellada ⁊ en poder de aquel contra quien fuera hecha ⁊ por esta razon contra dixesse que no gela refiziesse si la otra parte respondiesse que la auia perdida o que le fuera surtada o robada ⁊ que sin su plazer viniera en poder de su deudor / estonce se puidere prouar que por algunas destas razones la perdio / deue el juez o el mandador al escriuano que la refaga ⁊ que gela de ⁊ el escriuano deue lo hazer: ⁊ si por aventura lo no pudiesse prouar: ala carta rota ⁊ cãcellada se fallare en poder de aquella otra parte contra quien fue hecha assi como sobre dicho es entõce no la deue mandar refazer / porque sospecharõ los sabios antiguos que en tal razon como esta que el deudor era quito dela deuda.

PRAGMÁTICA DE ALCALÁ DE HENARES DE 7 DE JUNIO DE 1503 (1)

(Transcripción del texto precedente, que figura
en el *Libro de las Bulas y Pragmáticas*.)

Al margen: “**Reyna doña ysabel.** Ordenanças de los escrivanos del reyno, e los derechos que han de llevar por las escrituras extra judiciales”.
Texto: “DOÑA YSABEL por la gracia de dios reyna de Castilla; de León; de Aragón; de Secilia; de Granada; de Toledo; de Valencia; de Galizia; de mallorcas; de sevilla; de cerdeña; de Córdova; de córcega; de murcia; de jahan; de los algarves; de algezira; de gibraltar; e de las yslas de Canaria; Condessa de barcelona, e señora de vizcaya e de molina; Duquesa de athenas e de neopatria; Condesa de rosellón e de cerdania; Marquesa de oristán e de gociano.

A los ylustríssimos príncipes don Felipe e doña Juana archiduques de Austria; duques de Borgoña etc. mys muy caros e muy amados hijos, e a los del my consejo, oydores de las mys audiencias, e a todos los corregidores; assystentes, alcaldes, merynos, e otras justicias qualesquier de todas las cibdades e villas e lugares de los mys reynos e señoríos, assy realengos como abadengos e hórdenes e behetrías e de señorío, e a los mys secretarios e escrivanos de cámara e de las mys audiencias e de recebtorías, e a los mys escrivanos del reyno de galizia, e de los alcaldes de la my corte e chancellerías, e de otros qualesquier juzgados, e a qualesquier otros mys escrivanos e personas a quien toca e atañe o atañer puede en qualquier manera lo en esta my carta contenydo, e a cada uno e qualquier de vos a quien fuere mostrada, o su traslado signado de escrivano público, o della supiéredes en qual quier manera; salud e gracia.

Sepades que yo soy ynformada que a causa que vos, los dichos escrivanos al tiempo que recebís las escrituras que ante vosotros se otorgan, muchas vezes las recebís syn conoscer las partes que las otorgan; e asentays en los registros las escrituras que se otorgan muy abreviadas; e que

(1) *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, II, fols. 361v a 365r.

a causa de no se dezir por estenso a las partes las submisiones, e derogaciones, e otras cláusulas que en las dichas escrituras se ponen, las partes quedan engañadas sin saber lo que otorgan; e que asy mismo poneys en las dichas escrituras muchas vezes testigos que no son conosciados; e que después al tiempo que las partes piden las dichas escrituras en linpio, algunas vezes se añaden e otras se menguan las fuerças; e otras cosas en las dichas escrituras; e que aun en las dar signadas a las partes ay mucha dilación de que las dichas partes reciben daño; e que allende desto a causa de la diversidad de los aranzeles que ay en las dichas cibdades e villas e logares, e provincias, e juzgados de los dichos mys reynos e señoríos, muchas vezes se llevan por las dichas escrituras derechos demasados; de lo qual todo se sigue mucho daño e prejuyzio a mys súbdytos e naturales.

E como quiera que por algunas leyes de mys reynos está proveydo en alguna manera cerca de lo suso dicho, aquello no es tan conplidamente como era menester; e yo queriendo proveer e remediar en ello de manera que los dichos escrivanos sepan lo que han de hazer en sus officios e lo que han de llevar por sus derechos, e las partes lo que les han de pagar, mandé a los del my consejo que viessen e entendiessen e platycassen en ello, e ordenassen lo que les paresciesse que cerca dello se devía proveher; los quales lo hizieron asy; e con su acuerdo e parescer mandé fazer las ordenanças syguientes”.

(= I =)

Al margen: “Qué manera han de tener los escrivanos en el tomar las escrituras por registro e las dar después signadas”. *Texto:* “Primeramente ordeno e mando, que cada uno de los dichos escrivanos ayan de tener e tenga un libro de prothocolo enquadernado de pliego de papel entero; en el qual aya de escribir e escriba por estenso las notas de las escrituras que ante él passaren e se ovieren de hazer; en la qual dicha nota se contenga toda la escriptura que se oviere de otorgar por estenso; declarando las personas que la otorgan; e el día, e el mes, e el año, e el lugar o casa donde se otorga; especificando todas las condiciones, e pactos, e cláusulas, e renunciaciones, e submisiones que las dichas partes asyentan; e que assi como fueren escritas las tales notas, los dichos escrivanos las lean, presentes las partes e los testigos. E sy las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres. E si no supieren firmar, fyrmе por ellos qual quiera de los testigos, o otro que sepa escribir; el qual dicho escrivano haga myncción cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir. E sy en le-

yendo la dicha nota e registro de la dicha escritura fuere algo añadido o menguado, que el dicho escrivano lo aya de salvar e salve en fin de la tal escritura, antes de las firmas, porque después no pueda aver dubda si la dicha emienda es verdadera o no; e que los dichos escrivanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, syn que primeramente al tiempo del otorgar de la nota ayan seydo presentes las dichas partes e testigos, e firmada como dicho es; e que en las escrituras que así dieren signadas, ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estoviere en el registro, salvo la suscripción; e que aunque tomen las tales escrituras por registro o memorial o en otra manera, que no las den signadas sin que primeramente se asienten en el dicho libro e prothocolo e se faga todo lo suso dicho; so pena que la escritura que de otra manera se dyere sygnada sea en sy ninguna, e el escrivano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynábile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse”.

(= II =)

Al margen: “Qué diligencias se han de fazer quando no fuere persona conocida alguna de las partes que otorgaren la escritura”. *Texto:* “Otrosy ordeno e mando, que sy por ventura el tal escrivano no nosciere a alguna de las partes que quisieren otorgar el tal contracto o escritura, que no la faga ni reciba, salvo si las dichas partes que así no nosciere presentaren dos testigos que digan que los conocen, e que faga minción dello en fin de la tal escritura, nombrando los testigos e assentando sus nombres e de dónde son vezinos”.

(= III =)

Al margen: “Dentro de qué término han de dar los escrivanos las escrituras”. *Texto:* “Otrosí ordeno e mando, que los dichos escrivanos ayan de dar e den las dichas escrituras a la parte, del día que gelo pidieren e devieren de dar fasta tres días primeros syguientes seyendo la escritura de dos pliegos e dende abaxo. E si la tal escritura fuere larga de dos pliegos arriba, que la ayan de dar e den fasta ocho días luego syguientes después que les fuere pedida; so pena de pagar a la parte el ynteresse e daño que se le recrescieren por no gela dar; e más cient maravedis cada día de los que de más gela detovieren”.

(= IV =)

Al margen: “Dentro de qué término han de dar los testimonios”. *Texto:* “Otrosí ordeno e mando, que sy los dichos escrivanos ovieren de dar testimonio alguno con respuesta de juez o de otra parte, que lo ayan de dar e den dentro de tres días; aunque el juez o la parte no responda; so la dicha pena”.

(= V =)

Al margen: “Que los escrivanos sean diligentes en guardar los registros e prothocolos e procesos que ante ellos pasaren; e qué diligencias han de fazer quando dieren los procesos signados, o algunos autos dellos por sí”. *Texto:* “Otrosí ordeno e mando que los dichos escrivanos e cada uno dellos sean diligentes en guardar bien los libros de los registros e protocolos e los processos que ante ellos pasaren; e quando ovieren de dar algunas apelaciones o traslados de escrituras las concierten primero con el registro en presencia de las partes si fueren en el lugar e quisieren estar a ello presentes; e si no en su ausencia; de manera que adonde después parescieren no se pueda dezir que son menguadas o añadidas; e quando los tales escrivanos dieren algún processo en grado de apelación o remisión o en otra manera, no den el tal processo con autos menguados, so pena de perder el oficio e del interesse de la parte; e si les fuere pedido algún auto del dicho processo por sy solamente, que se deva dar, que no lo den ni puedan dar sin que primeramente lo mande el juez; e que quando asy diere, faga mención en él cómo sacó el tal auto del processo, e quedan los otros en su poder”.

(= VI =)

Al margen: “Las diligencias que se han de fazer para dar dos veces una escritura signada”. *Texto:* “Otrosí ordeno e mando que cada e quando algún escrivano fiziere alguna escritura que pertenezca e deva ser dada a amas partes, que la aya de dar e dé a la parte que gela pidiere, aunque la otra parte no la pida; pero que las escrituras en que una parte se obliga a la otra de hazer o dar alguna cosa, mando que después que el escrivano diere una vez la tal escritura signada a la parte a quien pertenesciere, que no gela dé otra vez aunque allegue causa o razón para ello, salvo por mandamiento de la justicia llamada la parte, según se contiene en la

ley dezena e onzena del título diez e nueve de la tercera partida, que dispone cerca de los escrivanos; so pena de perdimiento del oficio e de pagar el ynteresse o daño que por dar la tal escritura otra vez se le recresciere”.

(= VII =)

Al margen: “Los derechos que se han de llevar por las escrituras”.

Texto: “Otrosí ordeno e mando que por las escrituras que ante los dichos escrivanos passaren, lleven los derechos en la forma siguiente: que lleven de las dichas escrituras de cada una escritura signada, por cada tyra que oviere en el registro de la dicha escritura e en lo signado, a diez maravedís por la tyra, así del registro que de lo que diere signado, seyendo la tyra de una hoja de pliego entero, escrita fielmente de buena letra cortesana, e no proçesada, de manera que las planas sean llenas, no dexando grandes márgenes, e que en cada plana aya a lo menos treynta e cinco renglones, e quinze partes en cada renglón. E sy la escritura fuere de más o menos escritura, que lleve al respecto; e que al tyempo que se otorgare la dicha escritura se pague lo que montare su derecho en el registro della; e quando se diere signada, se pague lo que montare signada”.

Al margen: “Lo que han de llevar quando fueren fuera de la cibdad a fazer algunos autos”. *Texto:* “Otrosí que se pague por la yda que fuere a tomar possessión o a fazer otra escritura fuera de la cibdad o villa o sus arravales, tanto que sean tres leguas, quarenta maravedís; e sy fuere más de las dichas tres leguas, que por cada día que estoviere allá le paguen quarenta maravedís; e que por el testimonio de la posesión e otras escrituras que asy antel pasaren, se le paguen lo que de suso se le manda pagar por ellas; e mando que como quiera que el camino o lo que allá oviere de fazer sea a pedimento de muchas personas, no lleve por éso más de los dichos quarenta maravedís por cada día como dicho es; e que el escrivano que más llevare de lo que suso dicho es, pague de pena por la primera vez lo que asy llevare con el quatro tanto; e por la segunda pague lo que así llevare demasiado con las setenas, e sea suspendido del dicho oficio por un año; e por la tercera vez pierda el oficio e sea inábil para aver otro dende en adelante, e pierda asy mismo la mitad de sus bienes para la dicha mi cámara”.

...

Porque vos mando a todos e a cada uno de vos que veades las dichas ordenanças que de suso van encorporadas, e las guardedes e cumplades e executedes, e fagades guardar e cumplir e executar, en todo e por todo

como en ellas se contiene; e contra el thenor e forma dellas no vayades ni passedes, ni consintades yr ni passar en tiempo alguno ni por alguna manera; so las penas en ellas contenidas. E si alguna o algunas personas fueren o passaren contra lo en estas mis ordenanças contenido, que vos las dichas justicias, executeys en ellos e en sus bienes las penas en ellas contenidas, no embargante qualesquier mis cartas e aranzeles que aya dado a essas dichas cibdades e villas e lugares o a alguna dellas, o otro qualquier aranzel o costumbre que tengan de llevar más derechos de los autos y escrituras sobredichas en estas mis ordenanças contenidas; ca yo por la presente las revoco, casso e anulo, e doy por ningunas, e mando que syn embargo dellas, lo contenido en estas mis ordenanças se guarde e cumpla. E porque lo suso dicho sea notorio, e ninguno dello pueda pretender ignorancia, mando que estas mis ordenanças sean pregonadas públicamente por las plaças e mercados e otros lugares acostumbrados dessas dichas cibdades e villas e lugares por pregonero e ante escrivano públyco. E los unos ni los otros no fagades ni fagan ende al por alguna manera, so pena de la mi merced e de diez mill maravedís para la mi cámara; e de más mando al ome que vos esta mi carta mostrare, que vos emplaze que parezcades ante mí en la my corte doquier que yo sea, del día que vos enplazare fasta quinze primeros siguientes, so la dicha pena; so la qual mando a qualquier escrivano público que para ésto fuere llamado, que dé ende al que vos la mostrare testimonio signado con su signo, porque yo sepa en cómo se cumple mi mandado. Dada en la villa de alcalá de henares a siete días del mes de junio; año del nascimiento de nuestro señor jesu christo de mill e quinientos e tres años. Yo, la reyna. Yo, lope cunchillos, secretario de la reyna nuestra señora, la fize escribir por su mandado. Don alvaro. Franciscus licenciatus. Joannes licenciatus. Licenciatus çapata. Fernandus tello licenciatus. Licenciatus carvajal. Registrada, Licenciatus polanco. Francisco díaz, chancellor”.

...

Al margen: “Ley diez del título de los escrivanos de la tercera partida: cómo el escrivano deve refazer la carta otra vez, quando aquél a quien la dió dixere que la avía perdida”. *Texto:* “Ligeramente podría acaecer que pués que el ome toviessse en su poder la carta fecha por mano de escrivano público, que la perdería o le sería furtada, e tornaría al escrivano que la oviese fecho que gela fiziesse otra vez. E porque algunos y ha que lo pedirían maliciosamente, nos por guardar los escrivanos de yerro, queremosles mostrar en esta ley cierta manera cómo se sepan guardar; e dezimos que si la carta que dicen que es perdida es de compra o de vendida, o de cambio, o de donadío, o de testamento, o de personería o de otra cosa semejante destas, que fuesse atal que maguer pareciessen do-

bladas no pudiesse venir daño por ellas a la otra parte, que el escrivano por sy puede e deve fazer esta carta sacándola de su registro, e faziéndola bien assí como fué fecha la primera que dizen que es perdida, e darla a aquél a quien pertenesce. Mas si la carta que pidiessen al escrivano que la refiziesse otra vez porque la primera era perdida fuesse de debda que alguno deviesse a otro, quier fuesse de dineros o de otra cosa, por la qual pudiesse demandar tantas vezes la debda quantas paresciesse la carta, tal como ésta no la deve el escrivano refazer ni dar por sy, porque podría ser que la demandaría engañosamente después que fuesse pagado de la debda, o la oviesse quitada, e vernía della gran daño a la otra parte; mas dezimos que aquel que la demanda deve yr delante del juez e fazer emplazar su debdor contra quien fuere fecha la carta; e si el debdor otorga delante del juzgador que deve aquella debda sobre que fué fecha la carta, e no quiere contradezir que se no faga otra vez, entonce dévele tomar el juez la jura al que la pide en esta manera: tu juras que aquella carta que demandas que te fagan otra vez que es verdad que es perdida e no sabes do es ni quien la ha, e que por tu engaño ni por tu malicia no fué perdida, e que si en algún tiempo la pudieres cobrar que la adugas al escrivano que la hizo rota e cancellada, e que nunca usarás della en daño de tu contendor. E quando el juzgador oviere recebido la jura dél en esta manera, deve mandar al escrivano que refaga la carta otra vez, bien assi como fallare escrita en su registro, e que la dé a aquél que la demanda; e el escrivano deve lo fazer, e en el lugar o escriviere su nonbre en tal carta como ésta deve dezir en ella: yo fulán escrivano público fuy presente en todas las cosas que dize en esta carta, e por ruego de las partes la escreví e puse en ella mi signo; e esta carta fize yo mismo otra vez, e agora la refiz de nuevo por mandado de tal juez, porque el debdor que es nonbrado en ella fué emplazado, e otorgó ante este mismo juzgador la debda e que no quería él contradezir que se refiziesse. E otrosí porque aquél que la demanda juró que verdaderamente perdió la primera, e no por engaño qué l oviesse fecho. E quando el escrivano oviesse fecho la carta en la manera que es sobre dicha, deve la dar a aquél que la pidió, e a quien pertenece; e porque el debdor contra quien fuesse fecha tal carta como ésta no pueda dezir que sin su sabiduría e sin su plazer fuera fecha la carta, deve el juzgador ser avisado para fazer escribir en su registro todo el fecho, assí como passó ante él, en razón de la carta que mandó refazer”.

...

Al margen: “Ley onze del dicho título de los escrivanos de la dicha tercera partida: cómo el escrivano deve refazer la carta quando aquél a quien fué fecha fuesse emplazado e no quisesse venir, o si viniese e la contradixere”. *Texto:* “Emplazado seyendo alguno que fuesse debdor de

otro, que viniesse antel juzgador por razón que su contendor demandava que le refiziesse carta de debda que avía contra él, porque la primera avía perdida, assi como diximos en la ley antes desta, sy este tal fuere rebelde que no quiera venir o embiar presonero que la contradiga, entonces deve el juzgador tomar la jura a aquél que pide la carta en aquella misma manera que de suso diximos; e de más dévele conjurar que no es pagado de aquella debda de que le pide que le faga la carta; e después que esta jura oviere recebida dél, deve mandar al escrivano que la refaga e que gela dé; e el escrivano dévelo fazer, pero en el lugar de la carta donde escriviere su nombre, deve tener aquella misma forma que diximos en la ley sobre dicha, salvo que faga mención de cómo el debdor fué emplazado e no quiso venir ni emviar a contradizir la carta; mas si el debdor que fuesse emplazado así como de suso diximos, viniese antel juzgador e negase que no era debdor de aquél que demandaba la carta e contradixese que no la refiziesse, entonces deve el juzgador darle plazo a que prueve cómo pagó aquella debda. E si no la pudiese provar, deve recibir la jura de aquél que demanda la carta en la manera que de suso diximos, e mandar al escrivano que la refaga e que gela dé; e el escrivano deve lo hazer assi como de suso es dicho; mas si el debdor provasse que avía fecho paga, estonce no deve refazer la carta al otro que la demandava; otro sí dezimos que si el debdor contradixesse que no refiziesse la carta por esta razón, diziendo que aquella carta que dezía que era perdida, que el mesmo contra quien era la tenía en su poder e que el otro gela tornara queriéndole quitar la debda, si él pudiesse averygua esto que dize no debe refazer la carta; antes dezimos que le deven dar por quito de aquella debda; e esto ha logar quando esta carta sobre que es la contienda no fuesse rota ni cancellada en poder de aquél contra quien fuera hecha; mas si la carta que pidiessen al escrivano que la refiziesse otra vez fuesse cancellada e en poder de aquél contra quien fuera hecha, e por esta razón contra dicesse que no gela refiziesse, si la otra parte respondiesse que la avía perdida o que le fuera furtada o robada, e que sin su plazer viniera en poder de su debdor, estonce sy pudiese provar que por algunas destas razones la perdió, deve el juzgador mandar al escrivano que la refaga e que gela dé; e el escrivano deve lo hazer; e si por aventura lo no pudiesse provar, e la carta rota e cancellada se fallare en poder de aquella otra parte contra quien fué hecha assí como sobre dicho es, entonces no la deve mandar refazer, porque sospecharon los sabios antiguos que en tal razón como esta que el debdor era quito de la debda”.

**EL CESE DEL NOTARIO
Y LOS CONTRATOS DE TRABAJO
DEL PERSONAL A SU SERVICIO**

JOSÉ MARÍA MARÍN CORREA
*Magistrado (jubilado) de la Sala de lo Social
del Tribunal Supremo.
Profesor universitario*

**Tribunal Supremo
Sala Cuarta, de lo Social
Sentencia de 22 de noviembre de 2004
Ponente: don L. R. M. G.**

En la Villa de Madrid, a veintidós de noviembre de dos mil cuatro. Excmos. Sres. don P. C. V., don L. R. M. G., don G. M. T., don J. G. R., don J. M. B. L.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de don A. B. R. contra sentencia de 8 de julio de 2003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de doña M. J. S., contra la sentencia de 7 de enero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Tortosa en autos seguidos por doña M. J. S. frente a don A. B. R. y don V. S. S. P., sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. don L. R. M. G.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 7 de enero de 2003 el Juzgado de lo Social de Tortosa dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: “Que desestimando la demanda formulada por doña M. J. S. contra don M. A. B. R. y don V. S. S. P., debo declarar y declaro ajustada a derecho la extinción contractual verificada por el referido señor B. R. respecto a la relación laboral habida con la demandante, y asimismo declaro caducada la acción dirigida contra el precitado demandado señor S. P., y en consecuencia absuelvo a los precitados demandados de las pretensiones deducidas en su contra en la antedicha demanda”.

SEGUNDO. Que, en dicha Sentencia, y como Hechos Probados, se establecen los siguientes: “1.º La demandante, doña M. J. S., ha venido desarrollando su actividad laboral, en el marco de una relación de carácter indefinido, por cuenta del Notario demandado, don M. A. B. R., con la categoría profesional de Oficial subalterno y una antigüedad desde el 13-7-98 percibiendo un salario de 1.004 euros mensuales con prorrateo de pagas extras. La actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno, ni lo ha ostentado en el último año. 2.º En fecha 29-8-2002 el demandado don M. A. B. R. comunicó a la actora mediante la correspondiente misiva (doc. núm. 3 de la actora) que con efectos del 13-9-2002 quedaría extinguida la relación laboral que unía a dichos litigantes, pues había sido nombrado el referido Notario para una plaza de Castellón de la Plana, nombramiento que apareció publicado en D. O. G. Valenciana de 29-8-2002. 3.º Desde el 1-4-2001 el demandado mencionado compartía con el otro Notario también demandado, don V. S. S. P., el mismo local destinado a despacho conjunto de las dos Notarías, por lo que la trabajadora demandante realizaba también las labores propias de su profesión para la Notaría del mencionado señor S., quien cesó de su cargo en Tortosa en la misma fecha que el otro codemandado, al ser destinado a la población de Carcaixent. 4.º La demandante presta en la actualidad sus servicios para la Notaría de Xerta. 5.º En fecha 13-9-2002 se celebró respecto del demandado don M. A. B. R. el pertinente acto de conciliación con el resultado de sin avenencia. 6.º La demanda formulada contra don V. S. S. P., que se acumuló a la precedente demanda interpuesta contra el otro codemandado, se presentó en este Juzgado en fecha 14-11-2002, sin que previamente fuese instado por la actora el correspondiente acto de conciliación de naturaleza administrativa respecto del mencionado señor S.”.

TERCERO. La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de doña M. J. S., dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sentencia con fecha 8 de julio de 2003, en la que consta la siguiente parte dispositiva: “Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por doña M. J. S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Tortosa en fecha 7 de enero de 2003, recaída en los Autos 206/02 seguidos a instancia de la indicada recurrente frente a don M. A. B. R., don V. S. S. P. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre des-

pido, debemos revocar y revocamos en parte la misma, en el único sentido de declarar la improcedencia del despido de la actora y condenar a don M. A. B. R. a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir desde la producción del despido, o por la extinción del contrato con abono de una indemnización de 6.292,36 euros. El abono de la indicada indemnización en el plazo fijado determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. En caso de no optarse expresamente, se entiende que procede la readmisión. Y se confirma la desestimación de la demanda respecto de don V. S. S. P. por caducidad. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad legal y subsidiaria del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL con estricto fundamento en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.”

CUARTO. La Procuradora señora U. M., en representación de don M. A. B. R., mediante escrito de 11 de febrero de 2004, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de noviembre de 2001.

QUINTO. Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de noviembre de 2004, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso de casación unificadora, el demandado impugna la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de julio de 2003, dictada en causa por despido y en la que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, declaró que su cese constituye despido improcedente efectuando el correspondiente pronunciamiento de condena frente al demandado, titular de la Notaría en la que aquélla prestaba sus servicios, como oficial subalterno, con contrato por tiempo indefinido. Declara la Sala que no es aplicable el Reglamento de Organización y Régimen de Trabajo de los Empleados de Notarías de 21 de agosto de 1956 y el carácter indefinido del contrato de la actora y falta de ofrecimiento de nuevo puesto al trasladarse el Notario a su nuevo destino, circunstancias que privan de causa legal al cese y justifican su declaración como despido improcedente.

Para dar cumplimiento al presupuesto procesal de la contradicción de sentencias ante supuestos de hecho iguales, invoca el recurrente, seleccionando entre las citadas en el escrito de preparación, la sentencia de la Sala de lo Social del

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de noviembre de 2001. Contempla esta resolución un supuesto sustancialmente idéntico al que hoy hemos de resolver: los actores en ese procedimiento habían prestado servicios para el Notario demandado con contrato por tiempo indefinido y, trasladado el Notario empleador a Sevilla, procedió al cierre de la Notaría notificando a los empleados su cese y dándoles de baja en el Régimen General de la Seguridad Social. Presentaron los trabajadores demanda por despido que fue estimada por el Juzgado de lo Social, mas, formulado recurso de suplicación, la Sala cántabra estimó el recurso, declarando que el cese se produce según lo ordenado en el art. 28 a) del Reglamento de Organización y Régimen de Trabajo de los Empleados de Notarías que así lo establece. El convenio colectivo de aplicación se remitía a dicho precepto reglamentario.

La existencia de ese convenio colectivo en el supuesto enjuiciado en la sentencia de contraste es esgrimido por la recurrida, en su escrito de impugnación del recurso, para alegar la inexistencia de contradicción. Ciertamente que existe ese hecho diferencial entre ambas resoluciones comparadas; inexistencia en el supuesto de la recurrida de convenio colectivo y regulación convencional, en el caso de la de contraste, que se remite al Reglamento antes referido. Pero tal diferencia es irrelevante. El problema jurídico consiste en decidir si existe o no una causa legal de extinción del contrato de trabajo por el traslado de un Notario, y el convenio colectivo, en su necesario sometimiento a la Ley (art. 85 del Estatuto de los Trabajadores), no puede crear causas de extinción de los contratos distintas de las establecidas en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores. Queda así el problema reducido en ambos casos a decidir sobre la vigencia del art. 28 del Reglamento rector de las relaciones de los empleados de Notarías que se invoca.

Cumplidos los requisitos de contradicción y habiendo realizado el recurrente el análisis comparado de las sentencias contrastadas en los términos que exige el art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, deberá la Sala pronunciarse sobre la doctrina unificada.

SEGUNDO. Argumenta el recurrente que el cese del personal de la Notaría como consecuencia del traslado de su titular, “es consecuencia de la naturaleza de la función notarial y de los avatares a los que su ejercicio y a consecuencia de sus normas reglamentarias se ve sometido”. En este sentido invoca el art. 28.a) del Decreto de 21 de agosto de 1956, cuya violación parece invocar.

El referido precepto reglamentario establece que es causa del cese del empleado “a) Cesación del Notario en su Notaría. En este supuesto la única obligación del Notario o de sus herederos para con el personal cesante, será el pago íntegro de la mensualidad en curso al producirse el cese del Notario”. Este precepto ha de entenderse forzosamente derogado, al menos, desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, cuya disposición derogatoria dejaba sin efecto cuantas disposiciones se opusieran a esa Ley. Y, entre las relaciones laborales de carácter especial que se recogen en el art. 2 no figura la de los empleados de Notarías y entre las causas de extinción relacionadas en el art. 49 no figura el cese del empleador, salvo en los supuestos de su jubilación o muerte y los que dan lu-

gar a la extinción por causas objetivas en los casos contemplados en los arts. 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. Supone ello que de tal Decreto únicamente subsistirán aquellas normas que sean compatibles con la regulación que el Estatuto realiza de la relación de trabajo, y las relativas a la extinción del contrato no se hallan en este supuesto.

Argumenta el recurrente que el cese de los empleados es consecuencia directa de la regulación de la función notarial. Ciertamente que la posición del Notario como empleador tiene unas especiales características. La naturaleza jurídica de la función pública que se desarrolla, impide la transmisión de empresa, pero no lo aparta de su condición de empresario al concurrir los requisitos exigidos por el art. 1.2. del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina que haya de cumplir las obligaciones impuestas al empresario en la legislación laboral y, entre ellas, en el caso enjuiciado, las relativas a la extinción de un contrato que el recurrente concertó por tiempo indefinido, y sin que pueda la Sala contemplar la posible procedencia de un despido por causas objetivas que no fue planteado así por el Notario empleador, ni antes de presentada la demanda, ni en el curso de los autos.

Fue, por ello ajustada a Derecho la sentencia recurrida, procediendo, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal la desestimación del recurso con imposición de costas al recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de don A. B. R. contra sentencia de 8 de julio de 2003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de doña M. J. S. contra la sentencia de 7 de enero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Tortosa en autos seguidos por doña M. J. S. frente a don A. B. R. y don V. S. S. P., sobre *DESPIDO*. Con imposición de costas a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

I. Breve introducción

La efímera Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976 (desde ahora, LRL), que ya en agosto del mismo año vio minorada su eficacia, y que en marzo de 1977 fue derogada en su dura regulación del despido, expuso el propósito de considerar relaciones laborales especiales las establecidas para colaborar con quienes en el ejercicio de su profesión, realizaban funciones públicas, previsión que desde el primer momento se entendió que afectaría, entre otros, a los empleados de las Notarías y de los Registros de la Propiedad.

Es sumamente expresiva al respecto la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de julio de 1978 (Aranzadi 4500), que declaraba la incompetencia del Orden Social de la Jurisdicción para conocer de estos ceses, porque el Reglamento de 21 de agosto de 1956 defería la decisión a los Colegios Notariales, y ese Reglamento no había sido sustituido por la norma laboral específica, ya que la LRL prevenía que la regulación se produjera en el plazo de dos años, con referencia a *“los empleados al servicio de profesionales que ejerzan funciones públicas”*. Y la mencionada STCT añadía *“como son los de las Notarías”*.

La derogación definitiva de la Ley de 1976, en virtud de la disposición final 3.^a, ap. 14, del ET, y el silencio del propio ET respecto de esas relaciones laborales, ni siquiera aludidas al establecer las relaciones laborales especiales (art. 2 ET), al tiempo que exigía norma con rango jerárquico de ley para hacer el establecimiento de nuevas relaciones laborales especiales, ha dejado *“aparcado”* aquel propósito esbozado por la LRL.

Es sabido que el reiterado Reglamento de Organización y Régimen de Trabajo de los Empleados de Notarías de 21 de agosto de 1956 ha sido útil para regir las extinciones de los contratos de los empleados de las Notarías cuando el titular de aquélla en que trabajaban cesaba en esa titularidad, por cualquier causa jurídicamente eficaz. El precepto reconoce como causa de cese de los empleados: *“a) Cesación del Notario en su Notaría. En este supuesto la única obligación del Notario o de sus herederos para con el personal cesante, será el pago íntegro de la mensualidad en curso al producirse el cese del Notario”*.

Eficacia que los Tribunales del Orden Social no tuvieron inicialmente ocasión de reconocer porque, como he dicho, el propio Reglamento remitía el conocimiento de estas relaciones y de su extinción a órganos profesionales y no judiciales. Después, la norma del Reglamento fue asumida mediante una remisión expresa por los Convenios Colectivos de aplicación respectiva. Y se aplicaban también las previsiones de las normas in-

ternas y de la Mutualidad de Empleados de Notarías en orden a proporcionar ayudas a los cesantes y en regir su futura incorporación al servicio de otro notario, en cuanto hubiera ocasión para ello.

Por otra parte, cuando el Orden Social entró a conocer de esta materia, se estableció como doctrina constante la negativa de la aplicación del artículo 44 del ET a la sucesión del notario cesante, por quien obtuviera la vacante, mediante el oportuno concurso oficial y nombramiento ministerial, publicado en el periódico oficial correspondiente. Es de citar, a este respecto, la STS de 6 de marzo de 2000 (Ar. 2602), que tiene muy amplio significado, en primer lugar porque asevera la identidad jurídica de notarios y corredores de comercio, en la relación con sus respectivos empleados, y después porque reafirma como doctrina consolidada que: *“debe aplicarse a la relación de estos últimos con sus empleados, la misma solución que esta Sala ha dado a las relaciones de los Notarios con los suyos. Pues bien, en relación con estos últimos ya señaló en su sentencia de 28 de abril de 1987 y reiteró luego en las de 11 de mayo y 21 de diciembre de 1987, 10 de mayo, 23 de marzo y 13 de junio de 1988 y 8 de noviembre de 1994, que el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable a los Notarios que desempeñan sucesiva e ininterrumpidamente una misma plaza; y que, por ende, el Notario entrante no queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del que cesa. Afirmaciones que cabe sostener igualmente respecto de los Corredores, y por las mismas razones en que se fundamentó dicha doctrina.”*

Esta doctrina, beneficiosa en cualquier caso para el notario empleador, que establecía sus contratos de trabajo *ex novo*, sin vinculación con las circunstancias que concurrían en los contratos extinguidos, de los que no traía causa legal, y que –en caso de surgir alguna responsabilidad como consecuencia del contrato o de su extinción– no asumía el tiempo de servicios que hubieran sido prestados a sus antecesores en la plaza, venía a contradecir a la realidad y en cierto modo al reiterado Reglamento de 21 de agosto de 1956, pues aunque el ordenamiento negara la vinculación, es evidente que los antecedentes profesionales y los servicios prestados a otros notarios, eran decisivos a la hora de establecer el contrato con el nuevo titular.

Por otra parte, sería discutible su mantenimiento después de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se inclinara por atender a la llamada “teoría de la actividad” para identificar la sucesión en la titularidad de empresas y así aplicar las garantías de los derechos de los trabajadores en los términos de la Directiva de 14 de febrero de 1977 (hoy sustituida por la Directiva núm. 23/2001, de 12 de marzo), como aparece, entre otras, en la Sentencia de ese Tribunal de 26 de septiembre de 2000 (Ar. TJCE 2000/212), antecedida por la de 14 de septiembre de 1999 en

el caso 343/1998, referida a actividad pública municipal. Sin embargo, nuestro TS mantiene la necesidad de que haya transmisión de los elementos precisos para el funcionamiento de la unidad productiva, por lo que no hay riesgo de modificación de la línea jurisprudencial.

Aparte de ello, lo que sí es objeto de reflexión es que si la extinción del contrato anterior, o de los anteriores contratos, no habían tenido consecuencias indemnizatorias en contemplación a los años de servicio prestados, y esos servicios no se anudaban a los que se prestaran en virtud del nuevo contrato, es claro que el espíritu de la ley quedaría burlado en su cada vez más clara decisión de procurar al trabajador un premio final por los años de servicio prestados. Porque no es únicamente el artículo 56 ET el que atiende a los años (o fracción) de servicios prestados para fijar la cuantía de la indemnización debida por el despido improcedente. También los artículos 40 (párr. cuarto del núm. 1), 41 (párr. segundo del núm. 3), 49.1.c), 51.8, etc., etc., establecen una indemnización anudada a la extinción del contrato sin voluntad del trabajador, o con voluntad movida por una decisión de la empresa, indemnización cuantificada en atención a los años de servicios prestados por el cesado.

II. La STS de 22 de noviembre de 2004

La reflexión sobre los términos y decisión de la meritada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recaída en recurso de Casación para Unificación de Doctrina número 496/2004 y cuyo texto ha sido divulgado por publicaciones especializadas (*Actualidad Laboral*, rfcia. 10827/2005) tiene que ser dividida en dos grandes apartados: el primero, que analice los razonamientos que sirven de fundamento a la decisión judicial, la *ratio decidendi*, y el segundo, investigar si esos términos judiciales pueden permitir reintegrar esta relación laboral a la situación anterior de licitud, en la forma que pueda entenderse como más adecuada a las circunstancias en que se desenvuelve el ejercicio de una profesión privada mediante la cual se proporciona a la sociedad nada menos que la fe pública en actos y contratos sometidos a dicha fe como requisito *ad solemnitatem*.

Pues bien, el Tribunal Supremo niega que el cese del notario en un destino concreto, para cuya oficina notarial había contratado los servicios de una trabajadora, sea causa legal de extinción del contrato de trabajo. Y lo niega, pese a reconocer que: “*el cese se produce según lo ordenado en el art. 28 a) del Reglamento de Organización y Régimen de Trabajo de los Empleados de Notarías que así lo establece*”.

Pero el Alto Tribunal niega que este Reglamento pueda tener la pretendida eficacia porque ha de valorarse como derogado al respecto por

la legislación vigente y, en concreto, por el ET, en su regulación de las causas de extinción del contrato.

Por tanto, primera afirmación doctrinal: el Reglamento no ampara la decisión del notario de cesar a sus trabajadores aduciendo como causa su propio cese en la Notaría en que los trabajadores prestaban sus servicios.

Hay que tener en cuenta que el TS añade en su razonamiento otra circunstancia, que desecha como influyente en la decisión a adoptar, circunstancia que consiste en que el Reglamento no era aplicado o invocado por sí mismo, pues en la sentencia de contraste se alega que era el Convenio Colectivo quien se remitía al Reglamento de 1956, por lo que no era la fuerza normativa del Reglamento, sino la virtualidad de la negociación colectiva, la que proporcionaba la eficacia obligatoria al precepto del Reglamento. Pues bien, el TS razona que: *“El problema jurídico consiste en decidir si existe o no una causa legal de extinción del contrato de trabajo por el traslado de un Notario, y el convenio colectivo, en su necesario sometimiento a la Ley (art. 85 del Estatuto de los Trabajadores), no puede crear causas de extinción de los contratos distintas de las establecidas en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Este es el contenido global de la sentencia objeto de glosa, cuyo resumen puede ser sintetizado en la conclusión consistente en que el cese del trabajador al servicio de un notario, decidido por el empleador y cuya causa es el cese en el desempeño de la Notaría, es un cese carente de causa legal, que se reconduce a la figura del despido, conforme a la también constante doctrina que entiende que el reproche judicial de esos ceses unilaterales así debe ser instado y pronunciado.

Una última observación. El artículo 49.1.g) del ET enuncia como una de las causas de extinción del contrato la jubilación del empresario. Es obvio, por tanto, que si el cese en la Notaría se debe a la jubilación del titular no concurrirá el supuesto contemplado y enjuiciado.

III. Reconducción de los ceses al ordenamiento

Quienes tienen una profesión consistente en ejercer funciones públicas parecen, si cabe, más obligados que los simples ciudadanos a acomodar la fase de su conducta directamente relacionada con esa función pública, al ordenamiento jurídico, de modo que su actuación no sea objeto del reproche judicial constituido por un fallo condenatorio por despido improcedente.

Y, por otra parte, no es racional obligar a estos profesionales-funcionarios a imponer a sus empleados un traslado laboral consecuencia de la modificación geográfica profesional del empleador.

Luego hay que asumir el mencionado artículo 49 ET y atraer la aplicación de la causa o causas de extinción que, entre las enunciadas por el precepto, sea la adecuada a las circunstancias concurrentes.

La primera de dichas causas sería el mutuo acuerdo de las partes, pero esta causa no es útil a la seguridad jurídica de las propias partes; además de que cuando se aplica a una circunstancia extraña a esa voluntad bilateral como es el traslado del empresario, voluntario, por ascenso, o por otra circunstancia, surge la sospecha de la renuncia de derechos por parte del trabajador. La causa a aplicar debe ser preexistente y contractual, acomodada a la ley y alejada también de toda sospecha del abuso de derecho aludido por el apartado b) de los enunciados.

Entiendo que si se contempla la realidad de estos supuestos, la causa realmente adecuada para subsumir el cese en las previsiones del ordenamiento sería la temporalidad contractual. En tanto el desempeño de la Notaría tiene visos de temporalidad –por las perspectivas de traslados, ascensos, etc.–, los contratos de trabajo podrían someterse en su duración a la permanencia de la causa que los origina, que no es otra que el desempeño de “esa” Notaría, cuya terminación está reglada, es decir, no depende única y exclusivamente de la voluntad del propio titular. O, si se quiere, podría someterse la temporalidad al cese, siempre que no fuera estrictamente voluntario, sino que respondiera al ordenamiento del ejercicio de la profesión con funciones públicas.

Aquí podría entrar en juego la negociación colectiva. En primer lugar para identificar como “servicio determinado”, en los términos del artículo 15 del ET, cada Notaría concreta. Función que sí está encomendada a la negociación colectiva, y no negada como la de definir causas de extinción del contrato. De modo que la conclusión del desempeño de esa Notaría concreta (por otra parte, actividad normal del empleador) fuera causa prevista de extinción de un contrato de trabajo cuya temporalidad responde a la temporalidad de la titularidad de cada Notaría.

Y también podría la negociación colectiva mejorar las condiciones de los trabajadores cesados; que si lo fueran por la causa objetiva consistente en la necesidad de amortizar sus puestos de trabajo, o fueran objeto de traslado forzoso por decisión del empresario, podrían extinguir su contrato con la indemnización legal de veinte días de salario por año de servicio, a tenor respectivamente de los artículos 53.1.b) y 40 del ET. Luego el Convenio Colectivo podría identificar como un servicio determinado ese desempeño de la titularidad de la Notaría y así atraer la temporalidad contractual. Y compensar la extinción contractual con una indemnización análoga a la prevista para ceses homologables, que podría tener en cuenta otras compensaciones económicas establecidas para los así cesados, como es la llamada “cesantía” proporcionada por la Mutuality,

que si bien ha sido declarada compatible con la protección derivada de la situación legal de desempleo, no debe ser “desconocida” al fijar esas indemnizaciones a cargo del notario empleador, para alejar toda sombra de enriquecimiento menos justificado.

Si no se establece esta temporalidad contractual, podría entenderse, alternativamente, que concurría la causa objetiva consistente en la necesidad de amortizar el puesto de trabajo. El supuesto sólo sería aplicable cuando la plantilla numérica no alcanzara a cinco trabajadores, para excluir la “colectividad” a que se refiere el artículo 51 ET. Y desde luego, parece poco aconsejable someter estos ceses a actuaciones colectivas.

Porque la solución que parece menos plausible es la de aplicar el artículo 44 ET y la citada Directiva 23/2001 de la CE, y establecer la sucesión en la titularidad de los contratos de trabajo del anterior titular de la Notaría con el siguiente, que impediría, por ejemplo, el traslado del oficial de confianza a la nueva Notaría, e impondría un personal, de actividad tan cercana al empleador, sin la aplicación del conveniente *intuitu personae*, principio del contrato de trabajo, tanto más valioso cuanto mayor es la cercanía entre empresario y trabajador.

Lo que sugiere una última reflexión, con la que se cierran estas consideraciones: la negativa jurisprudencial de la sucesión contractual sitúa al empleado de Notaría cesado en abierta indefensión desde el punto de vista de que la reclamación de sus posibles derechos frente al notario anterior prevenga al sucesor en su contra, pues es una reacción humana explicable que no parezca aconsejable contratar a quien está litigando contra su antecesor. Por eso debe arbitrarse un sistema pacífico de salvaguardar el derecho del trabajador cesado en esas condiciones que, además, evite hasta el máximo la intervención de órganos heterónomos para solucionar conflictos siempre evitables.

“El contador partidor dativo”, GONZÁLEZ ACEBES, Begoña. Prólogo de I. Serrano García. Ed. Tirant lo Blanch, serie Monografías, Valencia, 2005, un volumen de 501 páginas.

El libro de referencia tiene por base la que fue tesis doctoral de su autora, respecto de la cual hay que comenzar por afirmar, como hace el autor de su prólogo, que se trata del primer trabajo monográfico sobre la figura en cuestión, lo que constituye en sí un buen indicio de su elevado interés.

Tema, pues, novedoso en su regulación sustantiva aunque no carente de antecedentes históricos (reforma del CC por Ley de 13 de mayo de 1981), y también en su regulación procesal, además de parcamente contemplado por el legislador, y por todo ello necesitado en alto grado de un estudio como el que ha realizado la autora, que comienza su trabajo planteándose el ámbito temporal y espacial al que la figura es aplicable tanto si se origina en el seno de un procedimiento, como si surge de esa situación sustantiva que es la comunidad hereditaria, y examinando todos los presupuestos del posible surgimiento de la figura del contador partidor dativo.

Entrando ya en el examen pormenorizado de la figura, la autora aborda en el capítulo II los requisitos que han de concurrir para que produzca el supuesto de su nombramiento, tanto desde el punto de vista objetivo –falta de contador partidor testamentario–, como desde el punto de vista de los sujetos interesados en la sucesión o partición hereditaria de que se trate, y legitimados para solicitar su actuación.

En el capítulo III se estudian las formalidades de su nombramiento, y las condiciones de capacidad e idoneidad que han de concurrir en el nombrado, así como los caracteres del cargo de contador partidor dativo como cargo privado, unipersonal y personalísimo, voluntario y temporal, amén de otros rasgos variables o discutibles del cargo. El contenido en derechos y obligaciones es desarrollado con fluidez por la autora, que se detiene especialmente en la cuestión de la aplicabilidad de la prohibición del artículo 1.459-3.º del

CC relativa a los albaceas, cuestión que responde negativamente, y también en el examen de la responsabilidad del contador partidor dativo por dolo o culpa, y más difícilmente por simple retraso en el ejercicio de su función que le compete. Las causas de remoción y el cauce para su recusación, que la autora cifra en la aplicación analógica de las reglas que contiene la LEC para los peritos, completan el temario abordado en este capítulo.

Seguidamente el capítulo III desarrolla lo que podría calificarse como núcleo central del contenido del cargo de contador partidor dativo, esto es, las facultades que ostenta, lógicamente en torno a la realización de la partición, como su propio nombre indica, pero con especial atención al pago de la legítima en dinero, las condiciones para la eficacia de esta modalidad, y las consecuencias del impago en su caso.

El cuarto y último capítulo, bajo el epígrafe de eficacia de la partición realizada por el contador partidor dativo, profundiza en la peculiaridad en orden a su eficacia del pago de la legítima en dinero, y examina otros aspectos de los efectos que surte partición incluso en el ámbito del Registro de la Propiedad.

En suma, se trata de un exhaustivo y profundo análisis de una figura novedosa, no tratada monográficamente con anterioridad como tal figura, aunque hayan existido varios estudios sobre la conmutación de la legítima, lo que sin duda resulta ocasión de aportaciones originales, no sólo en cuanto la figura en sí, sino también en campos estrechamente vinculados como la partición y el pago de la legítima en dinero, respecto de los cuales el riguroso acopio de materiales doctrinales y jurisprudenciales, así como su certera valoración, hace muy recomendable su lectura para teóricos y prácticos del Derecho sucesorio.

José María de la Cuesta Sáenz
Catedrático de Derecho civil

**“Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas”, ÁLVARO-
REZ ÁLVAREZ, Henar. Lex Nova, Valladolid, 2005.**

Ninguna duda ofrece el interés del tema objeto del libro del que sólo pretendo dar noticia: el régimen jurídico de las personas físicas. Resulta sorprendente que un tema clásico, como éste, carezca de un tratamiento monográfico, no sólo en nuestra doctrina, sino también en la extranjera, con la excepción de la obra de TEDESCHI (*Del domicilio*, 1936). Ello ha producido la consecuencia de que un estudio de la materia desde una perspectiva general sea una labor difícil y compleja, pues a los problemas antiguos aún sin resolver se unen los originados por una realidad social cambiante en el ámbito del Derecho civil y en la casi totalidad de las demás ramas del Derecho.

El amplísimo número de cuestiones tratadas en la monografía –tanto en el ámbito del Derecho civil como en aquellas otras ramas del Derecho en que el domicilio tiene relevancia, por mínima que sea–, todas ellas de gran dificultad a consecuencia de una insuficiente y defectuosa regulación legal del objeto investigado, acredita una sólida formación jurídica en la autora. Se puede calificar de exhaustivo el estudio realizado sobre el domicilio de las personas físicas, pues analiza profusamente todas aquellas cuestiones con claridad y una acertada sistemática, aportando soluciones fundadas en argumentos de sólida coherencia.

La monografía está estructurada en seis capítulos. El primero de ellos es introductorio; en él se persigue una aproximación al concepto de domicilio, y está dividido en dos partes perfectamente diferenciadas: una, dirigida a desentrañar y precisar el concepto jurídico de domicilio, por estar dotado de diversos significados en los diferentes ámbitos en los que se manifiesta, y, con aquel fin, se sirve del significado etimológico de la palabra domicilio y de una exposición crítica de las distintas orientaciones seguidas por la doctrina, además de una referencia a las diversas clases de domicilio; en la segunda se destaca el carácter fundamental que el domicilio tiene para el Derecho: en la

esfera personal, en el Derecho de obligaciones, desde el punto de vista de la familia o en el Derecho sucesorio, así como en una pluralidad de situaciones propias de otras ramas de nuestro ordenamiento. Todo ello para concluir que el domicilio es la sede jurídica de la persona, el lugar donde ésta está localizada para el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones; pero el domicilio no es más que eso, una situación de la persona que no llega a afectar a su estatus.

Antes de profundizar en el estudio del domicilio en el Derecho civil, la doctora ÁLVAREZ ÁLVAREZ, en el capítulo segundo, analiza la problemática específica del domicilio en el Derecho constitucional, penal, financiero y procesal. La autora no se limita a una exposición detallada de los diversos supuestos conflictivos que el domicilio plantea en las citadas disciplinas jurídicas, sino que aporta razonadas soluciones a todas aquellas hipótesis.

En el capítulo tercero se parte de un concepto del domicilio de las personas físicas en el Derecho civil construido sobre la base de criterios objetivos, para después analizar aspectos tan variados y dificultosos –así lo reconoce la propia autora– como los requisitos para la adquisición del domicilio, su prueba, las distintas clases de domicilio, los elementos que son necesarios para que se produzca la adquisición, modificación y pérdida del domicilio, la pluralidad y la falta del mismo.

El estudio del domicilio en el Derecho civil resultaría incompleto si no se procediera al examen de otras instituciones relacionadas con el mismo. Por esta razón, el capítulo cuarto se ha destinado a elaborar un completo análisis de las diferencias existentes entre el domicilio y otras figuras afines, como la residencia, la vecindad civil y la vecindad administrativa. Se dedica particular atención a la problemática que plantea el domicilio en el Derecho internacional privado. Y culmina el capítulo con el tratamiento del domicilio de los consumidores.

Especialmente relevante es el capítulo quinto, dirigido a examinar con minuciosidad el domicilio familiar y la vivienda familiar, conceptos íntimamente relacionados, pero que la autora distingue con toda claridad. Numerosos son los aspectos conflictivos objeto de un tratamiento equilibrado y lúcido, tales como la naturaleza, contenido y titularidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar, los criterios para determinar el carácter privativo o ganancial de la vivienda, las fases del derecho de uso de la misma, la inscripción y embargo de los bienes gananciales, el especial régimen de la vivienda familiar y su régimen registral, además de otros muchos problemas sumamente complejos y de enorme trascendencia práctica.

La monografía se cierra con un capítulo de gran interés por su objeto: *El domicilio en la ejecución hipotecaria*. En él se abordan y desmenuzan las variadas cuestiones que suscita el domicilio a lo largo de un procedimiento tan frecuente y de tanta entidad como éste.

En definitiva, el trabajo de la doctora ÁLVAREZ ÁLVAREZ constituye una aportación verdaderamente importante a la Ciencia civilista, huérfana de un

tratamiento doctrinal del tema objeto de esta monografía, que compagina lo doctrinal y conceptual con lo práctico, como fácilmente se puede comprobar si se repasa la *jurisprudencia citada y críticamente analizada*. Estamos ante una obra de innegable valor e imprescindible para cualquier investigación ulterior sobre el domicilio de las personas físicas.

Francisco Javier Sánchez Calero
Catedrático de Derecho civil