81

81

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

enero-marzo 2012

Revista Jurídica del Notariado • enero-marzo 2012

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

ACTUALIDAD JURÍDICA

150 ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO

150

ANIVERSARIO 1862 - 2012
DE LA LEY DEL NOTARIADO

150 años de historia: una función de futuro

11º Congreso Notarial Español

"La Autonomía de la Voluntad"

2011

Marzo. Colegio Notarial de Andalucía
"La Autonomía de la Voluntad: planteamiento general"

Junio. Colegio Notarial de Galicia
"La Autonomía de la Voluntad en el Derecho de la persona, familia y sucesiones"

Septiembre. Colegio Notarial de Cataluña
"La Autonomía de la Voluntad en el Derecho mercantil"

Noviembre. Colegio Notarial de Valencia
"La Autonomía de la Voluntad en el Derecho patrimonial"

2012

Enero. Colegio Notarial de Murcia
"La Autonomía de la Voluntad: otras formas de expresión"

Marzo. Colegio Notarial del País Vasco
"La Autonomía de la Voluntad: conflicto interregional e internacional"

28 de mayo de 2012 **Colegio Notarial de Madrid**
Sesión Plenaria

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Número 81
enero-marzo 2012

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE NOTARIO
CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

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

Fotografía de portada: Francisco Lucas

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com
Impresión: JACARYAN, S. A. Avda. Pedro Díez, 3. 28019 Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR

D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (†)

SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

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

Revista Jurídica del Notariado
Número 81, enero-marzo 2012

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Crisis y derecho de sociedades: nuevos problemas y respuestas 9
Segismundo Álvarez Royo-Villanova

El legado de crédito (Primera parte) 59
Juan-Faustino Domínguez Reyes

La Escisión de sociedades mercantiles 147
Víctor Manuel Garrido de Palma

Pactos sucesorios, pactos de familia y empresa agraria 167
Esther Muñiz Espada

Deberes y obligaciones del tutor en el Derecho tardomedieval 225
Juan Alfredo Obarrio Moreno

Una visión de la circulación internacional de documentos notariales desde el Derecho Documental. La Res 22/2/2012 285
Rafael Rivas Andrés

La licencia urbanística de los complejos inmobiliarios privados (comentario del artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que regula el texto refundido de la Ley de Suelo) 483
Francisco Javier Ruiz Bursón

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 517
Víctor Manuel Garrido de Palma

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

Totum revolutum 531
Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido, de Ramón P. Rodríguez Montero, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2012 565
Por Santiago Castán Pérez-Gómez

Autotutela, de I. Serrano García, Editorial Tirant lo Blanch, Colección Privado, Valencia, 2012 573
Por José María de la Cuesta Sáenz

Las Reformas de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-Ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011 y Ley 1/2012), 2.ª edición, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla (dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012 579
Por José Miguel Embid Irujo

ESTUDIOS DOCTRINALES

CRISIS Y DERECHO DE SOCIEDADES: NUEVOS PROBLEMAS Y RESPUESTAS (*)

Segismundo Álvarez Royo-Villanova
Notario

Abstract: la crisis económica conlleva nuevos problemas para las sociedades a los que el derecho debe dar respuesta. En este trabajo se estudian algunos de ellos, como la falta de financiación, la conflictividad entre socios o el desequilibrio patrimonial derivado de las pérdidas, y las respuestas que puede ofrecer el derecho vigente. En la segunda parte se hace un examen crítico de algunas de las reformas introducidas en el derecho societario durante la crisis: la convocatoria de Junta a través de la web, el derecho de separación por falta de reparto de dividendos, y normas de bloqueo en cotizadas.

The present economic crisis creates new problems for companies that the law should answer. This paper studies some of those problems such as the lack of funding, increasing conflicts among shareholders, accounting imbalances due to losses, and the answers that can be found in corporate law. In the second part it examines some of the changes in corporate law introduced during the crisis, such as new rules for the notice for shareholder´s meetings, the right to withdraw from the company for lack of dividends, and the possibility to limit the vote of share holders in listed companies.

(*) La presente ponencia se presentó en unas Jornadas ("Cuestiones societarias en el marco de la crisis económica". Colegio Notarial de Madrid. 5 octubre 2012) sobre derecho societario y crisis económica, en que se me pidió que examinara el tema desde la perspectiva notarial. El estudio no trata tanto de cuestiones notariales como de los problemas planteados por la crisis que vemos desde nuestros despachos, y de las posibles respuestas a los mismos.

SUMARIO

I. LA CRISIS EN EL ÁMBITO SOCIETARIO. PROBLEMAS Y NUEVAS NECESIDADES
1. Las causas de la crisis
2. Nuevos problemas en el ámbito societario
   a) Aumento de la conflictividad entre socios
   b) Reorganizaciones estratégicas
   c) Problemas de capitalización de empresas
3. Perspectivas positivas

II. RESPUESTAS DEL DERECHO SOCIETARIO A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS
1. Fuentes de financiación alternativa. El capital riesgo y sus limitaciones
2. Soluciones a los problemas entre socios
   a) La venta a terceros: derechos de acompañamiento y arrastre
   b) Sistemas de salida entre los socios: *russian roulette, Texas shoot-out, dutch auction*
3. Las reorganizaciones fruto de la crisis: la escisión y sus alternativas
   a) La escisión defensiva y sus efectos sobre la responsabilidad
   b) Filialización defensiva
4. Las pérdidas y la estructura del pasivo de la sociedad
   a) Préstamos participativos
   b) Aportaciones de socios que no suponen aumento de capital
   c) Reducción de capital
   d) Aumento de capital
      i) Con nuevas aportaciones: utilización de la prima
      ii) Por compensación de créditos: problemas en sociedades en concurso

III. LAS REFORMAS DEL DERECHO DE SOCIEDADES DURANTE LA CRISIS
1. El art. 173 LSC y la convocatoria de Junta
   A) Procedimiento de comunicación individual y escrita
   B) El problema de la publicación en un diario
   C) Sistemas cumulativos, subsidiarios y alternativos
   D) Derecho transitorio: el problema de los estatutos vigentes
2. Derecho de separación en el caso de falta de reparto de dividendos: el art. 348 bis LSC y su suspensión
   A) Juicio crítico
   B) Supuesto de aplicación

a) Elemento temporal
b) El voto del disconforme a favor de la distribución de dividendos
c) Elemento objetivo: la interpretación de los beneficios propios de la explotación que sean legalmente repartibles
d) Excepción en el caso de sociedad cotizada
e) Pactos que alteren este derecho
i) En estatutos
ii) Pactos parasociales
C) La norma de suspensión y los problemas de su aplicación
3. La reforma sobre las normas de bloqueo: problemas de derecho transitorio

CONCLUSIÓN

I. LA CRISIS EN EL ÁMBITO SOCIETARIO. PROBLEMAS Y NUEVAS NECESIDADES

A la pregunta de qué cambios vemos los notarios en el derecho societario con ocasión de la crisis, la tentación es responder que desde nuestros despachos vemos poco o nada, porque el cambio más significativo ha sido la bajada de actividad en el ámbito del derecho de sociedades, tanto de grandes operaciones (M&A, project finance) como de pequeñas (transmisiones de acciones, aumentos de capital, constitución de Uniones Temporales de Empresas). A tal punto llega la inactividad que incluso los poderes de sociedades son algo que casi ya no existe, salvo que sea para nombrar a representantes en el extranjero.

Pero esto, por supuesto, es solo una parte de la verdad, pues sí que vemos problemas nuevos, de los que se repasan algunos en esta primera parte. Lo que interesa, por supuesto, no es solo ver los problemas, sino qué respuestas a los mismos ofrece el derecho mercantil. En la segunda parte se verán las respuestas que podemos ofrecer los operadores jurídicos y en particular los notarios, y en la

última, las respuestas de nuestro incansable legislador, y algunas de las dudas que plantean.

1. LAS CAUSAS DE LA CRISIS

Ahora que parece que el único problema de la economía es la prima de riesgo y la única solución los recortes, no está de más recordar que el origen de la crisis es financiero y que en la actualidad la parálisis del crédito sigue siendo un obstáculo fundamental para la salida de la misma.

Desde nuestros despachos vemos cómo no existe casi ninguna nueva financiación a las pequeñas y medianas empresas. Los escasos préstamos que se firman son renovaciones de líneas anteriores, a intereses que casi nunca bajan de tasas efectivas del 8 % anual. Las PYMES viven, por tanto, ahogadas por el desapalancamiento y por los enormes costes financieros de la financiación que conservan.

Las grandes empresas tampoco están a salvo de las dificultades, en gran parte por los excesos y el sobreendeudamiento de la época anterior.

Algunas de ellas, que fueron objeto de compras apalancadas o LBO en los tiempos de bonanza, tienen ahora en sus balances la deuda que se contrajo para su adquisición. Las enormes obligaciones de repago hacen que no tengan reservas para emprender una internacionalización que en este momento es necesaria. Las condiciones impuestas en la financiación (los llamados "covenants") condicionan las decisiones empresariales e impiden el desarrollo de estas empresas, cuando no las llevan a la quiebra. El problema es que en realidad, tras la LBO el propietario de la empresa no es el accionista (normalmente una empresa de capital riesgo), interesado en la revalorización a medio plazo, sino el Banco, interesado en el pago de intereses, lo que hace prevalecer las necesidades de tesorería inmediata sobre las decisiones estratégicas a medio y largo plazo.

Por otra parte, importantes empresas españolas se encuentran también en una difícil situación financiera por la situación de endeudamiento derivada de las adquisiciones a altos precios de otras empresas, realizadas en el momento de bonanza. La conjunción de su propio sobreendeudamiento con la falta de liquidez de los bancos españoles, hace que no tengan acceso al crédito, lo que limita su capacidad de desarrollar nuevos proyectos.

2. NUEVOS PROBLEMAS EN EL ÁMBITO SOCIETARIO

a) Aumento de la conflictividad entre socios

La crisis ha dado lugar a un aumento de la conflictividad entre socios. Las situaciones de dificultad en las empresas plantean tensiones por la necesidad de aportar nueva financiación y por las discusiones sobre los métodos de gestión.

Estas experiencias hacen que cada vez más los empresarios nos demanden un marco jurídico de mayor seguridad a la hora de iniciar nuevas sociedades, y en particular que se prevean, al constituir las sociedades, sistemas de solución de conflicto entre socios que eviten tener que llegar a los tribunales.

b) Reorganizaciones estratégicas

La diferente evolución de distintos negocios dentro de una empresa llevan a menudo a querer separarlas desde el punto de vista societario. En este campo tienen especial importancia las escisiones, que son especialmente útiles –y como veremos, peligrosas– por su polivalencia.

c) Problemas de capitalización de empresas

Las pérdidas operativas en las sociedades dan lugar a que se produzca en muchos casos la reducción del patrimonio neto por debajo del capital social, lo que obliga a reajustarlo si no se quiere entrar en causa de disolución.

3. PERSPECTIVAS POSITIVAS

Si bien lo que vemos en la actualidad es un recrudecimiento de la crisis, que no toca fondo, eso no quiere decir que no se vean también algunas señales positivas que deben ser motivo de esperanza.

Me gustaría destacar dos de ellas.

La primera es que se siguen constituyendo un buen número de sociedades. Como se ve en el gráfico siguiente, el número de sociedades constituidas se va manteniendo en los años posteriores al inicio de la crisis, a pesar de la bajada general de actividad.

Y estas sociedades las constituyen cada vez menos otras sociedades y cada vez más personas físicas. Muchas personas que se quedan sin trabajo montan su propia empresa, a menudo relacionada con el sector de las nuevas tecnologías. Aunque su utilización no es muy frecuente, hay que tener en cuenta que existe una normativa para fomentar y facilitar iniciativas de empleo autónomo, a través del abono del valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a las personas beneficiarias de prestaciones que pretenden incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales. La capitalización o pago único de la prestación se regula en el artículo 228.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, modificada posteriormente por la disposición final tercera de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, por el Real Decreto 1413/2005, de 25 de noviembre, y por el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre (1).

En el campo de la constitución de sociedades sí que ha habido reformas destinadas a favorecerla. Por una parte la normativa dirigida a abreviar y abaratar la constitución mediante el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 diciembre (interpretado por la Instrucción de 18 de mayo de 2011 de la Dirección General de los Registros y del Notariado), que ha sido examinado en estas jornadas por mi compañero Francisco Javier García Más. Por otra parte, la exención del Impuesto de Operaciones Societarias establecida en el Real Decreto-ley

(1) http://www.sepe.es/contenido/prestaciones/ag00e.html.

13/2010, de 3 de diciembre, que reforma el art. 45 I.B.11 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, estableciendo la exención de la modalidad Operaciones Societarias para las constituciones y aumentos de capital.

Solo cabe lamentar que el procedimiento siga lastrado por problemas tan absurdos como la necesidad de liquidar antes de la presentación al registro un acto declarado exento por ley, o los problemas del coste y sistema de pago de la publicación en el BORM. También es una pena que no se haya integrado todo el sistema de constitución a través del sistema CIRCE, que permite realizar todos los trámites de forma telemática, superando las cuestiones antes citadas de liquidación y BORME. Hubiera sido la oportunidad para generalizar este sistema, aunque para ello habría que eliminar el absurdo de tener que acudir anteriormente a un lugar distinto (los PAIT), y permitir de verdad que todo el trámite se haga en la notaría, de manera que sea un verdadero sistema de ventanilla única.

La segunda buena noticia es la creciente internacionalización de la empresa española. Hay que destacar que muchas empresas que se aprovecharon del *boom* de la construcción y las infraestructuras de la última década también emprendieron una internacionalización, que es lo que está facilitando su supervivencia. Pero en nuestro ejercicio profesional también encontramos empresas de tamaño mediano que empiezan a conseguir contratos en el extranjero en competencia con sociedades de todo el mundo.

Veamos ahora qué soluciones da el derecho mercantil a estos nuevos problemas y oportunidades.

II. RESPUESTAS DEL DERECHO SOCIETARIO A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Voy a examinar primero qué podemos ofrecer los operadores jurídicos con el marco del derecho de sociedades actual y dejaremos para el final el examen de las reformas del legislador.

1. FUENTES DE FINANCIACIÓN ALTERNATIVA. EL CAPITAL RIESGO Y SUS LIMITACIONES

Empecemos con las respuestas a la causa fundamental de la cri-

sis, que es la mezcla del sobreendeudamiento y la paralización de la financiación a las empresas. La realidad es que las entidades financieras casi no dan financiación y la que se concede se da con muy altos intereses. En principio no parece que el derecho tenga muchas alternativas que ofrecer, pues la tradicional emisión de obligaciones solo está al alcance de muy pocas empresas.

Sin embargo, existe un tipo de sociedades con un régimen específico que deberían servir como alternativa de financiación, que son las sociedades de capital riesgo. Estas empresas tienen un régimen mercantil y fiscal especial en razón fundamentalmente de que pueden aportar al tejido empresarial una financiación distinta de la financiera y de la de los socios ordinarios.

No se trata aquí, por supuesto, de examinar su régimen, pero sí habría que destacar que en principio el momento actual debía ser ideal para la inversión de este tipo de empresas. Por una parte, como hemos dicho, existen numerosos empresarios nuevos, con experiencia en muy diversos sectores y proyectos novedosos, ideales para la inversión denominada semilla ("seed capital"), y también empresas que ya están funcionando pero que para crecer no pueden acudir al crédito bancario y estarían dispuestas a admitir socios capitalistas que puedan aportar el llamado capital de desarrollo ("development capital").

Por otra parte, parece el momento ideal para operaciones en empresas más grandes, que, estando en un momento difícil, tienen posibilidades de recuperación ("turnaround capital").

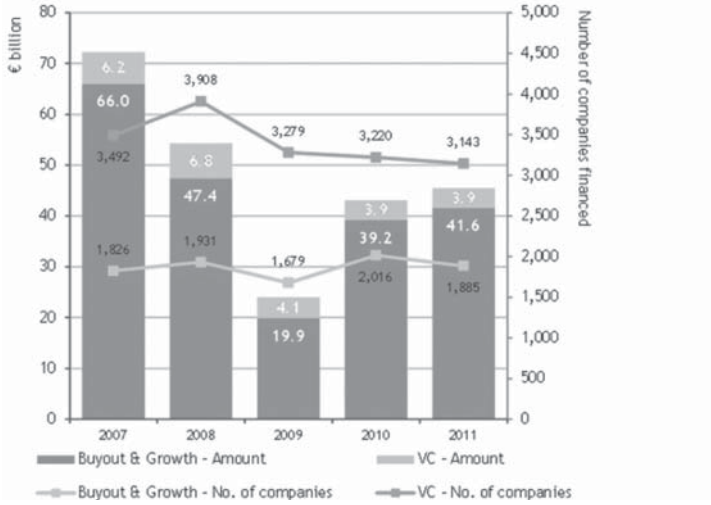
Desgraciadamente no han aumentado significativamente las inversiones de las entidades de capital riesgo. Más bien al contrario, se redujeron drásticamente al inicio de la crisis y solo se han recuperado en muy pequeña medida. El problema quizás radique en que en realidad ni antes ni ahora el capital riesgo está cumpliendo la función que su nombre parece indicar.

De lo que llamamos capital riesgo en España más del 80 % son operaciones de LBO, y apenas el 20 % operaciones de verdadero capital riesgo. En nuestro país, se engloban dentro de esta denominación estos dos tipos de operaciones, que en el mundo anglosajón llevan nombres distintos. Por una parte se encuentra el "venture capital", que es el verdadero capital riesgo y que consiste en la toma de participaciones minoritarias en el capital de empresas que están en fases iniciales de desarrollo, para venderlas más adelante, ya sea a los propios socios, a terceros, o mediante una salida en bolsa.

Por otra parte se encuentra el mercado de las compras apalancadas o Leveraged Buy Out (LBOs), también llamado "private equity". En este tipo de operaciones la entidad de capital riesgo adquiere una participación mayoritaria o total en una empresa ya madura, tomando prestada de entidades financieras una parte muy importante del capital invertido. Se adquieren en este caso empresas consolidadas y con unos flujos de caja derivados de su actividad importantes y recurrentes, puesto que se cuenta con ellos para repagar la deuda. En algunos casos la sociedad objetivo es una sociedad cotizada que se saca de cotización (operaciones "public to private"), siendo estas las operaciones más conocidas, aunque son solo una modalidad de las mismas.

Lo que interesa destacar desde el punto de vista financiero es que mientras en el primer caso el efecto sobre la sociedad es que se capitaliza la misma (aumentan fondos propios), en el caso de las operaciones de LBO el efecto es exactamente el opuesto, pues normalmente la deuda termina en el balance de la adquirida o "target" (a través de la fusión de la adquirente u otros medios), aumentando el ratio de endeudamiento sobre fondos propios.

El problema no es que estas operaciones tengan el mismo régimen favorable mercantil y fiscal de las primeras, sino que suponen la mayor parte del sector, y no solo en el caso de España, como se refleja en el siguiente cuadro de la Asociación Europea de Capital Riesgo (EVCA), del que se deduce que solo el 10 % de lo que llamamos capital riesgo es verdaderamente tal.



Quizás sea el momento de replantearse esa regulación, y de favorecer el verdadero capital riesgo en detrimento del llamado "private equity".

En realidad puede que esto ya se esté produciendo. En la época anterior, bajo la bandera de la eficiencia y la liquidez de los mercados, se consideraba adecuado facilitar la transmisión de empresas como un objeto más de comercio. Así lo declaraba la directiva 2006/68 como razón para flexibilizar las normas de asistencia financiera, que en su exposición de motivos dice: *"Los Estados miembros deben poder permitir que las sociedades anónimas concedan ayuda financiera para la adquisición de sus acciones por terceros, en el límite de sus reservas distribuibles,* ***con el fin de incrementar la flexibilidad frente a los cambios en la propiedad del capital social de la sociedad".***

Con el comienzo de la crisis cambiaron las cosas y este cambio de tendencia se notó ya en la tramitación de la LME 3/2009, en cuya presentación todos los grupos se felicitaban por haber mantenido las limitaciones a la asistencia financiera. Y la misma preocupación es el origen de la –desafortunada– referencia en el art. 35 de esa ley a la opinión del experto sobre la asistencia financiera.

Recientemente se ha reforzado el rechazo a las operaciones de fusión apalancada, pero por una vía bien distinta, que es la reforma del tratamiento fiscal de estas operaciones en el Impuesto de Sociedades.

Por una parte, el RDL 13/2012 ha establecido como medida de carácter temporal la limitación de la deducción como gasto del fondo de comercio a la centésima parte de su importe (antes 5 %).

Por otra, el mismo Decreto Ley limita la deducción de intereses como gasto en el Impuesto de Sociedades: el RDL 13/2012 establece con carácter definitivo un límite a la deducción de los gastos financieros netos de un 30 % del beneficio operativo del ejercicio. La parte no deducida, sin embargo, se puede arrastrar hasta los 18 ejercicios siguientes, y la parte del límite que no se agote se puede utilizar en los cinco siguientes ejercicios. La razón de esta medida, según la EM, es la armonización con países de nuestro entorno que han tomado medidas en ese sentido (Alemania, Italia, Francia, Países Bajos, Reino Unido), especialmente en operaciones intragrupo.

Esto puede suponer un importante freno a las LBO. En diversos estudios internacionales se señala que aproximadamente la mitad del valor creado por las LBO procede de las ventajas fiscales obtenidas, que lo son a través de estos mecanismos.

Se podría pensar que estas medidas supondrán un freno adicional a un mercado ya deprimido y colocará a las empresas españolas en una situación de desventaja competitiva.

Pero quizás esto no sea del todo así. Por una parte, si las reformas, como dice la exposición del RDL, también se han realizado en los países de nuestro entorno, no se producirá esa desventaja competitiva. En todo caso, si la creación de valor de estas operaciones está muy relacionada con las ventajas fiscales, no parece mala idea que se quiten, pues lo único que harían sería transferir rentas de los contribuyentes a los protagonistas de estas operaciones, y además estarían favoreciendo una estructura de pasivo inclinada hacia la deuda en lugar de fondos propios, aumentando de esta forma la fragilidad de las empresas. Por tanto, más que una medida que refuerce la recesión, puede ser una medida que evite los abusos de financiación en la siguiente burbuja: aunque nos tememos que para entonces se haya olvidado esto y quizás se haya derogado esta norma.

Lo que sí hay que lamentar son los continuos cambios en la regulación y la falta de normas que establezcan periodos transitorios para las situaciones creadas al amparo de la regulación anterior. Si los cambios de tratamiento fiscal aprobados tuvieran como finalidad limitar las operaciones más arriesgadas en el futuro, solo merecerían nuestro aplauso. Pero la realidad es que se aplican a todas las operaciones hechas bajo la legislación anterior, por lo que muchas de ellas pueden resultar ahora no rentables, o incluso llevar a la inviabilidad de la empresa. Un marco fiscal tan inestable supone una notable inseguridad jurídica, y eso sí que es una desventaja competitiva y un obstáculo para la inversión. El problema es que la finalidad del RDL no es, por supuesto, el mejor diseño de las operaciones de LBO, sino la de recaudar más de manera inmediata, y por eso no se establecen plazos transitorios. Y así nos va.

2. SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS ENTRE SOCIOS

Muchos empresarios se han dado cuenta en la crisis de que los estatutos de sus sociedades no servían para resolver los problemas que se planteaban entre socios, y cada vez más demandan un marco jurídico adaptado a las peculiares circunstancias del proyecto que se va a desarrollar y de sus socios.

Por otra parte, entre los juristas (y especialmente entre los notarios) es casi un lugar común criticar los estatutos tipo, que no tienen en cuenta las necesidades particulares de cada cliente, y que a menudo, a pesar de ser muy breves, incurren en deficiencias y contradicciones.

Sin embargo, es mucho menos frecuente reconocer que en las notarías funcionamos de hecho cada uno con nuestros propios estatutos tipo, y que es poco frecuente que se traten con el cliente otras cláusulas que no sean las del domicilio, el objeto y el órgano de administración.

Es cierto que la tendencia a hacer interpretaciones literales y rígidas por parte de los registros mercantiles es un obstáculo serio a la introducción a cualquier novedad sobre los estatutos que hemos comprobado "que no dan problemas". Pero también lo es que asimismo nuestra propia comodidad, y las prisas y el optimismo de los propios clientes, nos llevan a menudo a optar por los estatutos de siempre, y a no indagar las verdaderas necesidades de los socios.

Es evidente que tenemos que hacer un esfuerzo por ver si se deben introducir modalizaciones en cuestiones como las limitaciones a la transmisión de participaciones o la configuración de prestaciones accesorias.

Pero me voy a detener en algunas cláusulas, cada vez más solicitadas, que tienden no tanto a regular las relaciones durante la vigencia de la sociedad, sino a proporcionar soluciones en el caso de conflicto entre socios que eviten el recurso a los tribunales.

Vamos a distinguir aquellos que prevén una salida de la sociedad en el caso de que haya un tercero interesado, de aquellos que prevén una salida entre dos socios con igual participación, supuesto típico de bloque que puede terminar en la disolución de la sociedad.

a) La venta a terceros: derechos de acompañamiento y arrastre

Derecho de acompañamiento ("Tag Along"): es un derecho que favorece al minoritario, ya que evita que el mayoritario pueda vender su participación obteniendo él solo la llamada prima de control, que es el sobreprecio que se paga por obtener la mayoría en una sociedad.

Se puede articular de la siguiente forma: en el supuesto de que socios que representen más del 50 % (o una participación signifi-

cativa que se fije) tuvieran intención de transmitir, a un tercero o accionista, en una o varias veces, sus acciones, se aplicará un principio de igualdad de condiciones para todos los socios, de forma que estos tendrán el derecho de vender a dicho tercero el número de acciones equivalente al porcentaje de su participación en el capital de la SOCIEDAD que los socios transmitentes tuvieran intención de transmitir.

Se debe prever que se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones poseídas por entidades vinculadas a la misma y por personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta o de forma concertada con aquella.

El procedimiento consistirá en la notificación por parte de el/los socios que tuvieren intención de transmitir al órgano de administración de la SOCIEDAD su intención de proceder a la transmisión de las acciones de que se trate, así como el nombre del adquirente, el precio y modalidades de pago y, en su caso, garantías o demás condiciones de la operación.

El órgano de administración trasladará dicha comunicación a los demás socios en el plazo que se fije. Dichos socios, en el plazo que se fije (y que ha de ser breve) y en el supuesto de que no se ejercite el derecho de adquisición preferente, deberán notificar por escrito (admitiéndose "email" al efecto) al órgano de administración si desean o no transmitir las acciones de su propiedad que les correspondan de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes y en iguales condiciones que las resultantes de la mencionada comunicación. Transcurrido el plazo citado sin contestación alguna, se entenderá que opta por no transmitir las acciones de su propiedad.

La parte que hubiese iniciado el procedimiento previsto en el presente apartado se obliga a comunicar al tercer adquirente a quien pretendiera transmitir las acciones de su propiedad, la obligación de adquirir asimismo, en las mismas condiciones convenidas, las acciones de los demás socios en el supuesto de que dentro del plazo fijado hubieran manifestado su voluntad de ejercitar su derecho de acompañamiento.

En el supuesto de que dicho tercer adquirente se negara a adquirirlas, la(s) parte(s) que hubiesen iniciado este procedimiento vendrán obligadas a (i) adquirir las mencionadas acciones en igual precio y condiciones, o (ii) desistir de la transmisión inicialmente prevista.

Derecho de arrastre ("Drag Along"): es un derecho que favorece la venta por el mayoritario (o grupo que representa la mayoría), pues supone que se puede obligar a los minoritarios a vender su parte, lo que facilita la venta cuando el comprador quiere obtener el 100 % del capital.

El contenido de la cláusula podría ser del tipo siguiente:

En el supuesto de que socios que representen más del 50 % de la SOCIEDAD tuvieran intención de transmitir, a un tercero o accionista, que quisiera comprar el 100 % de la Sociedad, los socios minoritarios estarán obligados a vender sus participaciones junto con la mayoría, por el mismo precio por participación y condiciones ofrecidos por el comprador a la mayoría. Esto se entiende sin perjuicio del derecho de adquisición preferente de los minoritarios, que podrán por tanto optar también por comprar a los mayoritarios en el precio y condiciones ofrecidos por el tercero.

No parece haber ninguna duda sobre la **licitud de estas cláusulas**, pues en ambos casos se respeta tanto el derecho a transmitir como el derecho de adquisición preferente de los socios. En el primer caso se trata de una limitación a la transmisibilidad que no parece contraria a la ley, y en el segundo se trata de una concesión de opción condicionada.

La duda se plantea más bien en relación a **si cabe incluirlas en los estatutos sociales**. En la práctica se suelen establecer en pactos parasociales, pero entiendo que no hay obstáculo para su inclusión en los estatutos. Yo entiendo que no hay obstáculo legal para la inclusión de ninguno de estos dos pactos, pues el derecho a permanecer como socio de una sociedad no es un principio configurador de las sociedades. Si se admiten las sociedades con una fecha automática de disolución o causas estatutarias para la misma, o causas de exclusión de socios, no veo inconveniente en que se pueda prever la obligación de venta en un determinado supuesto.

Esto sería lo deseable para otorgar la mayor eficacia posible a estos pactos, pues hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del TS ha sido bastante restrictiva a la hora de enjuiciar la eficacia de estos pactos, como examina Carlos Pérez Ramos en un reciente artículo (2).

(2) "Significativo aumento de los pactos parasociales". *El Notario del siglo xxi*. Sept-oct 2012. Número de revista: 45, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=3143&seccion_ver=3.

Pero más allá de reforzar la eficacia de los pactos, su inclusión en los estatutos responde a la necesidad de transparencia y de evitar que se conviertan en un simple envoltorio, un formalismo para obtener la inscripción de la sociedad, mientras que el verdadero contenido del contrato social va por otro lado.

El mayor obstáculo para que se incluyan en los estatutos es, según todos los operadores jurídicos, la dificultad de su inscripción en los registros. Como he oído comentar a un abogado (y catedrático de derecho mercantil), de cara a un cliente (sobre todo si es extranjero), es mucho menos embarazoso que una decisión judicial limite la eficacia de un pacto, que aparecer como incapaz de redactar un contrato válido porque te lo devuelven de un registro público por la calificación de un funcionario. Entiendo que la obligación de abogados, notarios y registradores es evitar este tipo de situaciones, y que la DGRN debe favorecer con su doctrina la inscripción de las cláusulas lícitas. Hay que destacar que no hay en esto intereses corporativos divergentes, sino todo lo contrario (recordemos que los pactos parasociales a menudo se hacen constar en escritura pública). A todos interesa la transparencia, y a nadie que la escritura de constitución y los estatutos inscritos sean una mera cáscara mientras que el verdadero contenido del contrato social discurre por otros cauces.

b) Sistemas de salida entre los socios

Se trata de diseñar pactos que en el caso de situaciones de bloqueo en una sociedad, ofrezcan una salida distinta a la paralización de la sociedad y su posterior disolución, con la consiguiente destrucción de la empresa.

Entre ellos podemos señalar algunos de los más conocidos, que se caracterizan por sus pintorescos nombres en la doctrina anglosajona.

El más conocido es el llamado pacto a la catalana, o de manera más dramática "russian roulette". Consiste en pactar un derecho de opción de compra y venta recíproco, de manera que cualquiera de las partes puede ofrecer comprar al otro su participación por un determinado precio, y el otro está obligado a vender salvo que haga una oferta de compra por el mismo precio, que el primero está obligado a aceptar. Es decir, que uno fija el precio y el otro elige si compra o vende.

Pasando de Rusia al "far west", el pacto de **"Texas shoot-out"** consiste en que cada parte envía una oferta a un tercero en sobre cerrado con el precio que está dispuesto a pagar. Se abren las dos ofertas y el que ha hecho la mayor oferta está obligado a comprar, y el que ha hecho la menor, a vender por el precio mayor.

Una variedad del anterior es la subasta holandesa o **"Dutch auction"**, en la cual las partes lo que envían es el importe mínimo por el que estarían dispuestos a vender. El que ha puesto el precio más alto tiene la obligación de comprar al otro (y este la de vender) en el precio mayor ofrecido.

3. LAS REORGANIZACIONES FRUTO DE LA CRISIS: LA ESCISIÓN Y SUS ALTERNATIVAS

En intervenciones anteriores de la misma jornada se ha tratado la función de las modificaciones estructurales en momentos de crisis.

Aquí me voy a limitar a tratar la utilización de la escisión en algunos casos en que se persigue separar ramas de actividad dentro de una sociedad. Se trata de supuestos en que en una sociedad dentro de la cual se desarrollan varias actividades, se quiere que cada actividad quede dentro de una sociedad distinta.

La motivación puede ser diversa, pero en épocas de crisis la razón no es solo organizativa, sino que suele estar relacionada con las diferentes perspectivas de esas actividades. Se puede perseguir crear entidades distintas para cada actividad para separar la responsabilidad que surja en el futuro por el fracaso de alguna de ellas; se puede también querer simplemente evitar el contagio del riesgo de reputación en caso de dificultades de una rama, o la resolución de contratos de una actividad saneada cuando las dificultades pueden nacer de otra distinta. También a menudo es una operación previa a la venta a otra entidad de esta actividad, ya por no considerarse estratégica, o por el contrario por ser una rama con alto valor cuya venta permite sobrevivir al resto de la empresa. Estas finalidades son lícitas pero habrá que distinguirlas de aquellos supuestos en que la finalidad de la reorganización sea defraudar los derechos de acreedores ya existentes. Veamos las diversas alternativas para la colocación de ramas de actividad en sociedades distintas.

a) La escisión defensiva y sus efectos sobre la responsabilidad

En principio, el instrumento típico para separar ramas de actividad es la escisión. A través de la misma y siguiendo el art. 70 de la LME (que regula el caso más frecuente de la escisión parcial), una sociedad traspasa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde las participaciones de las beneficiarias. Así se consigue una sociedad distinta, pero en la que participan los mismos socios que en la original, sin necesidad de requerir el consentimiento de acreedores y contratantes gracias al mecanismo de la sucesión universal, y sin coste fiscal alguno gracias a la neutralidad fiscal.

El problema que se plantea, como he anunciado, es que se haga con la finalidad de defraudar los derechos de los acreedores.

Esto puede verse favorecido por la amplia libertad que deja la ley en cuanto a la distribución de los activos y pasivos entre escindida y beneficiarias. Es cierto que la escisión exige que las masas que se separan constituyan una unidad económica, pero la ley no define lo que ha de considerarse como tal ni se establece ningún control externo –salvo el fiscal– de que lo sea. Además, no hay ninguna norma que imponga que las deudas vinculadas con una determinada rama vayan con ella y por tanto parece que existe libertad en la configuración de las masas patrimoniales que se van o se quedan. Y finalmente, aunque la rama de actividad fuera tal y no se manipule la distribución de deudas, el acreedor de la rama menos solvente no tendría en principio que tener que sufrir la desmembración.

Podría pensarse que el problema de la responsabilidad está resuelto por la LME y en concreto por su art. 80, que dispone lo siguiente: *"De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación".*

En relación con este artículo, la doctrina se ha detenido en primer lugar en el examen del carácter "solidario" que establece el artículo. En realidad la responsabilidad es solidaria entre las beneficiarias

pero no frente a la deudora, que es la deudora principal, y de la cual son responsables subsidiarias. Esto queda claro, pues las beneficiarias solo responden "por las deudas incumplidas", lo que indica que no hay solidaridad respecto del deudor. En la solidaridad propiamente dicha el acreedor podría dirigirse indistintamente contra la sociedad en cuyo patrimonio figura la deuda o contra cualquiera de las demás responsables (beneficiarias o escindida). En este caso claramente ha de reclamar a la deudora, y solo si esta incumple puede reclamar a las demás, y limitadamente en el caso de las beneficiarias.

Otra cuestión discutida en relación con el mismo ha sido el de la limitación al importe del activo neto atribuido a cada beneficiaria. En relación con la sociedad escindida, cuando esta subsiste (casos de escisión parcial) la responsabilidad es ilimitada; sin embargo, en la medida en que afecta a cada una de las restantes sociedades beneficiarias –en el caso de pluralidad de sociedades beneficiarias–, tiene un límite cuantitativo: el importe del activo neto. Como señala González-Meneses, esto quiere decir que la *par condicio creditorum* preexistente entre los acreedores de la sociedad escindida a la hora de dirigirse contra los bienes de la misma queda alterada como consecuencia de la escisión, pues cuando el acreedor de una obligación atribuida a la sociedad beneficiaria A se dirige contra la sociedad beneficiaria B, queda subordinado respecto del activo bruto recibido por la misma a todos los acreedores por obligaciones atribuidas en la escisión a esta sociedad B. Y esto es así porque esta sociedad B solo responde de la deuda asignada a A en la medida en que el patrimonio activo recibido por la primera excede del pasivo, es decir, de las concretas deudas que le han sido asignadas en la escisión.

Sin embargo, la doctrina ha prestado menos atención a una peculiaridad de la norma que consiste en que si bien la escindida responde de las deudas de las beneficiarias y estas entre sí, estas sin embargo no responden de las deudas de la escindida, lo que puede que se aproveche para dejar en esta la mayoría de las deudas, los activos sobrevalorados y las actividades deficitarias y traspasar a las escindidas las ramas de actividad más rentables y saneadas.

Así sucedió, precisamente, en el caso Ercros-Ertoil, que ha dado lugar a una importante jurisprudencia que después se comenta. Se realizó lo que entonces era una "escisión impropia", pero el efecto

económico era el mismo: Ercros constituyó una filial –Ertoil–, a la que aportó los activos y pasivos que integraban su rama de actividad petrolera. Después de una venta de las acciones de Ertoil a una sociedad luxemburguesa, esta las vendió a Cepsa. Posteriormente, Ercros suspende pagos, de manera que los acreedores que conserva se encuentran con dificultades para cobrar, y entre ellos se encuentran los titulares de algunos créditos que al parecer tenían relación con el negocio de petróleo que se traspasó a Ertoil, pero que no se incluyeron en el correspondiente inventario de la segregación. Diversos acreedores pretendieron reclamar a Cepsa sus créditos, que estaban relacionados con la rama del petróleo, porque lo que les perjudicaba no era haber cambiado de deudor, sino seguir a cargo del mismo deudor que había devenido insolvente después de desprenderse de sus activos más atractivos.

Podría pensarse que esto queda salvado por el derecho de oposición de los acreedores que, como ya sabemos, paraliza la ejecución de la escisión hasta que aquellos son pagados o garantizados, con lo que queda todo solucionado. Sin embargo, no es así por varias razones. En primer lugar, porque no todos los acreedores lo tienen, pues solo lo pueden ejercer los acreedores con créditos no vencidos en el momento del depósito o inserción en la web del proyecto de escisión. Por otra parte, lo cierto es que su plazo de ejercicio es breve, y que en la LME se ha restringido su ámbito en cuanto a los créditos y ha disminuido la publicidad de la fusión, haciendo más difícil su ejercicio. Por todas estas razones, su utilización es muy escasa en la práctica.

Pero es que, además, si el derecho de oposición fuera un remedio adecuado para los riesgos que plantea la escisión, no tendría razón de ser el artículo 80. Si ese artículo existe es porque la escisión permite, como hemos visto, un peligroso juego con las masas patrimoniales. Y si eso es así, el mismo riesgo existe de desgajar partes insolventes que de dejar lo peor en la escindida.

Si el derecho de oposición no parece que sea remedio suficiente frente a ese riesgo, la cuestión es qué pueden hacer los acreedores en este caso. Aunque el TS en diversas sentencias relativas al citado caso Ertoil (la sentencia de 12 de enero de 2006 reiterada entre otras por la de 30 de enero de 2006, LA LEY 25/2006) admitió la responsabilidad de la sociedad beneficiaria (Cepsa), lo cierto es que lo hace basándose en el fraude de ley y en las particulares circunstancias del caso, por lo que resulta difícil pensar que con carácter

general se va a poder defender la responsabilidad directa de las beneficiarias por aplicación analógica del art. 80 LME.

Hay que plantearse si cabe en este caso ejercitar acciones rescisorias en caso de concurso de la escindida, es decir, si se podría solicitar la rescisión concursal de la escisión si se produce en los dos años anteriores al concurso.

En contra cabría argumentar que la tendencia es a reducir la posibilidad de declarar la nulidad de las fusiones, como resulta del art. 47 LME, que restringe la impugnación y abrevia los plazos de la misma respecto de la regulación anterior. Así resulta también de las Directivas comunitarias, que tratan de evitar que la impugnación pueda dar lugar a la ineficacia de las modificaciones estructurales.

Pero por otra parte no existe ninguna previsión legal que permita extender estas restricciones a la impugnación a la acción de rescisión concursal.

En relación con el derecho comunitario, hay que destacar que cuando quiere salvaguardar una operación de las acciones rescisorias, lo hace expresamente, como en la Directiva 2002/47/CE, que traspuso el RDL 5/2005, según el art. 15.4: "los acuerdos de garantía financiera no se verán... afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal y podrán ejecutarse… de acuerdo con lo pactado entre las partes" (supuesto contemplado en la STS 5047/2012). El art. 7 de la directiva proscribe la rescisión de actos realizados antes de la declaración del concurso, es decir, la rescisión de actos realizados en el periodo anterior de dos años al que se refiere el art. 17 de la Ley Concursal.

Además, no parece que la impugnación tenga por objeto las mismas irregularidades que la rescisión. En la primera se trata de reaccionar frente a los defectos en su procedimiento o requisitos (defectos en una notificación, erróneo cálculo del canje) y en la segunda se trata de sancionar un acto que supone un perjuicio concreto a la masa de acreedores.

Además, no se puede alegar que no procede la rescisión porque los acreedores tuvieron la posibilidad de ejercer el derecho de oposición. Los acreedores a los que defiende la acción de rescisión no son los mismos amparados por el derecho de oposición, ya que podrían pedir la rescisión acreedores que no tienen derecho de oposición, como los acreedores con créditos vencidos y también los acreedores posteriores a la fusión.

El problema de la rescisión es el de sus efectos. En principio el art. 73 de la Ley Concursal establece que "*La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.*"

Pero a nadie se le escapa que la ineficacia de la escisión plantea graves problemas, sobre todo si se ejercita pasado un tiempo desde la misma, pues mientras que la impugnación tiene un plazo abreviado a tres meses desde la inscripción, aquí se aplicaría el plazo normal de las rescisorias, que es de dos años. Entiendo que en este caso los que han entrado en relación con las sociedades escindidas han de considerarse en principio como terceros de buena fe, y por tanto habrá que aplicar el art. 73.2 de la propia ley, que señala que en esos casos la solución no es la ineficacia y restitución, sino la indemnización de daños y perjuicios. Obviamente la beneficiaria no es tercero de buena fe (no es tercero propiamente en la operación), y la o las obligadas a indemnizar serían las beneficiarias, que son las que hubieran estado obligadas a restituir. A través de esta vía indirecta podría conseguirse la responsabilidad de las beneficiarias, que por otra parte entiendo que debería establecerse en la ley con carácter general en el citado art. 80 LME.

b) Filialización defensiva

La separación de unidades de negocio para salvaguardar alguna de ellas se puede también realizar de otra forma, a través de su filialización, es decir, aportando la rama de actividad a una sociedad filial (propiedad de la aportante).

En este caso en principio no se producirá una lesión a los acreedores, pues el negocio sigue siendo titularidad de la sociedad y por tanto el patrimonio de la sociedad deudora es el mismo, aunque ahora detentado de forma indirecta.

Antes de la LME, esto se realizaba a través de la aportación de rama de actividad, que tenía reconocido en la Ley del Impuesto de Sociedades el mismo régimen de neutralidad fiscal que la escisión. Desde el punto de vista mercantil, sin embargo, no tenía una regulación especial y se configuraba como un aumento de capital con aportación no dineraria en la adquirente, en la que la aportante era la sociedad que se convertía en socia –normalmente única– de

la nueva filial. En dos resoluciones de la DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994 se planteó si en este supuesto era necesario el cumplimiento de los requisitos de la fusión, y la conclusión fue que al no haberse reconocido en nuestro derecho como figura especial, la aportación de rama de actividad no tiene los efectos de la escisión, ni debe someterse a sus requisitos, siendo por lo tanto suficiente el cumplimiento de los requisitos propios de la operación tal y como se regula en nuestro ordenamiento. Es decir, un aumento de capital con aportaciones no dinerarias en relación con la sociedad adquirente, y un simple cambio en el activo de la sociedad transmitente.

La admisión de la segregación en el art. 71 LME como una forma de escisión ha planteado el problema de si esto cambia la situación y cierra la posibilidad de realizar una aportación de rama de actividad como simple aportación no dineraria.

Sobre esta cuestión ha habido diversas posturas, pero predomina la posición favorable a la admisibilidad de la aportación de rama de actividad (3) como una opción, que es además la solución adoptada en otros ordenamientos que han regulado la segregación (en particular, Alemania y Francia). En realidad las posturas enfrentadas terminan estando más bien próximas. Los partidarios de la aplicación del 71 a cualquier aportación de rama de actividad creen que de esta forma se defienden mejor los derechos de los socios, pero reconocen que el criterio de la unidad económica no debería ser lo determinante para exigir que una determinada aportación exigiera este acuerdo. Y los que sostienen que los administradores de la aportante pueden optar por una simple aportación no dineraria en general, subrayan que esa aportación puede exceder de las facultades de gestión en el caso concreto, siendo necesario acuerdo de Junta también en la aportante.

(3) A favor: Vicent Chuliá. *La Notaría*. Núm. 1. 2010. Álvarez, S. *Diario La Ley*. 1 de octubre 2001. Alonso Ledesma. Thomson Aranzadi, 2009. Tomo II. Pág. 503 ss. Serra Callejo. *El Notario del siglo xxi*. Núm. 28. En contra: Rodríguez Artigas. RDS 31. Pág. 55 ss. También en la conferencia en el Colegio Notarial de Madrid. *El Notario del siglo xxi*. Núm. 32. 2010. No obstante, al final del trabajo deja ver sus dudas y reclama la reforma de la ley en el sentido de que se limite la exigencia de los requisitos de una LME al supuesto en que la rama de actividad sea una parte significativa o esencial de la sociedad, en un sentido semejante al de la legislación francesa.

Admitida la opción, la cuestión se reduce a cuál de las modalidades elegir. La segregación tendrá la ventaja de la aplicación del sistema de la sucesión universal a la transmisión de bienes, derechos y obligaciones, y el inconveniente de tener que seguir el procedimiento de la fusión, en particular con la toma del acuerdo de Junta también en la sociedad aportante, y las publicaciones y plazos previstos en la ley. La simple aportación, por otra parte, hará que sea necesario el cumplimiento de las reglas de transmisión de los distintos elementos activos y pasivos, y por tanto el consentimiento de acreedores y contratantes.

Hay que destacar, como ya adelantaba, que las ventajas de la aportación no son en realidad tan importantes y que en muchos casos tendrá sentido optar por la segregación. En primer lugar porque en este caso se pueden aplicar importantes simplificaciones en el procedimiento. La doctrina entiende aplicables las del art. 49 relativas a la absorción de sociedad íntegramente participada, ya que la segregación es justamente el procedimiento inverso y por tanto los intereses afectados son los mismos. No tiene sentido el informe de expertos, porque no existe canje propiamente dicho, y solo será necesario informe sobre el patrimonio si la sociedad beneficiaria es una anónima y se aumenta el capital.

Actualmente se puede plantear el problema de si se pueden aplicar igualmente las simplificaciones del nuevo art. 78 bis (introducido por RD Ley 9/2012), que regula la escisión parcial simétrica a favor de una sociedad de nueva creación. Literalmente no lo es, pero desde luego la *ratio legis* se aplica sin duda, pues se trata de una escisión, y la única diferencia es que las nuevas acciones o participaciones no se distribuyen proporcionalmente entre los socios, sino que va a la misma sociedad, lo que hace aún más evidente que no hay ningún riesgo de perjuicio entre los socios. Por tanto, cabe defender que no van a ser necesarios los informes de expertos ni administradores, y tampoco el balance (4). Por otra parte, si existe acuerdo unánime en la sociedad escindida, no va a ser necesario el

(4) No olvidemos, sin embargo, que el art. 78 bis no se puede aplicar sin matizaciones en el caso en que la escisión implique aumento de capital en alguna beneficiaria anónima, en cuyo caso será siempre necesario el informe de experto en relación a la suficiencia del patrimonio aportado en relación al capital.

depósito del proyecto ex art. 42 de la LME, de manera que el plazo se puede abreviar a un mes desde la toma del acuerdo. Finalmente, si no existen acreedores, podría incluso prescindirse del transcurso del plazo del mes de oposición, todo ello sin perjuicio de la información de los trabajadores (que también pueden no existir).

Por último, nos tenemos que plantear si en estos casos la operación va a estar sometida también a la posibilidad de rescisión concursal antes examinada. En principio no parece que este tipo de operaciones debieran ser rescindidas, porque no perjudican a los acreedores, al no producirse una reducción del patrimonio de la sociedad aportante o segregante. De hecho, puede beneficiar a los acreedores que dentro del patrimonio de la sociedad exista otra entidad separada y viable que puede ser objeto de enajenación en beneficio de la masa. No obstante, desde el punto de vista jurídico no deja de ser una enajenación, pues se transmiten unos bienes y se reciben unas participaciones y en el caso de que en la beneficiaria participe otro socio obviamente existirá un canje y por tanto riesgo para la masa. Pero entiendo que incluso siendo la sociedad beneficiaria íntegramente participada por la escindida, podría defenderse la rescisión si la finalidad no fuera la de mantener una rama al margen del concurso, sino por ejemplo, colocar en ella los bienes más valiosos o más líquidos de la sociedad para evitar la acción directa contra los mismos, pues todos sabemos que no es lo mismo embargar una cuenta corriente o un inmueble que unas participaciones sociales.

4. LAS PÉRDIDAS Y LA ESTRUCTURA DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD

Un problema frecuente en esta época de crisis económica es la reducción del patrimonio neto por debajo del capital como consecuencia de pérdidas sufridas por la sociedad.

Con arreglo al art. 327 LSC, es obligatoria la reducción de capital "***cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto.***"

Por otra parte, conforme al art. 363 LSC, se convierte en obligatoria la disolución cuando las pérdidas dejan "*reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser*

que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso". Esta necesidad de disolver impone la obligación a los administradores de "*convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso.",* y la falta de cumplimiento de esta obligación dará lugar a responsabilidad de los administradores.

Pero en contra de lo que parece deducirse de estos artículos, las posibilidades no se reducen a la disolución o al aumento o disminución de capital. Veamos las distintas alternativas y sus ventajas.

a) Préstamos participativos

La figura se regula en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica. Esta figura es útil para la finalidad que perseguimos, porque, como establece el art. 20.1.e de la norma, "*Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil".* De esta forma, si la sociedad tiene un pasivo exigible superior a los fondos propios, se puede reequilibrar la situación transformando los préstamos en participativos.

Puede ser interesante este sistema, frente a la alternativa más frecuente de conversión de esos préstamos en capital a través de un aumento por compensación de créditos, por varias razones. Por una parte los prestamistas pueden preferir mantenerse como acreedores o puede no llegarse a un acuerdo en el canje que se les ofrezca. Por otra parte supone un remedio rápido sin tener que acudir a la convocatoria y celebración de Junta General, ni a los costes de formalización e inscripción de un aumento de capital.

Los requisitos para que tengan la consideración de préstamos participativos se recogen en el citado art. 20 de la norma:

"1. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio

total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos."

Y las consecuencias de la consideración como participativos de los préstamos son dos: por una parte, la ya vista de su consideración como fondos propios, y por otra, su subordinación a los ordinarios, pues como dice la letra c) del artículo, *"Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes."*

b) Aportaciones de socios que no suponen aumento de capital

Se trata de aportaciones de socios, en proporción a su participación en el capital, y en muchos casos realizadas por su matriz o socia única, que se realizan para reponer pérdidas.

No es una figura que tenga reconocimiento en el ámbito mercantil, pero ha ido adquiriendo mayor importancia al amparo de la regulación fiscal. En principio estaban sujetas al Impuesto sobre Operaciones Societarias, lo que las ponía al abrigo de su tributación en el Impuesto de Sociedades. Sin embargo, el *Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre,* modificó el art. *45.I.B).11 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre,* establece que están exentas de la modalidad de operaciones societarias del impuesto:

"11. La constitución de sociedades, el aumento de capital, ***las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital*** *y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea."*

Este reconocimiento de que la aportación que constituye aumento de capital como supuesto sujeto y exento a OS, supone que la aportación no va a computar como ingresos en el Impuesto de Sociedades. Por tanto, es posible que los socios realicen aportaciones que directamente vayan a compensar las pérdidas de la sociedad, reequilibrando el patrimonio neto y capital.

La regulación actual parece ofrecer la posibilidad de utilizar este sistema no solo para compensar pérdidas, sino también para aumentar los fondos propios de la empresa, realizando aportaciones que pasan a constituir directamente reservas.

c) Reducción de capital

Una posibilidad que sí prevé la ley es la reducción de capital por pérdidas. Lógicamente esto solo será posible si la sociedad tiene un capital superior al mínimo legal, y ha de sujetarse a la normativa de la LSC. En este supuesto de reducción de capital no existe derecho de oposición (cuando por ser anónima o por estatutos se exija), pero la ley establece los siguientes requisitos:

- Paridad de trato (art. 320 LSC), es decir, que afecte por igual a todos los socios.
- No puede dar lugar a reembolsos, ni a condonación de dividendos pasivos (art. 321 LSC), ni puede realizarse salvo que se hayan compensado previamente todas las reservas contra las pérdidas (art. 322 LSC).
- Es necesario un balance auditado. La norma trata de garantizar que la reducción no se haga si no se dan los requisitos objetivos de la misma. Esto, que es una novedad de la LSC en cuanto a las sociedades limitadas, en la práctica supone un grave obstáculo para la utilización de este sistema para el restablecimiento del equilibrio patrimonial. Cuando el patrimonio neto es inferior a la mitad del capital social, los administradores solo tienen dos meses para restablecer la situación o disolver y en ese plazo es casi imposible obtener el nombramiento del experto por el registro y realizar la auditoría.

No obstante, hay que tener en cuenta que en el caso especial de reducción y aumento simultáneo hasta una cifra superior a la anterior, no se aplican los requisitos establecidos para la protección de

los acreedores, pues quedan con una protección igual o superior a la que tenían antes de la operación, como declararon *las resoluciones de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003.*

No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resoluciones de 23 feb. 2000 y de 30 de mayo de 2007 entendió que aun en estos casos el balance auditado era necesario, porque su finalidad no era solo la garantía de los acreedores, sino también de los derechos de los socios. Finalmente, recogiendo y coordinando la doctrina de todas ellas, la resolución de 2 de marzo de 2011 establece que en estos casos no es necesario balance ni otras medidas de protección de los acreedores (derecho de oposición), y que en caso de acuerdo unánime no será necesaria la auditoría del balance, pues los socios lo han consentido: "*debe entenderse que la verificación contable del referido balance es una medida tuitiva renunciable por todos los socios, como acontece en el presente caso. Así, no se entendería que en los supuestos de separación o exclusión el socio saliente pueda llegar a un acuerdo con la sociedad respecto de la valoración de sus participaciones sociales* (cfr. artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), *o que en caso de fusión pueda prescindirse del informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios* (artículo 34.5 de la Ley 3/2009, de 3 Abr., sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) *y, por el contrario, no se pudiera prescindir del informe de auditores en el presente caso a pesar de haber sido adoptado el acuerdo por unanimidad de todos los socios.*"

d) Aumento de capital

El art. 363 prevé también como remedio el aumento de capital en la cuantía suficiente. Veamos sus distintas modalidades y los problemas que plantean.

i) Con nuevas aportaciones

Hay que tener en cuenta que en estos casos el aumento en principio mantendrá el desequilibrio patrimonial, si bien se alterará la proporción del desequilibrio. Por ello, lo normal en estos casos es que una parte de la aportación se realice en concepto de prima de

emisión, que desde el punto de vista contable opera como una reserva disponible y por tanto se puede compensar con pérdidas. En la práctica resulta frecuente que se intente que la prima sea superior a las pérdidas para evitar que las del ejercicio siguiente vuelvan a colocar a la sociedad en situación de desequilibrio patrimonial.

ii) Por compensación de créditos

Es frecuente que los accionistas hayan ido haciendo préstamos a la sociedad para ir cubriendo necesidades de tesorería en momentos de crisis. Salvo que se den con el carácter de participativos, computan como pasivo exigible y pueden por tanto contribuir a colocar a la sociedad en causa de disolución. Por ello, se acude con frecuencia a la capitalización de esos créditos mediante un aumento de capital por compensación de créditos.

Esto puede plantear problemas en el caso de que la sociedad se encuentre ya en concurso. El art. 58 de la Ley Concursal establece que *"declarado el concurso,* ***no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado"***.

Aplicada literalmente la prohibición, podría entenderse que no cabe el aumento por compensación de créditos, pues en un aumento de capital la sociedad tiene un derecho de crédito contra el que suscribe (la deuda por dividendos pasivos), y el socio compensa con este su crédito.

Pero evidentemente no puede ser así. Lo que trata de evitar la norma es que un acreedor concreto cobre del patrimonio de la sociedad en perjuicio de los demás, pues en el momento del concurso todos los bienes o derechos del concursado tienen que servir a pagar la masa siguiendo el criterio de la *par conditio creditorem*. Por tanto, el deudor que es al mismo tiempo acreedor no compensa, sino que tiene que pagar su deuda –que irá a la masa activa–, y solo podrá cobrar en la medida que cobren los demás.

Pero el aumento por compensación de créditos produce el efecto contrario: un determinado deudor desaparece de la masa y convierte su crédito en capital, con el efecto de que disminuye la masa pasiva, beneficiando a los demás acreedores, o si se quiere, se subordina a ellos, pues solo tendrá derecho a la cuota de liquidación (que normalmente será cero) tras el cobro por todos los demás acreedores. No llega, por tanto, a nacer un derecho de crédito de la

sociedad que se compensa, sino que una partida del pasivo pasa de ser pasivo exigible a patrimonio neto.

Admitida la posibilidad de la operación, se plantea la necesidad de la participación del administrador concursal en este acto. El aumento de capital es una actuación corporativa derivada de un acuerdo de Junta, y es dudoso que sea necesario su consentimiento, aunque por la naturaleza del acto no debería haber problema en obtenerlo.

Distinto es el caso en que la que participa en el aumento por compensación de créditos como socia sea la concursada. Tampoco se trata propiamente de una compensación, sino de un acto dispositivo que convierte un crédito dinerario en otro bien (acciones o participaciones) y que por tanto es posible y lícito, pero deberá ser aprobado por la administración concursal.

III. LAS REFORMAS DEL DERECHO DE SOCIEDADES DURANTE LA CRISIS

Lo primero que hay que destacar es el gran número de reformas producidas desde el principio de la crisis en esta materia.

La Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, se publica ya en plena crisis, y en su discusión parlamentaria se dejan sentir sus efectos, a veces de forma simplemente negativa (no se reforma la normativa de asistencia financiera) y a veces en enmiendas como la del art. 35.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, va bastante más allá de una simple refundición de las leyes de anónimas y limitadas, y supone una primera importantísima reforma. Pero lo llamativo es que ambas normas han sido objeto de numerosas modificaciones posteriores. El **Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre**, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, modifica numerosos artículos de la LSC, y la **Ley 25/2011, de 1 de agosto, vuelve a reformar la norma de manera más intensa; el Real Decreto-Ley 9/2012**, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, reforma la LME, como se dedu-

ce de su título, pero también la LSC. Este RDL es además modificado en su ratificación y tramitación como Ley 1/2012, de 22 de junio.

Las reformas no están –salvo excepciones– orientadas a la solución de problemas planteados por la crisis, sino a la adaptación de directivas y a la simplificación de formalidades. Se suprimen requisitos de publicaciones (en particular el art. 289 LSC, relativo a la publicación de las modificaciones estatutarias de objeto, denominación y domicilio), y sobre todo se ha tratado de establecer en ambas leyes la posibilidad de sustituir publicaciones en diarios y en el RM por publicaciones en la web societaria.

Pero desgraciadamente a menudo las reformas son asistemáticas, dubitativas y reiterativas, como en el caso de la convocatoria o de la web corporativa, que ha tenido tres regulaciones distintas –además de la instrucción interpretativa de la DGRN de 18 de mayo de 2011.

Peor es el caso de las reformas que cambian lo ya reformado, y no porque rectificar no sea de sabios, sino por lo que revela de improvisación en el proceso legislativo y por el daño que eso produce a la seguridad jurídica.

Lo más grave, sin embargo, es que en algún caso que examinaremos las reformas parecen responder no solo a la improvisación, sino a la influencia de los poderes económicos, más que a la defensa del interés general.

Me voy a detener solo en tres cuestiones de las muchas reformadas, cuya característica común es que han sido objeto de modificaciones repetidas en un plazo breve de tiempo.

1. EL ART. 173 LSC Y LA CONVOCATORIA DE JUNTA

El art. 173 se ha modificado por el RDL 13/2010, por la Ley 25/2011 y por la Ley 1/2012, y en su momento hubo de tenerse en cuenta la instrucción antes citada de la DGRN, ya hoy superada por las reformas.

Después de tantas idas y venidas, este es el resultado: "***Artículo 173.*** *Forma de la convocatoria. 1. La junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el* Boletín Oficial

del Registro Mercantil *y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social*.

2. En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de ***comunicación individual y escrita****, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.*

3. Los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad."

Como vemos, en el número 1 se establece el régimen legal supletorio, en el dos se permite su sustitución por la comunicación escrita, y en el 3 se permite añadir otros medios de publicidad.

El artículo plantea diversos problemas:

A) Procedimiento de comunicación individual y escrita

Este sistema, que solo se admitía para la SRL, se generalizó por la Ley 25/2011 para las anónimas. Hay que tener en cuenta que la RDGRN de 8 de julio de 2011 ha entendido que basta con que se reproduzca en los estatutos la dicción de la ley, sin que haga falta precisar el medio concreto (correo certificado, burofax, telegrama, etc.), pudiendo por tanto los administradores usar cualquiera que cumpla los requisitos legales.

B) El problema de la publicación en un diario

El art. 173.2 no ha incluido la publicación en un diario como una de las formas de convocatoria por las que pueden optar los estatutos, por lo que podría entenderse que no se admite, como sostiene J. A. García-Valdecasas. Tampoco se recoge ya como forma subsidiaria (como sucedía hasta la última reforma). Pero, como veremos al tratar la cuestión de derecho transitorio, la ley no exige el cambio de estatutos ni fija un plazo de adaptación, por lo que está claro que el sistema de publicación en un diario puede subsistir en las socie-

dades ya existentes, y habrá de admitirse que se mantenga cuando se refundan estatutos.

En el caso de que una sociedad nueva quiera utilizar este sistema, está claro que podrá hacerlo como sistema subsidiario de la web, pues sería una opción por el sistema legal supletorio (173.1), y que podrá elegirse como sistema adicional a la web o al sistema de comunicación escrita (173.2). Admitidas todas estas posibilidades por la ley, no parece que haya razón para que no se admita como sistema principal o único, pues no parece que la voluntad del legislador haya sido eliminarlo. Sin embargo, la literalidad del número 2 de la última redacción del artículo puede interpretarse como que solo admite la comunicación escrita como alternativa a los sistemas del número 1, por lo que hasta que esto se aclare, no parece prudente acudir a este sistema en las nuevas sociedades.

C) Sistemas cumulativos, subsidiarios y alternativos

La cuestión es si los estatutos pueden no solo elegir entre uno de los sistemas propuestos, sino prever varios que se deben acumular, o uno principal y otro subsidiario, o varios alternativos a elección de los convocantes.

En cuanto a los cumulativos, está claro que los estatutos son libres para fijar cualquier publicidad adicional, con arreglo al 173.2. Una cosa es que la ley pretenda permitir el abaratamiento de las convocatorias y otra que los socios no puedan de común acuerdo establecer un sistema que les dé más seguridad de conocer las convocatorias, aunque tenga un coste mayor para la sociedad.

En relación con el sistema subsidiario, cabe establecerlo si el sistema principal es la web, pues así lo hace el 173.1 como sistema supletorio legal. Entiendo que como sistema supletorio los estatutos pueden establecer no solo el sistema del diario más BORME (que es lo que hace el 173.1), sino también un sistema de comunicación individual y escrita.

En la actualidad en algunos registros mercantiles se está sosteniendo lo contrario, de manera que la comunicación escrita solo se permite como sistema principal y no como subsidiario de la web. Se dice que el primer párrafo excluye al segundo, es decir, que no se puede prever la publicación en la web y en su defecto la comunicación escrita, que es lo que en la mayoría de los casos es lo más práctico, pues inicialmente las sociedades carecen de web.

Esta interpretación aboca a las sociedades o bien a acogerse al sistema del 173.1 y por tanto inicialmente estar condenadas al sistema de las publicaciones, que es lo que todas las reformas trataban de superar, o bien a establecer como régimen único el régimen de comunicación escrita.

La interpretación finalista de la norma lleva claramente a la interpretación contraria. Por una parte, si la ley prevé que el medio principal sea la web, pero establece un sistema subsidiario, es evidente que la web es preferente pero no obligatoria. Si ese sistema principal puede ser sustituido por otro, parece lógico que el subsidiario también pueda ser sustituido, sobre todo por el sistema que puede sustituir al principal. Con esta interpretación no se disminuye la seguridad jurídica ni los derechos de los socios. Además no da lugar a ninguna inseguridad sobre el medio a utilizar, pues solo cuando no exista una web que conste en el registro se podrá comunicar individualmente, y el sistema va a constar en los estatutos.

La interpretación registral indicada de la nueva norma supondría una regresión sobre los sistemas anteriores de convocatoria. No es que ya no se admita la publicación alternativa que había admitido la DRGN, es que vamos a una interpretación restrictiva absurda que obliga a volver al sistema único de comunicación individual, y a cambiar estatutos en el momento de tener la página web.

Si debemos interpretar las normas de acuerdo con el tiempo en que han de ser aplicadas, la cuestión es aún más clara.

En cuanto a los sistemas alternativos, la RDGRN de 5 de julio de 2011 los admitió con la redacción del 173 anterior a la Ley 25/2011. Con la redacción actual, parece más seguro no admitir sistemas alternativos, no tanto por la interpretación literal, sino finalista. Entiendo que la admisión de sistemas alternativos disminuye innecesariamente la seguridad del socio, que tendría que estar atendiendo a varios medios de comunicación para estar seguro de que no se le pasa la convocatoria. El dejar la opción al arbitrio de los administradores puede permitir abusos, como por ejemplo, optar por la comunicación escrita cuando sabe que se encuentra algún socio fuera de su domicilio.

D) Derecho transitorio: el problema de los estatutos vigentes

Ninguna de las sucesivas reformas del 173 establece un régimen

obligatorio, ni tampoco la obligación de adaptación de los estatutos a las modalidades ofrecidas por la nueva ley, lo que plantea la cuestión de determinar qué sucede con lo previsto en los estatutos de las sociedades ya inscritas.

La distinta regulación anterior obliga a distinguir entre sociedades anónimas y limitadas:

• Sociedades anónimas:

Antes de la presente reforma, en las SA no cabía la opción por uno o varios sistemas en estatutos, por lo que en ningún caso el contenido de estos puede considerarse una "disposición en contrario" al régimen legal. Por tanto, para todas las sociedades inscritas, ya se remitan a la ley o la reproduzcan, se debe admitir el sistema legal supletorio del 173.1, es decir, publicación en la web –si la tiene– y en su defecto en diario y el BORME. Es decir, que igual que sucedía con la redacción inmediatamente anterior, aunque en estatutos esté prevista la publicación en BORME y diario, esta última se puede sustituir por el anuncio en web si la tiene debidamente notificada al BORME.

Esto ha de interpretarse hoy a luz del art. 11 bis, de manera que aunque tenga página web, esta solo podrá sustituir al diario si es anterior a la entrada en vigor de la ley o si se ha tomado después el acuerdo de creación.

• Sociedades limitadas:

La situación es distinta, porque en las limitadas casi siempre existe en los estatutos una opción por un sistema distinto del legal supletorio, y por tanto deben prevalecer los estatutos inscritos sobre el sistema supletorio legal. Solo si los estatutos no regulaban la convocatoria o reproducían el sistema legal –lo que es muy raro en SL– se aplicará lo mismo visto en el caso de la SA.

Se han planteado problemas prácticos en relación con estatutos que establecían la publicación en un determinado diario, cuando este ha desaparecido y ya no se publica. Entiendo que en ese caso se debe admitir la convocatoria por el sistema supletorio del art. 173.1, pero como normalmente no se habrá realizado la inscripción de la web en el registro, habrá que acudir al sistema de publicaciones y cambiar los estatutos en la Junta.

2. DERECHO DE SEPARACIÓN EN EL CASO DE FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS: EL ART. 348 BIS LSC Y SU SUSPENSIÓN

La novedad de la Ley 25/2011 que dio lugar a una mayor polémica fue la nueva causa de separación introducida por este artículo, que no figuraba en el proyecto de ley, ni se menciona en la exposición de motivos. Su origen está en una enmienda del Grupo Popular en el Congreso, y una vez aceptada no fue objeto de más discusión. El artículo dice:

"Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas."

A) Juicio crítico

El fundamento de la norma es evitar el abuso de la mayoría. Existe abundante jurisprudencia sobre casos en que la mayoría se niega sistemáticamente al reparto de dividendos, en supuestos en que los resultados lo permitirían y no existen razones económicas para no repartirlos. A menudo esto va unido a que la mayoría controla los órganos de administración y obtiene beneficios a través de la remuneración como administradores, o como empleados o prestadores de servicios. En la justificación de la enmienda que introduce este artículo se dice que se vulnera así uno de los principales derechos del socio y se bloquea al socio en la sociedad, y que es además uno de los principales motivos de conflictividad social. Además, se defiende que el derecho de separación es un medio adecuado, puesto que no se trata de imponer necesariamente un determinado repar-

to, sino de que el socio no pueda de ninguna manera obtener el beneficio económico derivado de su condición de socio, ya que en las sociedades cerradas la venta suele ser imposible; y que no impide la capitalización de la empresa al poder destinarse dos tercios de las ganancias a reservas. Podría añadirse que el establecimiento de un porcentaje mínimo de reparto puede parecer rígido, pero es la única manera de superar el problema que tenían los tribunales que se enfrentaban a estos supuestos para determinar cuál era la parte que debía distribuirse. Hay que recordar que la mayoría de las sentencias (con la excepción de la STS de 26 de mayo de 2005) entiende que el juez no puede determinar la cantidad que ha de distribuirse, por lo que la declaración del abuso supone la nulidad del acuerdo, pero no que el socio pueda obtener el lucro, que es el fin de la sociedad. El profesor Jesús Alfaro defiende que se debe reconocer un derecho de separación general por justa causa aparte de las expresas legales, que se puede deducir de los principios generales de los contratos y en particular del principio de que los contratos sin límite temporal pueden ser denunciados. Por tanto, una vez declarado el abuso por los tribunales, el socio debía poder ejercitar este derecho. La norma viene de alguna manera a reconocer esto, objetivizando la causa del derecho en la falta de reparto de dividendos en los términos expresados.

Sin embargo, la norma también ha dado lugar a numerosas críticas en los comentarios más inmediatos a la ley (5). Se dice que es contrario a la libertad de empresa y que supone un freno a la inversión, y que dificultará que se dé entrada a socios minoritarios como trabajadores o directores, pues cualquier minoritario puede obligar al reparto de dividendos.

Sobre todo se ha destacado que en el contexto de crisis actual puede tener unos efectos especialmente perturbadores:

- Dificulta pactos que pueden ser interesantes para superar una situación difícil en una empresa, como los pactos de moderación salarial condicionados a un compromiso de limitación de dividendos.

(5) Por todos, véase el post en el blog ¿hay derecho?: http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-%C2%A1que-barbaridad/.

• En las sociedades endeudadas puede ser imposible tomar el acuerdo de reparto de dividendos porque implica la ruptura de un pacto con los financiadores.

• El reparto del dividendo mínimo previsto puede también ser incompatible no ya con el pacto, sino con el repago de la deuda, y por tanto llevar a la insolvencia.

En todos estos casos la alternativa de la separación en realidad no es tal, porque el ejercicio del mismo, si la participación es significativa, supondrá también una descapitalización que la empresa endeudada o en dificultades no podrá soportar.

Sobre todo parece que la norma no ha sido suficientemente pensada o matizada, pues no incorpora las consideraciones que hacía la jurisprudencia a la hora de valorar si existía abuso. Las sentencias tenían en cuenta la prolongación en el tiempo de la falta de reparto de dividendos, y también la situación económica de la sociedad en su conjunto y en particular el endeudamiento frente a terceros y la necesidad de repago de deudas (6).

A la vista de estos problemas, veamos cuáles son los presupuestos del derecho de separación y cuál es la interpretación más adecuada.

B) Supuesto de aplicación

a) Elemento temporal:

La norma solo se aplica a partir del quinto ejercicio desde la inscripción de la sociedad, y parece que el primero debe contarse aunque sea incompleto. Llama la atención que no se exige la reiteración

(6) Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 21 de enero de 2011: "no existen causas objetivas que puedan justificar tal acuerdo, que solo es explicable desde la perspectiva del conflicto personal abierto entre los socios. Lo relevante para llegar a esa conclusión es el elevado volumen de las reservas voluntarias… ello con unas partidas del activo (tesorería…, deudores…) muy saneadas, sin que las de pasivo puedan justificar la decisión."

La SAP BALEARES 22 DICIEMBRE 2010 habla de la "saneada situación económica y financiera…, que no precisan de acudir a la financiación externa, que tiene inversiones mobiliarias y de fondos, que no tiene préstamos pendientes de devolución, amén de altas inversiones inmobiliarias, que la sociedad se autofinancia y es de carácter patrimonial".

en la falta de reparto de dividendos, lo que contradice la justificación de la enmienda, que dice que "el derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos". No creo que esto pueda ser suficiente para hacer una interpretación *contra legem* en el sentido, por ejemplo, de entender que hace falta que no se reparta durante cinco años. Pero sí nos tiene que servir para interpretar la norma de una forma que no vaya más allá de su finalidad, que es prevenir los abusos.

b) El voto del disconforme a favor de la distribución de dividendos:

La norma no parece contemplar que en la Junta es muy probable que no exista una propuesta a favor de la distribución, sino que solo se proponga la aplicación del resultado a reservas, con lo que formalmente no existiría tal voto y no se aplicaría la norma. Solo los socios de anónimas con más del 5 % podrían pedir un suplemento a la convocatoria introduciendo un punto del orden del día con la votación del reparto de dividendos. Creo que no puede defenderse esa interpretación formalista, y que siempre que la propuesta no suponga el reparto que prevé la ley, los socios que hayan votado en contra tendrán el derecho previsto, aunque convendría que en la Junta dejaran constancia de su oposición a esa aplicación del resultado y de su voluntad favorable al reparto en los términos de la ley, reservándose el derecho derivado de este artículo.

c) Elemento objetivo: la interpretación de los beneficios propios de la explotación que sean legalmente repartibles.

Se plantea a qué se refiere la ley cuando habla de beneficios propios de la explotación. Si acudimos al concepto contable, los resultados de la explotación son los resultados antes de descontar gastos financieros y antes de impuestos. No se puede admitir esta interpretación porque llevaría a calcular los dividendos y a distribuir sobre resultados que no son repartibles, y el artículo exige que lo sean. La justificación de la enmienda dice que el término se ha tomado del art. 128 de la LSC, que regula el usufructo de acciones –y no, por tanto, de la norma contable–, y que se trata de evitar que se obligue al reparto de los beneficios derivados de resultados extraordinarios como las plusvalías por la venta de activos. Por tanto, entiendo que

solo se pueden repartir los beneficios netos de las actividades ordinarias, una vez deducidos todo tipo de gastos e impuestos.

En el mismo sentido se pronuncian Silván y Pérez, señalando que la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre esta cuestión en relación con el art. 128 LSC no ha aplicado el concepto contable (STS de 9 de marzo de 2011).

Lo que no parece contemplar la norma es el problema que puede conllevar el reparto de dividendos para la situación de tesorería de la sociedad, cuando esta tiene que reembolsar préstamos hechos por terceros. El repago de deuda no supone un gasto desde el punto de vista contable y por tanto estas obligaciones no reducen los resultados. Sin embargo, en un determinado momento, los beneficios obtenidos pueden ser necesarios para la devolución de esos préstamos. Los defensores de la aplicación de la norma aun en estos casos podrán decir que esta no obliga a repartir ese dividendo y que solo dará lugar al ejercicio del derecho de separación. Pero lo cierto es que por esa vía también se puede llegar a la insolvencia de la sociedad, si no tiene recursos para pagar el valor de las acciones.

No parece lógico que el reparto de dividendos pueda llevar a la insolvencia de la sociedad, por lo que podría defenderse que no se aplica la norma si existen deudas que repagar con cargo a los beneficios. Otra manera de solucionar este problema sería entender que en estos casos se sigue aplicando la norma, pero que como con arreglo al art. 276 de la LSC la Junta puede determinar el momento del pago del dividendo, podrá aplazar el mismo hasta el momento en que la situación de tesorería de la compañía permita el pago.

Esto nos lleva a la pregunta de si ese plazo del 276 es totalmente libre. La cuestión no se planteaba antes porque al ser el reparto competencia totalmente libre de la Junta, lo era sin duda el plazo de pago. Pero ahora podemos encontrarnos con que se pase del abuso de no repartir dividendos, al abuso de acordar su reparto pero no pagarlos, porque se establece un plazo largo para el mismo. Entiendo que el aplazamiento será válido siempre que se pueda justificar por la previsión de flujos de caja de la sociedad, pero no en otros.

En cualquier caso, parece que el deber de fidelidad del socio, derivado de la prohibición del abuso de derecho, será un límite respecto del ejercicio de este derecho de separación. No parece que la existencia de pactos que prohíban el reparto de dividendos, ni de planes de negocio que así lo prevean, sea causa suficiente para ne-

gar el derecho de separación. Pero si el ejercicio del derecho lleva a la sociedad a una situación de insolvencia, se puede considerar que el ejercicio es abusivo.

d) Excepción en el caso de sociedad cotizada:

Aunque algún autor ha criticado esta excepción, entiendo que en principio está justificada porque en ese caso no es necesario conceder este derecho, pues el mercado bursátil ya concede una posibilidad de salida al socio. Otra cosa será que en el caso concreto las acciones carezcan de mercado real a pesar de ser cotizadas. La nueva norma no impide que los socios entablen una acción por abuso de derecho, como sucedía antes de esta norma.

e) Pactos que alteren este derecho

i) En estatutos

Se puede plantear si sería lícito limitar este derecho de separación mediante pacto estatutario. Si lo consideramos como un derecho legal de cada socio, no cabría ni siquiera mediante acuerdo unánime. Alfaro Águila-Real ya se ha manifestado a favor de esa posibilidad (7), señalando que las normas de defensa de las minorías son susceptibles de renuncia y que por tanto cabría el pacto estatutario, adoptado por unanimidad, aunque existen opiniones en contra (8). Los antecedentes legislativos avalan esta última postura, puesto que se suprimió en la ley la referencia a la disposición estatutaria en contra que existía en el art. 150 de la propuesta de código de sociedades (aunque este argumento no es definitivo, pues no decía que se aplicara incluso en caso de pacto unánime). Además, hay que tener en cuenta que en el art. 346 LSC solo en el apartado d) se prevé que la causa legal pueda ser derogada estatutariamente, por lo que se deduce que los demás casos de derecho de separación no son dispositivos. Como señalan Silván y Pérez, hay que tener en cuenta que tampoco cabe limitarlo temporalmente, pues

(7) Alfaro, Campins: *El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia.*

(8) Illescas, J.: *Reparto obligatorio de dividendos en no cotizadas*. Silván, F. y Pérez, I.: "Derecho de separación y dividendos: el controvertido artículo 348 bis LSC". *Diario La Ley*. Número 7813, 7 de marzo 2012.

el art. 108.4 LSC establece que los estatutos solo pueden impedir el derecho de separación durante un plazo de cinco años desde la constitución de la sociedad.

Pero quizás quepa llegar al mismo resultado por otra vía. Hay que tener en cuenta que el artículo habla de los beneficios que sean legalmente repartibles. Pues bien, el art. 273 LSC es el que regula cuáles son los beneficios repartibles y sus límites, y el primer límite es que estén "cubiertas las atenciones previstas por la ley y los estatutos". Es decir, que solo son repartibles "legalmente" los beneficios una vez que se hayan cubierto las reservas legales y estatutarias (9). Como la ley no ha establecido ningún límite a la previsión estatutaria de reservas voluntarias, creo que esto sigue siendo lícito. Los límites serían que no se desvirtúe el derecho al dividendo (no podría establecerse la obligación de destinar la totalidad o el 99 % de los beneficios a reservas), y a mi juicio, y tras la entrada en vigor del 348 bis, la unanimidad, pues ahora el establecimiento de una reserva estatutaria afecta al derecho individual a separarse de cada socio.

ii) Pactos parasociales

No cabe duda de que cabrán pactos parasociales en los que se admita por los socios el no reparto de dividendos. Aunque el TS ha declarado que no es posible fundar una impugnación de acuerdos sobre la base de aquellos, los estima lícitos, y no parece que los socios no puedan renunciar individualmente a este derecho.

Silván y Pérez hacen un examen de la doctrina sobre la licitud de los pactos parasociales contrarios a normas imperativas y, siguiendo las teorías de Paz-Ares, llegan a la conclusión de que este no es un supuesto de *ius imperativium* que se aplique a todas las sociedades, sino un supuesto de *ius cogens*, y que por tanto el pacto será lícito siempre que no excluya totalmente al socio de las ganancias (lo que sería contrario a la regla general aplicable a todas las sociedades que se deriva del art. 1691 del CC).

El problema se centra en la eficacia del mismo, pues parece que no son oponibles a la sociedad de acuerdo con la doctrina del TS citada. Cabría, en todo caso, la aplicación de las cláusulas penales que se hubieran establecido.

(9) Así lo interpretan Silván y Pérez.

C) La norma de suspensión y los problemas de su aplicación

La Ley 1/2012 adiciona una disposición transitoria nueva a la LSC con el siguiente contenido: "*Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta Ley*".

Sin duda las críticas expresadas y la situación de crisis y sobreendeudamiento de las empresas españolas han dado lugar a la excepcional medida de la suspensión. Quizá sea acertada la medida de derecho transitorio, pero la peculiar circunstancia de la falta de norma para su aplicación plantea varios problemas.

a) ¿Qué es lo que se suspende?:

Se puede dudar si la norma supone la suspensión del derecho de oposición o del ejercicio del derecho. A mi juicio no hay duda de que hablar de la suspensión de la aplicación de la norma es lo mismo que suspender la misma. Por tanto lo que hace no es suspender el ejercicio del derecho nacido al amparo de esa norma, sino la norma misma. Es decir, que el artículo no se deroga, pero que no es aplicable hasta el 2015. La suspensión equivale a una derogación temporal de la norma. La suspensión del derecho, además, plantearía problemas prácticos muy complejos que la ley no contempla, como el momento en que se deben evaluar las participaciones y el de nombramiento de auditor.

b) ¿Qué sucede con las Juntas de este año 2012?

Está claro que en las celebradas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma no nacerá el derecho de separación.

En las celebradas con anterioridad a la entrada en vigor, sin embargo, a falta de norma transitoria, hay que aplicar las del CC, pues como dice el art. 4.3, "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes." En la doctrina y la jurisprudencia no hay duda de que a falta de disposición expresa las normas no tienen efecto retroactivo, y que son de aplicación supletoria las normas del CC. Al aplicarlas a otras normas habría que sustituir "Código Civil" por "la nueva norma".

De las mismas se deduce que la derogación no afecta a la existencia del derecho, y obviamente la suspensión no puede tener mayores efectos que la derogación. Las disposiciones transitorias del CC

empiezan con una especie de norma preliminar que establece: "*Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.*" No hay duda de que el derecho de separación se adquiere cuando se da el supuesto legal para el mismo, que en nuestro caso se produce con el acuerdo de no distribución de dividendos si el socio se opone al mismo. Por tanto, a falta de norma que establezca la retroactividad, el derecho existe y se puede ejercitar.

Contenido, forma y plazo de ejercicio del derecho: el CC regula también en qué términos se ejercita ese derecho que ha nacido bajo una ley vigente ya derogada, y dice que: "*1.– Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca...*". En realidad, esto viene a reiterar la regla general primera, pero añadiendo que no solo el derecho subsiste, sino que se rige por la normativa anterior. En realidad, esto en nuestro caso no plantea problemas porque la norma que suspende la aparición del derecho de separación no afecta al régimen de su ejercicio, que subsiste sin modificación alguna en el art. 353 LSC.

Por si esto no fuera bastante, dice el núm. 4: "*4.– Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros.*" De su lectura resulta claro que lo importante no es que el derecho se haya ejercitado antes de la entrada en vigor de la nueva ley, sino que exista en ese momento, y subsistirá en sus mismos términos y extensión. En cuanto a la forma de ejercicio y procedimiento se sujetaría al procedimiento introducido por la nueva norma. Obviamente, si la nueva norma no modifica los plazos y procedimientos, sino que se limita a suspender su nacimiento, los nacidos antes se rigen por el procedimiento anterior, que en este caso además subsiste para los demás supuestos del derecho de separación. Por tanto, se aplican las normas generales del derecho de separación y, por tanto, se puede ejercitar en el plazo y forma en él previsto.

3. LA REFORMA SOBRE LAS NORMAS DE BLOQUEO

Dentro de la Ley 1/2012, que ratifica el RDL 9/2012, relativo a las fusiones, y en el último momento, se aprobaron en el Senado dos enmiendas dirigidas supuestamente a evitar la toma de control de grandes empresas españolas por terceros oportunistas o "buitres", con el voto a favor de todos los grupos parlamentarios.

Voy a limitar mi examen a una de ellas, que reforma el art. 527 LSC suprimiendo la prohibición de limitación de voto en las sociedades cotizadas (los llamados blindajes), que se introdujo a través de la Ley 12/2010. Esta modificación procedía de una enmienda que los medios de comunicación llamaron la "enmienda Florentino", porque supuestamente beneficiaba a ACS en su lucha por tomar el control de IBERDROLA, aunque en su día se apuntó que también beneficiaba a SACYR (como socio de REPSOL).

La norma, por una parte, refleja el vértigo en el que ha caído nuestra legislación de sociedades, de manera que seguir la pista de esta norma se convierte en un verdadero reto:

— El art. 105 LSA permitía establecer un máximo de votos que pudiera ejercer un accionista.

— La Ley 12/2010 introduce la llamada enmienda Florentino, pero aplazando su entrada en vigor a 1 de julio de 2011.

— En el texto refundido de la LSC esa norma pasa a ser el 515.

— El 1 de julio de 2011 entra en vigor.

— Se renumera como art. 527 por la Ley 25/2011.

— La Ley 1/2012, de 23 de junio, que entra en vigor al día siguiente, la modifica de nuevo en una enmienda introducida extemporáneamente –en el informe de ponencia– en una disposición adicional de una ley que regula otra materia totalmente distinta (la información en las fusiones).

Y eso no es todo: entre medias de todo esto el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre la suspensión cautelar de la norma y sobre la impugnación de la misma (rechazando una y otra).

El resultado de esa accidentada evolución es el actual artículo 527 de la LSC: "*Cláusulas limitativas del derecho de voto. En las sociedades anónimas cotizadas las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, fijen con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista, las so-*

ciedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, quedarán sin efecto cuando tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del capital que confiera derechos de voto, salvo que dicho oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado."

Pero más allá de esa falta de rigor y estabilidad en la producción normativa a la que estamos desgraciadamente acostumbrados y que supone una gran inseguridad jurídica, veamos qué persigue el legislador actual.

El PP dijo a los medios que la finalidad de la norma era la protección de los minoritarios. La cláusula de limitación de voto impediría que en sociedades con un accionariado muy disperso un accionista adquiera una posición de control con un pequeño porcentaje sin necesidad de plantear una OPA. Esto perjudica a los minoritarios porque no tienen la oportunidad de vender al precio superior que paga el nuevo accionista por adquirir un porcentaje significativo (la llamada "prima de control"). La novedad de la norma respecto de su redacción original (art. 105 LSA) es que prevé que las limitaciones no se aplicarán si el accionista "tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento". Esto supone un límite a los blindajes, pero realmente es un límite que difícilmente tendrá aplicación en las cotizadas medias y grandes, porque el control de las mismas se alcanza con porcentajes claramente inferiores.

En sentido contrario, se ha dicho que lo lógico es que en las sociedades de capital el voto sea proporcional al mismo, y cuando se cambió la ley, el Partido Socialista, que la propuso, decía que era para dar transparencia los mercados.

Puede que efectivamente el PSOE fuera un convencido de la libertad de mercado y de la creación de valor para el accionista, y que el PP esté genuinamente preocupado por los derechos de los minoritarios, pero no cabe descartar que existan otros motivos e intereses en unos y otros. La prensa se ha fijado en los interesados, tanto en relación con la primera reforma (ACS, Sacyr, y el exdirector de la Oficina Económica de Zapatero –Taguas–, que representaba a los promotores) como con la actual (Iberdrola, Telefónica, y sus recientes fichajes de personas próximas al Gobierno actual).

No creo que haga falta ver ninguna influencia de una empresa específica para darse cuenta de que el motivo alegado en esta última reforma no termina de convencer.

En primer lugar, las normas de protección de minoritarios se establecen en general a través de normas imperativas. Aquí nos encontramos, sin embargo, con una norma que supuestamente favorece al minoritario, pero que tendrá que ser adoptada por mayoría para que pueda tener efecto. Y que además parece que podrá ser derogada por otro acuerdo de la mayoría.

Además, si lo que se pretendía era que la minoría no fuera excluida de la prima de control, el blindaje debía levantarse siempre que se hubiera lanzado una OPA, aunque no se llegara al 70 % del capital.

La verdadera razón del cambio puede ser que la limitación de voto, además de evitar que alguien con un pequeño porcentaje del capital se haga con el control, sirve también para que conserven este control unos gestores que ya lo detentan con un porcentaje aún menor. Por tanto, parece que lo que se quiere es favorecer el blindaje de los gestores de las sociedades y de sus actuales grupos de control minoritarios. En esto coincide con la otra enmienda aprobada, que dificulta las OPAs –aunque esta al menos solo se aplica a sociedades en circunstancias excepcionales–. Lo que no está muy claro es que el cambio beneficie a las propias empresas o a los accionistas verdaderamente minoritarios que no ejercen el control. Más bien reducirá el atractivo de esas sociedades para los inversores que no estén en disposición de adquirir más del 70 % del capital, y por tanto perjudicará a los minoritarios al mantener el valor de la acción más bajo. Por todo ello, más que una medida a favor de una empresa concreta parece una medida promovida por todos los gestores de las grandes empresas cotizadas, sospecha que de alguna manera confirma el hecho de que a pesar de que se introdujeran las enmiendas incumpliendo las normas procedimentales del Parlamento, fuera votado de forma unánime por todos los grupos políticos.

De lo que no cabe duda es de que los continuos cambios de legislación perjudican gravemente a la seguridad jurídica y de paso a la credibilidad y a la recuperación económica de España.

Pero además de los problemas de fondo, tenemos otro problema de derecho transitorio, pues la norma no aclara qué es lo que sucede con las normas estatutarias anteriores que no hubieran sido adaptadas.

Cuando se prohibieron los blindajes en la primera reforma, se estableció una larga *vacatio legis* hasta 2011, y se dio un plazo de adaptación de los estatutos para las que pasaran a cotizar. Ese plazo de adaptación era solo para estas y no para las sociedades cotizadas, cuyas normas estatutarias tendrían efecto hasta la entrada en vigor de la norma.

¿Puede entenderse que analógicamente se aplicaba a las cotizadas a su entrada en vigor y que por tanto al haberse cambiado la norma unos días antes de que pasara el año siguen vigentes los estatutos?

Yo entiendo que no: la norma se aplica a las cotizadas directamente y por tanto son nulas esas cláusulas desde el día en que entró en vigor. La finalidad del plazo de adaptación es solo facilitar la transición de las sociedades que pasen a ser cotizadas.

Esto significa que las que pretendan adoptar esas limitaciones deberán hacerlo de nuevo, aunque no hayan reformado sus estatutos, pues no tiene sentido que reviva por un cambio legislativo una cláusula que era nula. Además, colocaría en una posición absurda a las sociedades que diligentemente hubieran cambiado sus estatutos para adaptarlos a la normativa vigente, frente a las otras que no lo hubieran hecho.

Y la pregunta en este caso es cuál es la mayoría que se ha de exigir para establecer un máximo de votos. La verdad es que no parece que estemos en un supuesto de exigencia de nuevas obligaciones a los socios (art. 290 LSC), y aunque afecta a los derechos individuales de los socios, no se puede aplicar el art. 291 LSC, que exige en este caso el consentimiento individual, porque este artículo solo se aplica a las limitadas. Por tanto, parece que se aplicarán las normas generales sobre adopción de acuerdos de modificación de estatutos.

CONCLUSIÓN

Es fácil, por desgracia, lamentarnos por la deficiente técnica legislativa de las numerosas y recientes reformas. Pero también es cierto que en este momento en el que la crisis tiene una dimensión no solo económica sino institucional, es necesario denunciar la imprevisión del legislador y del Gobierno (con tanto Decreto-Ley, viene

a ser lo mismo), y también las reformas, que parecen obedecer a intereses que no son los generales de los ciudadanos.

Pero también es necesario que cada uno de nosotros, como operadores jurídicos, mejoremos nuestra forma de actuar y tengamos en cuenta las nuevas circunstancias, para dar respuestas a las mismas. A mí, desde luego, me ha servido este estudio para plantearme esto en mi trabajo, y espero que alguna idea pueda también resultar útil a los que hayan tenido la paciencia de escucharme.

EL LEGADO DE CRÉDITO
(Primera parte) (*)

Juan-Faustino Domínguez Reyes
Doctor en Derecho

Para Carmen, mi esposa.

Resumen: Desde el Derecho romano se entiende que el testador puede transmitir un crédito a un tercero (legatario), teniendo efecto en la parte subsistente más los intereses al tiempo de fallecimiento del testador.

Este criterio se ha transmitido por tradición histórica a todas las legislaciones de nuestro entorno cultural. Nuestros antecedentes legislativos se han transmitido sistemáticamente hasta el vigente art. 870 del CC.

El problema que presenta esta figura jurídica es, si por voluntad del testador, el legatario queda subrogado en su lugar y como acreedor frente al deudor o, por el contrario, es el heredero el que hereda y después entrega el legado.

Palabras clave: legado, crédito, testamento.

Abstract: From Roman law means that the testator can transmit a credit to a third person (legatee), taking effect in the remaining part plus interest at the time of death of the testator.

This criterion has been transmitted by tradition to all the laws of our cultural environment. Our legislative history have systematically transmittes to the existing art. DC 870.

The problem with this legal figure is if the will of testator, the legatee is subrogated in place and as a creditor against the debtor or, on the contrary, is the heir who inherits the legacy and after delivery.

(*) Publicamos en este número de la Revista la primera parte del trabajo (capítulo primero). En el próximo número, el 82, publicaremos la segunda parte (capítulos segundo, tercero y cuarto, índice de sentencias civil y registral, y bibliografía).

SUMARIO

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

Capítulo primero. PRESUPUESTOS DEL LEGADO DE CRÉDITO

1.1. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS
- 1.1.1. Estudio de los artículos 870 y 871 del Código Civil
- 1.1.2. Antecedentes históricos
- 1.1.3. Concepto y naturaleza jurídica
- 1.1.4. Distinción con otras figuras afines: el legado de liberación o perdón, el legado de deuda y el reconocimiento de deuda

1.2. EL LEGADO DE CRÉDITO EN EL DERECHO COMPARADO
- 1.2.1. El parágrafo 2173 del Código Civil alemán
- 1.2.2. Los artículos 1014 y 1015 del Código Civil francés
- 1.2.3. El artículo 658 del Código Civil italiano de 1942

1.3. LOS SUJETOS DEL LEGADO DE CRÉDITO
- 1.3.1. El acreedor testamentario: consideraciones generales
- 1.3.2. El heredero y sus obligaciones: el artículo 870, párrafo 2.º, del Código Civil
- 1.3.3. El prelegado. La posibilidad de que el heredero sea al mismo tiempo legatario de crédito: planteamiento histórico y sustantivo
  - 1.3.3.1. Planteamiento histórico
  - 1.3.3.2. El artículo 890, párrafo 2.º, del Código Civil
- 1.3.4. El legatario o el beneficiario del legado de crédito
- 1.3.5. El legado modal: consideraciones previas y antecedentes históricos
  - 1.3.5.1. Consideraciones previas
  - 1.3.5.2. Antecedentes históricos
- 1.3.6. El modo: la posibilidad de que el legado de crédito pueda ser otorgado bajo cláusula modal
- 1.3.7. El sublegado: la posibilidad de que el testador grave al legatario de crédito en beneficio de un tercero
  - 1.3.7.1. El artículo 858 del Código Civil
  - 1.3.7.2. Naturaleza jurídica
- 1.3.8. El deudor en un legado de crédito
- 1.3.9. Conclusión

Capítulo segundo. EL OBJETO DEL LEGADO DE CRÉDITO

2.1. EL CRÉDITO COMO RELACIÓN JURÍDICA OBJETO DE TRANSMISIÓN

2.1.1. Previo
2.1.2. Planteamiento histórico y sustantivo del crédito
2.1.2.1. Síntesis histórica
2.1.2.2. El objeto de la transmisión: el crédito
2.1.3. Los intereses: delimitación conceptual
2.1.3.1. Concepto
2.1.3.2. Naturaleza jurídica
2.1.4. La facultad de disponer por causa de muerte
2.1.4.1. El crédito propio del testador (artículos 870 y 882 del Código Civil)
2.1.4.2. El crédito ajeno: El legado de cosa ajena (artículos 860 y 861 del Código Civil)

Capítulo tercero. EFECTOS DE LOS DERECHOS INCORPORALES EN EL LEGADO DE CRÉDITO

3.1. LOS EFECTOS DEL LEGADO ENTRE PARTES Y FRENTE A TERCEROS
3.1.1. El legado surte efectos en el todo o en la parte del crédito más los intereses debidos al tiempo del fallecimiento del testador
3.1.2. La caducidad versus la revocación del legado de crédito
3.1.3. Los efectos frente a terceros del legado de crédito

Capítulo cuarto. EL LEGADO DE CRÉDITO EN EL DERECHO FORAL

4.1. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 427-31 DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA
4.1.1. El artículo 427-31 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones: aspectos generales
4.1.2. El crédito propio del testador
4.1.3. La obligación del heredero respecto del legado de crédito
4.1.4. La revocación del legado de crédito

ÍNDICE DE SENTENCIAS CIVIL Y REGISTRAL

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

AAMN	Anuario de la Academia Matritense del Notariado.
AC	Actualidad Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADGRN	Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho español.
AP	Audiencia Provincial.
Art. (s)	Artículo (s).
BGB	Bügerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán).
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCom.	Código de Comercio.
CC	Código Civil.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CCJC	Cuaderno Civitas de Jurisprudencia civil.
CE	Constitución Española.
D	Digesto.
DI	Digesto italiano.
Dto. L	Decreto Ley.
EDJ	El derecho jurisprudencia.
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica.
EJE	Enciclopedia Jurídica Española.
JUR	Jurisprudencia de TSJ y AP.
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil.
LH	Ley Hipotecaria.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
P.	Partidas del Rey Alfonso X, El Sabio.
Pág. (s)	Página (s).
R (s)	Resolución (s).
RA	Repertorio Aranzadi.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD	Real Decreto.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDCA	Revista de Derecho Civil Aragonés.
RDEA	Revista de Derecho Español y Americano.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDN	Revista de Derecho Notarial.

RDPatrimonial	Revista de Derecho Patrimonial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REJES	Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales.
RGD	Revista General de Derecho.
RGDR	Revista General de Derecho romano.
RGLJ	Revista general de Legislación y Jurisprudencia.
RH	Reglamento Hipotecario.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado.
S.	Sentencia (s).
SEDH	Studia et documenta historiae et iuris.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN

El legado de crédito tiene su origen en el Derecho romano, *legatum nominis,* que proviene del vocablo *nomen,* término con el que se denomina en Roma a los derechos de crédito.

Tanto el art. 870 de nuestro Código Civil, el parágrafo 2173 del Código Civil alemán, como el art. 658 del Código Civil italiano, no definen el legado de crédito, sino que solo nos dicen en qué consiste. Así que, en sentido estricto, el "legado de crédito tiene efectos solo en cuanto a la parte del crédito que existe al tiempo de la muerte del testador"; en sentido amplio, consiste en "aquella disposición testamentaria por la cual el testador lega un crédito que tiene frente al deudor en beneficio del legatario, que comprende los intereses que por el crédito se debieran al morir el testador".

El presente trabajo se estructura en cuatro capítulos: El primero lo dedicamos a los presupuestos del legado, iniciando el estudio de los arts. 870 y 871 del Código Civil, para pasar después al Derecho comparado, en donde apreciamos, entre otros extremos, que en el Derecho alemán el legatario adquiere la cosa legada desde el fallecimiento del causante. El Código Civil italiano admite dicha posibilidad, pero el art. 649 *in fine* añade que el legatario deberá pedir la posesión de la cosa legada. Sin embargo, el Código Civil francés no regula el legado de crédito, pero en aplicación de los arts. 1014 y 1015, puede el testador legar un crédito debiendo manifestarse sobre la adquisición del legado desde el momento de su fallecimiento.

El supuesto normal de un legado de crédito es que el testador designe a un tercero (legatario), pero si este coincide con el heredero, es decir, concurren en la misma persona la cualidad de heredero y legatario, estamos ante un *prelegado,* si por el contrario, al legatario designado se le impone un gravamen en beneficio de un tercero, estamos ante un *sublegado*.

En el capítulo segundo abordamos el estudio del objeto del legado: el crédito, del que no existe un concepto en nuestro ordenamiento jurídico, posiblemente, porque el legislador equiparó "crédito" y "préstamo", siendo en la práctica distintos. Con carácter previo hacemos referencia a la nueva Directiva comunitaria en materia del crédito al consumo y sus tres formas de concesión: pago aplazado (crédito), préstamo y apertura de crédito. Inicialmente hemos propuesto una noción de crédito restringida y económica que no se

identifica con el concepto de crédito en sentido jurídico, pues este supone un derecho subjetivo no vinculado en su nacimiento al contrato, sino como categoría jurídica que comprende cualquier tipo de relación en que un sujeto activo puede exigir de un sujeto pasivo la prestación. El crédito consiste en un pacto entre el prestamista y el prestatario para entregar y restituir, en un tiempo determinado, generalmente dinero, más los intereses (préstamo bancario), el mutuo o préstamo de consumo donde una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y cantidad, que puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses, es decir, pactando pagar unos intereses determinados, o bien pactando que solo se devuelve la cantidad prestada, obviando intereses. Analizamos en este capítulo el concepto y naturaleza jurídica del interés: en el crédito consiste en una prestación accesoria incorporada a la deuda principal; en el préstamo, dicha prestación puede ser gratuita o con pacto de pagar intereses. A mi juicio, lo que el testador lega es un préstamo del que es titular frente a un tercero, cuyos intereses pueden ser onerosos o gratuitos.

Generalmente el testador suele ser el titular del crédito, pero en nuestro ordenamiento jurídico admite la posibilidad de legar una cosa ajena siempre que el testador, al legarla, supiera que lo era, cuya prueba corresponde al legatario.

El capítulo tercero lo hemos dedicado a los efectos del legado, en donde el crédito, que por el hecho de haber sido dispuesto por su titular, no altera dicho crédito, sino que se transmite al designado con efectos desde el fallecimiento del testador.

A continuación planteamos la caducidad *versus* la revocación del legado, por estimar que estamos ante una revocación y no una caducidad, concluyendo el capítulo haciendo referencia a los efectos frente a terceros.

Por último, el capítulo cuarto lo dedicamos al estudio del art. 427-31 del Código Civil de Cataluña, único ordenamiento foral que tiene regulación nominada en la materia. Iniciamos su estudio con una panorámica sobre la concepción descriptiva del legado de crédito, que propone el legislador catalán, y su relación con las legislaciones de nuestro entorno cultural.

Por otro lado, destacamos que, por lo general, el crédito es del testador, pero cabe legar un crédito ajeno. Estimando que en la legislación catalana se zanja el problema doctrinal de la obligación

del heredero respecto del legatario, pues según el art. 870, párrafo 2.º, del CC, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor, la doctrina ha estimado que el heredero es quien recibe el legado y después lo transmite al legatario. Según el art. 427-31, párrafo 3.º, del CCC, el heredero deberá entregar al legatario los documentos y los títulos que encuentre en el patrimonio del causante, por lo que, en este caso, no habrá una cesión, sino una obligación de dar.

Concluimos el capítulo planteando la capacidad de los *concepturus*, como la del legatario, además de la obligada referencia sobre la materia en el Fuero Nuevo y la Ley de Sucesiones de Aragón, para concluir con el embate producido en nuestra jurisprudencia y en la doctrina científica en cuanto a la capacidad del *nondum concepti.*

Por último, quiero expresar mi agradecimiento al profesor don Gabriel García Cantero, por sus valiosas recomendaciones.

Capítulo primero
PRESUPUESTOS DEL LEGADO DE CRÉDITO

1.1. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS

1.1.1. ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 870 Y 871 DEL CÓDIGO CIVIL

Regula el art. 870, párrafo 1.º, del CC, dos tipos de legados, de objetos y efectos distintos (1): el legado de crédito y el legado de

(1) El art. 870 del CC tiene su antecedente legislativo en el art. 854 del Anteproyecto del CC de 1882-88, precepto que resulta concordante con el art. 3566 del Código Civil mejicano y el art. 1821 del Código Civil portugués de 1876 *(vid*. Lasso Gaite 1970: 632-633). Es un precepto que, por otro lado, se inspiró en el art. 686 del Proyecto de Código Civil de 1851, salvo algunas variantes *(vid*. Scaevola 1945: 330). De este último precepto ha comentado García Goyena (1974: 371) que está inspirado en parte en las Instituciones de Justiniano (Libro 2.º, tít. 20.º, párrafo 13.º y 21.º) y en la P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 15.º y 47.º; otra parte se tomó del Digesto (D. 34,3,21), referido al legado de deuda, aunque en la redacción final se tomó en cuenta la opinión de los glosadores.

El vigente art. 871 del CC resulta de la unificación de los arts. 855 y 856, párrafo 2.º, del Anteproyecto de 1882-88, que tiene su antecedente legis-

liberación o perdón. En el primero, generalmente, el testador es titular del crédito (acreedor) y el deudor un tercero; en cambio, en el segundo, el testador lega a su deudor el crédito que él tenía, con lo cual renuncia a que le sea exigido (*vid*. Ossorio Serrano 1991: 2126).

El legado de crédito, también llamado *legatum nominis,* se transforma en liberación de deuda si el deudor es el propio legatario, siendo aplicables los arts. 1187 a 1191 del CC, en cuanto no contradigan lo dispuesto en los arts. 870 y 871 del mismo Cuerpo legal (2). Si el crédito es del testador, estamos ante un crédito propio, pero cabe la posibilidad de que el crédito sea de un tercero, *v. gr*., del heredero gravado o del legatario beneficiario (Albaladejo 1998: 219, Albácar López y Castro García 1992: 848). Si el crédito es propio del testador frente a un tercero, se transmite, siempre y cuando sea transmisible dicho crédito (Ossorio Morales 1957: 392), pero, cuando es un crédito ajeno, se aplica lo dispuesto en los arts. 861 y 862, que supone legar un crédito a un tercero, conociendo el testador que no es propio (Albaladejo 1998: 219, Díaz Cruz 1951: 271), cuya prueba de que el testador lo sabía corresponde al legatario. Por otro lado, el art. 861 declara que el gravado está obligado a adquirirlo para entregarlo y, de no ser posible, su justa estimación (3). Pero, si desconoce su enajenación al tiempo de legarlo o lega a un tercero, creyendo que es propio, el legado es nulo de pleno derecho, salvo que, al tiempo de otorgar testamento, adquiera la titularidad del crédito. Cabe la posibilidad de legar un crédito creyendo que es de un tercero, cuando en realidad es propio del heredero o del legatario, quienes, al aceptar la herencia, entregarán la cosa legada o su

---

lativo en los arts. 687 y 688, párrafo 2.º, del Proyecto Isabelino. El art. 687 viene a señalar que caduca el legado cuando el testador demanda al deudor para el pago, aunque este no lo haya realizado, mientras que el art. 871 precisa que el legado caduca si, después de haber legado, demanda al deudor en pago de su deuda, aunque no se haya realizado al tiempo de su fallecimiento. García Goyena (1974: 371) dice que la dicción del art. 687 se apartó del criterio de la P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 15.º; en cambio, el art. 871, párrafo 2.º, del vigente CC es de análoga redacción al art. 688, párrafo 2.º, del Proyecto de Código Civil de 1851.

(2) Fernández-Pacheco Martínez (1979: 1, 1993: 5245); Albaladejo García (1998: 218 y ss.); Sánchez Román (1910: 1317).

(3) STS de 29-1-1930 (RA 31); y Ossorio Morales (1957: 392).

justa estimación (art. 863, párrafo 1.º, del CC), salvo lo dispuesto en el art. 864 (4).

El legado de crédito supone que el testador deja como acreedor a un tercero a título de legatario, pudiendo este exigir la totalidad o parte del crédito existente más los intereses al tiempo del fallecimiento del causante.

En este sentido, comenta Albaladejo (1998: 227) que los intereses del crédito son posteriores a la muerte del causante, no solo porque así se dispuso, sino porque lo lleva el crédito, es decir, el carácter accesorio de los intereses, respecto de la deuda principal. Añade a este respecto Ossorio Serrano (1991: 2128) que, salvo voluntad en contrario del testador, los intereses corresponderán a los debidos al tiempo de la muerte del testador, como también las garantías personales o reales que hayan garantizado la operación crediticia, según dispone el art. 883 del CC. A colación de lo expuesto, ha señalado Marín Castán (2000: 48) que la principal obligación del legado de crédito o el de liberación de deuda consiste en comparar el momento en que se hizo y el momento de la muerte del testador.

Es requisito para la existencia de este legado, como tendremos ocasión de exponer más adelante, que no se haya producido un pago voluntario antes del fallecimiento del testador, pues con ello se extingue el legado (Albaladejo 1998: 222-223, Scaevola 1945: 338), o como escribe Ossorio Serrano (1991: 2128), el crédito debe subsistir al tiempo del fallecimiento del causante, pues si el deudor paga en su totalidad, la transmisión legataria es nula, pero si abona una parte, solo cabe reclamar el remanente más los intereses debidos desde el fallecimiento del testador. Por ejemplo, si A (testador) lega a B (legatario) el crédito que tiene frente a C (deudor), se puede dar el supuesto de que C abone la totalidad de la deuda al legatario antes de fallecer el testador. Si es así, el legado no es válido, pero si paga antes de fallecer el causante parte de la deuda, puede el legatario reclamar el resto más los intereses después de la apertura de la sucesión, que, en palabras de Marín Castán (2000: 48), el legatario no puede reclamar lo que el testador ha percibido en vida, ni lo que el legatario le ha pagado de la deuda perdonada.

Por otro lado, en el art. 870, los párrafos 2.º y 3.º son, posiblemente, los preceptos que más quebraderos de cabeza han dado a la

(4) STS de 29-1-1985 (RA 256).

doctrina (Albaladejo 1998: 228) (5). Ciertamente, en el art. 870, párrafo 2.º, se dice que el heredero cumplirá con ceder al legatario las acciones, pues con ello entrega los medios de defensa: efectividad, reclamación y cobro frente al deudor (Albaladejo 1991: 320-321). En el legado de liberación (art. 870, párrafo 3.º), puesto que, en realidad, lo que acontece es una condonación de deuda, al heredero le bastará con entregar la carta de pago. En el primer caso estaríamos ante una cesión de créditos (arts. 1526 y ss.), en el segundo, ante una condonación de deuda (arts. 1187 y ss.) (6), en opinión de Albaladejo (1991: 321) no habrá una cesión, sino un otorgamiento de documentos que hagan constar que, en efecto, el crédito es del legatario por voluntad del testador, salvo que sea necesaria la cesión de créditos para su pleno efecto, hecho que desarrollaremos en el siguiente epígrafe.

Aparte de las dos opiniones expresadas, existe una tercera que es denominada "novación" (Sánchez Román 1910: 1315-1316) o "novación de crédito" (Ossorio Serrano 1991: 2128). La novación del art. 1203, párrafo 3.º, del CC es una modificación por subrogación de un tercero en los derechos del acreedor. También denominada "novación subjetiva", se produce al concurrir la voluntad del acreedor de la obligación antigua que se extingue con la del acreedor de la nueva o, como expresa Sánchez Román (1910: 1317), "se subroga al legatario en los derechos del acreedor en el crédito contra un tercero", cumpliendo, escrupulosamente, lo previsto en los arts. 1204 y 1209 del CC. Por su parte, Ossorio Serrano (1991: 2128) señala que, tratándose de una novación extintiva, quedaría extinguido por aplicación del art. 869, párrafo 1.º, salvo que el testador haga constar su deseo de que el legatario ocupe su lugar. Por su parte, Marín Castán (2000: 49-50) aporta otro punto de vista, que consiste en que el heredero puede entregar al legatario el importe del crédito más los intereses debidos o ceder las acciones que tuviera contra el deudor como sucesor del testador. Descartamos esta última, pues no existe transmisión gratuita, sino legado compuesto por el principal más los intereses al tiempo del fallecimiento del testador. Lacruz (Lacruz y Sancho 1988: 330) ve dudosa la novación y destaca la STS de 6-12-

(5) Señala en relación con dicho precepto "que en vez de dar luz sobre el asunto, con lo que dice da pie para oscurecerlo".

(6) Albaladejo (1991: 321); Albácar López y Castro García (1992: 847).

1919, que señala "que por aplicación del art. 870 queda sin efecto el legado de crédito si, después de otorgado el testamento en que se ordenaba, el testador renuncia al crédito en cuestión, o lo condona".

Por último, el art. 871 del CC señala que el testador, después de haber legado un crédito o condonado una deuda, si demandara judicialmente al deudor para el pago de dicho crédito, se entenderá caducado. Comentando este precepto, Albaladejo (1998: 224 y 227) afirma que la reclamación de pago produce la revocación (7), aunque, impropiamente, en el art. 871, párrafo 1.º, del CC, se dice "caducado", pero lo que realmente se produce es una revocación, tanto si se trata de un tercero como si es el propio legatario cuya reclamación ha de ser judicial (8), por su parte, Marín Castán (2000: 52) añade que al ser el testamento un acto revocable, si resulta que el testador después de designar al legatario procede a reclamar su pago judicialmente, ha de entenderse revocado o ineficaz.

1.1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Derecho romano subsistieron, además de la sucesión universal, en la que el heredero es un continuador de la personalidad jurídica del causante o en una cuota parte de dicha universalidad (coheredero), otra sucesión en la que esta continuidad no tenía lugar, sino que consistía en una relación de liberalidad, de adquisición o de crédito, por cuya razón se le otorga una eficacia singular (Jörs y Kunkel 1963: 489) (9).

(7) Ossorio Serrano (1957: 391); Díaz Cruz (1951: 275); Marín Castán (2000: 52), para estos autores se trata de una revocación tácita.

(8) Albaladejo (1998: 225); Lacruz y Sancho (1988: 330-331); Díaz Cruz (1951: 275); Sánchez Román (1910: 1316); Scaevola (1945: 334).

(9) Señala que el "legado en sus inicios fue una forma de contrapartida a la institución de heredero", que consistía en una disposición testamentaria sobre objetos singulares de la herencia y a cargo del heredero; en cambio, el heredero era designado para suceder a título universal al testador.

El legado, como dice Biondi (1960: 277 y 281) (10), es fruto de una evolución en el desarrollo del Derecho, que no quedó cerrado, sino que junto al *legatum* surgieron otras figuras, como el fideicomiso, el *modus* y la antigua *donatio mortis causa,* que coexisten con el legado.

Las fuentes solo nos proporcionan dos definiciones de legados (Schulz 1960: 300, Arias Bonet 1950: 802): una de Florentino (D. 30,116), "*legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*" (11)*;* otra de Modestino (D. 31,36), "*legatum est donatio testamento relicta*" (12)*.* De la primera se infiere que no siempre el legado implica una disminución *(delibatio),* disgregación o sustracción de cosas de la herencia; de la segunda, el legado no implica una donación, sino que generalmente es una liberalidad (beneficio). Tal vez la definición que nos resulta más ajustada es la propuesta por Ulpiano (13), "*Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur*"*.* De esta acepción entresacamos las siguientes características: a) liberalidad, porque la intención del que lega es beneficiar al legatario; b) consignado en última voluntad, es decir, se habrá de hacer en testamento; c) sin atribuir al favorecido la representación del difunto (Alonso Pérez 2003: 5109 y 5111) (14).

---

(10) Señala que el "legado no es originario, sino es el resultado de un proceso de abstracción progresiva que no puede suponerse en la época primitiva". Pero, admitiendo la facultad de legar, en las XII Tablas de forma gradual se va reconociendo su inclusión en el testamento; Alonso Pérez (2003: 5107-5108), negando en parte el aserto anterior, añade que "el legado es hijo de una experiencia vivida desde muy antiguo, como vía para favorecer a descendientes o al cónyuge excluido de la sucesión hereditaria, pero que representaban elementos cardinales en la economía familiar agraria".

(11) "Legado es la segregación de algo de la herencia por la cual el testador quiere que se atribuya a alguien algo de lo que en su conjunto va a ser del heredero".

(12) "Legado es una donación dejada en el testamento".

(13) *Reg. Ulpiano 24,1*. "El legado es lo que como ley, esto es, imperativamente, se deja en testamento".

(14) Afirma que "el legado tiene carácter nominativo *(ita ius esto)* y supone una vía de atribución de bienes separada de la universalidad hereditaria", es decir, es la transmisión hereditaria destinada a un beneficiario en lugar de a un heredero, de ahí que el legatario sea un tributario de bienes o

En la época romana la estructura del legado estaba formada por cuatro tipos diversos (15) que, en la época del emperador Justiniano, se redujo a dos. Así, los géneros clásicos son: Primero, *per vindicationem* (16) (legado vindicatorio o real), era aquel que después de la adición quedaba dueño *ex iure quiritium* de la cosa legada y podía venderla (según los Sabinianos); aunque los Proculeyanos sostuvieron que la adquisición de la propiedad tenía lugar por voluntad del legatario. Era, pues, un legado de naturaleza real cumpliéndose solo cuando el testador tenía el dominio quiritario. El segundo género era *per damnationem* (17) (legado obligacional), que tenía lugar cuando el legatario adquiera después de la adición, no la propiedad, sino una acción personal para obligar al heredero a dar o a hacer. Era, pues, un legado de crédito. En tercer lugar, el *legatum sinendi modo* (18)*,* que tenía lugar cuando el heredero quedaba obligado a dejar tomar alguna cosa al legatario, siendo esta toma de posesión la que hacía dueño al legatario. Finalmente, el *legatum praeceptionem* (19)*,* donde *praecipare* aludía a tomar previamente, aparte de su porción. Esto se usaba para hacer un legado al heredero (prelegado). No transfería la propiedad, sino que daba al heredero prelegatario el derecho a tomar una cosa antes de proceder a la adquisición de la herencia (posturas de los Sabinianos). Los Proculeyanos, por el contrario, consideraban que estaban ante un legado de naturaleza *per vindicationem.*

Reconocidas y separadas las distintas categorías de los legados, fue en el siglo I d. C. cuando se inició su concentración *(vid.* Biondi

derechos, con lo que se pretende beneficiar, cuya liberalidad es connatural, no esencial al legado.

(15) Gayo 2.191.

(16) Gayo 2.193-200; Gómez de la Serna (1850: pág. 505); Biondi (1960: 278); Jörs y Kunkel (1963: 490); Arias Bonet (1950: 804); Iglesias (1992: 630); D'ors (1991: 362).

(17) Gayo 2.201-208; Gómez de la Serna (1850: 506); Biondi (1960: 278); Jörs y Kunkel (1963: 491); Arias Bonet (1950: 804-805); Iglesias (1992: 631); D'ors (1991: 363).

(18) Gayo 2.209-215; Gómez de la Serna (1850: 506-507); Biondi (1960: 279); Jörs y Kunkel (1963: 492-493); Arias Bonet (1950: 805); Iglesias (1992: 631-632); D'ors (1991: 361).

(19) Gayo 2.216-223; Gómez de la Serna (1850: 507-508); Biondi (1960: 280); Jörs y Kunkel (1963: 493); Arias Bonet (1950: 805); Iglesias (1992: 632); D'ors (1991: 364).

1960: 287-288). Así, por el *Senatusconsultum Neronianum,* el legado hecho en términos inadecuados se estimaba *per damnationem* (20). En la época del emperador Constancio (339 d. C.) (21), se abolieron las fórmulas de todos los actos, bastando tan solo la intención del testador. Por último, se produce la unificación justinianea (22), que consistió en que todos los legados tenían una única naturaleza y que de ella derivaban tanto una acción personal como una real.

Inicialmente, el término *nomen,* de donde proviene *nominis (legatum nominis),* era la palabra que los romanos empleaban para designar el derecho de crédito (Albácar López y Castro García 1992: 846), vínculo entre el acreedor y el deudor que no admitió transmisión por su carácter personalísimo. El cambio viene de la mano de la *Lex Poetelia Papiria,* que lo recogió como valor pecuniario encuadrado en *la nomina* de los derechos de cosas (Serrano García 1975: 629).

Conservando el legado de crédito los efectos *per damnationem,* quedaba obligado el heredero por la sucesión a transferir el crédito al legatario. Esta ejecución, según Biondi (1960: 459) (23), fue a través de una *procuratio,* que ideó la práctica en relación con la cesión de créditos; de este modo, el legatario era un cesionario, y el heredero, un cedente de crédito por voluntad testamentaria (Serrano García 1975: 630).

Como escribe Arias Bonet (1950: 67), es difícil dar fechas, pero lo que el Derecho de Justiniano considera: "única naturaleza y de ella derive tanto una acción personal como real", fue el inicio de la desvinculación (Biondi 1960: 459-460) (24) del negocio de cesión

(20) Gayo 2.197; Bonfante (1979: 653); Arias Bonet (1950: 805); D'ors (1991: 366); Gómez de la Serna (1850: 508).

(21) Bonfante (1979: 653); Biondi (1960: 293); Iglesias (1992: 633), lo sitúan en una constitución de Constantino del año 320 d. C. (C. 6,37,21); en igual sentido, D'ors (1991: 366); por el contrario, Gómez de la Serna (1850: 508) lo sitúa en la constitución de Constantino, Constancio y Constante (Ley 21.ª, tít. 37.º, lib. 6.º, del Cód.).

(22) Biondi (1960: 293); Bonfante (1979: 653); Gómez de la Serna (1850: 509-510); Alonso Pérez (2003: 5114).

(23) En análogos términos, D'ors (1991: 369); Arias Bonet (1950: 66).

(24) Afirma que el proceso de desvinculación se inició con una constitución de Dioclesiano del 295 d. C., la misma *actio utilis* que Antonino Pío concedió al comprador de una herencia, comenzando los efectos directos del legado, es decir, el legatario ya no adquiere del heredero, sino que sucede del causante; en análogos términos, Arias Bonet (1950: 68-69).

entre el heredero y el legatario, adquiriendo efectos directos por la voluntad del testador; es decir, quedaba el legatario subrogado en la posesión del causante (Arias Bonet 1950: 67-68).

El *legatum nominis* consiste en disponer de un crédito a favor del legatario, quien por la transmisión se convierte en acreedor, quedando inalterado el deudor. Así, se produce el cambio del testador (acreedor) por el legado de crédito y el legatario se subroga en el mismo derecho de crédito que tenía el testador.

Podemos concretar, coincidiendo con Biondi (1960: 460), que estamos ante un legado de crédito, "cuando el testador atribuye la facultad de pretender del deudor la prestación debida". Por tanto, se trata de transmitir al legatario el mismo derecho que el testador tenía. Por ello, si el crédito no existe o se extingue el legado, es nulo de pleno derecho.

También cabe, según Biondi (1960: 459), legar un crédito ajeno, aunque las fuentes no regulan este tipo de legados, si bien, se pueden aplicar las normas del legado de cosa ajena.

El siglo v d. C. fue el fin de la antigüedad y el nacimiento de la Baja Edad Media, una era de conflictos y donde la unidad se disuelve. Fue un periodo que se caracterizó por la conservación del conocimiento del pasado y el comienzo de las obras de autores clásicos. De esta época son las Partidas del rey Alfonso X, el Sabio (25), concretamente, la Partida 6.ª, tít. 9.º: "De las mandas que los hombres hacen en sus testamentos"; la Ley 1.ª, que define los legados como: "*Manda es una manera de donación que deja el testador en su testamento, o en codicilo […], o por hacer algo aquél a quién deja la manda. Otra donación hacen, a los que dicen en latín donatio causa mortis, que quiere tanto decir como cosa que da el testador a otro, cuidándose morir*".

1.1.3. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

A continuación explicaremos los dos factores fundamentales que inciden en el legado de crédito, es decir, el concepto propiamente dicho y su naturaleza jurídica.

(25) García-Gallo (1975: 527 y ss.); Tomás y Valiente (1979: 126 y ss.).

i) Concepto

Como tendremos ocasión de exponer más adelante, los códigos decimonónicos, como es el caso del parágrafo 2173 del Código Civil alemán, los arts. 1014 y 1015 del Código Civil francés, el derogado art. 844 del Código Civil italiano de 1865 (de análoga redacción al vigente art. 642 del Código Civil de 1942) y los arts. 870 y 871 del Código Civil español, no definen el legado de crédito, sino que establecen en qué consiste: el testador puede legar tanto el crédito que le pertenece, entendiéndose los efectos de dicho legado desde el fallecimiento del testador, como los intereses que genera desde dicha fecha. Así, el heredero tiene como única obligación la de entregar al legatario los títulos que justifican su titularidad.

Este derecho antiquísimo, aunque se sitúa, como hemos apuntado más arriba, en el Derecho romano, gravita en que el testador (acreedor) de un crédito, al legar dicha titularidad a un tercero (legatario) (26) o a un heredero (prelegatario) por la manifestación de su voluntad, se subroga en la misma posición jurídica que el testador tenía frente al deudor, pudiendo el beneficiario (legatario) exigir la parte restante del crédito más los intereses que genera hasta su conclusión, además de ejercer las prestaciones inherentes a dicho crédito, puesto que lo que se transmite es el título, no la cosa debida.

De acuerdo con lo expuesto, la propuesta de un concepto resulta difícil, porque, desde su origen, ha prevalecido en qué consiste; no obstante, proponemos como concepto positivo el formulado por el profesor Roca Guillamón (1984-85: 160): "Toda atribución patrimonial a título particular hecha en testamento a favor de persona o personas determinadas que exime al atribuido de toda responsabilidad por cargas que exceden del valor de la atribución".

ii) Naturaleza jurídica

No existe unanimidad en la doctrina a la hora de determinar la naturaleza jurídica del legado de crédito. Para un sector doctrinal

(26) Cabe la posibilidad de que los herederos sean designados por el testador al mismo tiempo que el legatario, en cuyo caso estamos ante un prelegado; si dicho legado es de crédito, estamos ante un prelegado de crédito, es decir, concurre en una misma persona la doble condición de heredero y legado de crédito.

(27), el testador transmite *ipso iure* la titularidad de la cosa legada desde su fallecimiento (art. 882) (28); por el contrario, otro sector doctrinal (29) sostiene que es el heredero el que, tras la aceptación, recibe la herencia, además del legado, procediendo a ceder al legatario el crédito mediante una cesión (arts. 1526 y ss. del CC). Los primeros fundamentan su tesis en que debe ser el crédito, no la suma legada. Así, siendo el crédito determinado y propiedad del testador, su titularidad se transmite automáticamente al abrirse la sucesión *(vid.* Lacruz [Binder 1953: 335]) o, como expresa Albaladejo (1991: 320), el crédito, como cosa específica, propia y determinada del testador, tiene efectos reales (transmisión directa del titular al beneficiario), y no con efectos obligatorios o constitutivos a cargo del heredero frente al tercero beneficiario del crédito. Por ello, se debe aplicar el art. 882, pues se trata de un derecho incorporal.

A la doctrina expuesta objeta Ossorio Serrano (1991: 2152) considerando que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega a los herederos o, en su caso, a los albaceas, si han sido autorizados para ello (art. 885).

Los segundos fundamentan su doctrina en que es el heredero quien, por la aceptación, asume la representación del causante. Por ello, el heredero gravado cumplirá con ceder al legatario el crédito,

(27) Lacruz y Sancho (1990: 330); Albaladejo (1998: 229); Díaz Cruz (1951: 272); Royo Martínez (1951: 174); Lledó Yagüe (1991: 547); Roca Sastre (Kipp *et al* 1976: 572); Puig Brutau (1977: 444); Espín Cánovas (1978: 354); García Cantero (1973: 794-795); Fernández-Pacheco (1979: 2, 1993: 5246); Resoluciones de la DGRN de 19-5-1947 (RA 1044), 25-5-1971 (RA 3402), 8-3-1965 (RA 1485).

(28) Calvo Meijide (1991: 105); Lacruz y Sancho (1988: 315) señalan que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 881, el legatario adquiere el derecho a los legados desde la muerte del testador, precepto que puesto en relación con los arts. 430 (la posesión de derechos) y 440 (la posesión civilísima), se puede hablar de que el legatario adquiere el derecho legado desde el fallecimiento del causante y sin necesidad de aceptación; Moreu Ballonga (1991: 19) señala que se discutió tanto en la pandectística del siglo pasado como en la doctrina de los países de tradición romana, si son reales u obligacionales los legados de crédito y liberación.

(29) Manresa y Navarro (1950: 751-752); Albácar López y Castro García (1992: 847); Ossorio Serrano (1991: 2127); Ossorio Morales (1957: 390); Ramón García (1995: 163); Royo Martínez (1951: 167-168); Miguel Traviesas (1931: 136); Serrano García (1975: 633).

ya que, no solo habrá de tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 870 y 871 del CC, sino también lo establecido en los arts. 1526 y ss. del mismo Cuerpo legal. Para Ossorio Morales (1957: 390), "el legatario no deviene acreedor del tercero por el hecho del fallecimiento del testador, pues son los herederos quienes suceden en los créditos y es necesario que éstos los cedan al legatario para que éste se convierta en acreedor".

Junto a estas dos tesis surge una tercera propiciada por el profesor Sánchez Román (1910: 1315), quien afirma que por la novación (art. 1203-3.º) el legatario queda subrogado en los derechos del acreedor frente al tercero, o sea, se extingue la obligación anterior respecto del fallecido y sus herederos ceden el crédito al legatario. Objetamos a esta teoría que por aplicación del art. 883 el legado se extiende a las garantías personales y reales que aseguran el pago del crédito. Así, si el avalista o fiador quiere volver a financiar el crédito, bien, pero si no, no se le puede obligar, pues por el mecanismo novatorio se extingue la relación originaria y, en su lugar, nace otra. Por su parte, Marín Castán (2000: 49) señala que no hay una transmisión, sino un legado asimilable a dinero o metálico (cosa debida) más los intereses al tiempo del fallecimiento del testador. Para Vallet de Goytisolo (1982: 192) se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad del testador ajustada en cada caso. En análogos términos se manifiesta Martín Pérez (2003: 5323) cuando dice que, en efecto, la regla del art. 882 ha de interpretarse conforme a la voluntad del testador. Por su parte, añade el profesor García Cantero (1973: 786 y 795) (30), cuando dice que "el heredero solo conserva la posesión del crédito, pues siendo este determinado, su titularidad pasa automáticamente al legatario al abrirse la sucesión". Así lo entendemos, pues, como señala Martín Pérez (2003: 5325), existe una aparente contradicción *(vid.* Álvarez-Caperochipi 1990: 287) entre los arts. 882 y 885 del CC, ya que en el primer supuesto el legatario tiene una acción real, si se le impidiese el traspaso posesorio; mien-

(30) No obstante, adopta una clasificación más acorde con la naturaleza y el acto de disposición por causa de muerte. Así, la palabra "cosa" del art. 882 equivale a "bien" y, por tanto, el legado no debe limitarse a cosas corporales, sino también a cosas incorporales (derechos reales y de crédito); en análogos términos, Lacruz y Sancho (1988: 330) y Sáinz-Cantero Caparrós (2006: 28-29).

tras que, en el segundo supuesto, habría que acudir a una acción personal *(actio ex testamenti)* para reclamar la cosa legada (31).

El embate tiene su origen en el Derecho romano, cuando inicialmente se admitieron cuatro tipos de legados (32) que, posteriormente, como dice García Cantero (1973: 782), se fue espiritualizando hasta llegar a la Compilación del emperador Justiniano, que redujo las cuatro formas iniciales a dos: *legatum per vindicationem* (legado vindicatorio, real y directo) y *legatum per damnationem* (legado donatario, obligacional e indirecto).

Según Biondi (1960: 284), tanto uno como el otro tienen orígenes y fundamentos jurídicos diversos, aunque ambos, como toda disposición testamentaria, tienen su base en las XII Tablas: el primero en la *donatio mortis causa* llevada al testamento; el segundo, en la *rogatio* de la *macipatio familiae* que se ha transformado en obligación. Hasta las Partidas no se contienen disposiciones relativas a los legados. Concretamente, en la P. 6.ª, tít. 9.º, Leyes 15.º y 47.º, se determina la forma de los legados, los efectos de estos, el derecho de acrecer, la revocación y la extinción (33).

Retomando nuestro punto de partida, en la naturaleza jurídica del legado de crédito, al considerar que estamos ante una cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde el fallecimiento del causante *(vid.* art. 882 del CC, sin dejar de considerar que el art. 885 del mismo Cuerpo legal impi-

(31) El art. 882 tiene tres características: la relativa a la adquisición del legado, los frutos y el traspaso del riesgo. Por lo que se refiere al primer punto, resulta que el art. 882, párrafo 1.º, del CC permite que el legado de cosa específica y determinada, propia del testador, adquiera su propiedad desde el fallecimiento del testador. Por tanto, tiene efectos reales o directos que para el caso del legado de crédito se tiene dicho derecho al morir el testador. Sin embargo, el legatario no adquiere la cosa por lo dispuesto en los arts. 440 y 885 del CC hasta que no la entregue el gravado o el albacea, si está autorizado para ello. El art. 885 es una norma dispositiva, por lo que queremos subrayar que, tratándose de un legado de eficacia inmediata, la entrega no es una *traditio*, sino una simple transferencia posesoria. *Cfr.* Martín Pérez (2003: 5323); García Rubio (1989: 164-165); Fernández-Pacheco (1999: 10, 12 y 13); en sentido contrario, De los Mozos (1962: 881-882); Serrano García (1975: 635).

(32) Gayo 2.192.

(33) Fue esta Partida el antecedente legislativo del art. 686 del Proyecto Isabelino, como el vigente art. 870 del CC.

de que dicho legatario pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada [efecto directo]). Terciando en dicho embate, manifiesta Vallet de Goytisolo (1982: 179), al citar la STS de 26-10-1928 (34), que: "es principio reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, como consecuencia de diversos artículos del Código civil, que la voluntad del testador válidamente expresada es la ley obligatoria para todas las personas que del testamento derivan sus derechos, y en su virtud la disposición de aquel de que los legatarios se apoderen por sí de los bienes que les lega es de inexcusable observancia para los herederos, así como la prohibición a éstos de oponerse al ejercicio de dicha facultad otorgada a los legatarios […] el art. 885 no puede coartar al testador para la autorización supradicha y sólo es aplicable en el caso de que éste no haya usado de su libre facultad".

1.1.4. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES: EL LEGADO DE LIBERACIÓN O PERDÓN, EL LEGADO DE DEUDA Y EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA

A continuación explicaremos tres figuras jurídicas que se relacionan con el legado de crédito, pero, al mismo tiempo, se diferencian entre sí, esto es, el legado de liberación, el legado de deuda y el reconocimiento de deuda.

i) El legado de liberación o perdón está regulado conjuntamente con el legado de crédito (art. 870 del CC), pero, como hemos apuntado más arriba, son dos legados distintos (Ossorio Serrano 1985: 945), aunque con un elemento común: el crédito, que en el legado de crédito es el testador (acreedor) quien cede al legatario (beneficiario), mientras que por el legado de liberación o perdón, dice Espín Cánovas (1978: 354), el testador condona al legatario el crédito que tenía con él.

Nuestro Código no define el legado de liberación, sino que nos indica en qué consiste, razón por la que la doctrina (35) nos ha

(34) *Colección legislativa*, núm. 141, serie 1.ª, parte 8.ª, tomo 103, págs. 603-619; Resolución DGRN de 19-11-1952 (RA 2816) y de 1-10-1984 (RA 5183).

(35) Ossorio Serrano (1985: 945); Díaz Cruz (1951: 283-284); Ossorio Morales (1957: 392).

proporcionado un concepto estricto: "El legado de liberación *(legatum liberationis)* es aquel por el cual el testador renuncia a favor del legatario el derecho que le asiste a cobrar el crédito que contra dicho legatario tenía". Por su parte, Fernández-Pacheco (1979: 21) señala que "el legado de liberación en sentido estricto, consiste en la declaración de voluntad mediante la cual se exime al legatario del pago del crédito".

Sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina sobre el objeto del legado de liberación. En este sentido, siguiendo la opinión de Fernández-Pacheco (1979: 20), existen dos sectores bien diferenciados: uno, para los que el objeto del legado consiste en el mismo crédito (36); otro, por el contrario, entiende que dicho objeto está en la condonación de la deuda (37). El art. 870 no alude a la cesión de crédito, sin embargo, sí lo denomina "liberación" o "perdón", términos equivalentes y más cercanos a la condonación. No obstante, para Fernández-Pacheco (1979: 20) no existe un único modo de liberar al legatario de la deuda, siempre que el fin práctico del testador se consiga mediante un bien incorporal, específico y determinado (art. 870 del CC).

Este legado tiene como efecto liberador (de ahí su nombre) el hecho de que el legatario quede liberado de la deuda principal y de los intereses que no había pagado, quedando de este modo facultado para exigir a los herederos la entrega de la carta de pago que, como escribe Ossorio Morales (1957: 392) (38), "el legado de liberación consiste en que el crédito se lega al propio deudor", cuyos efectos se toman al tiempo del fallecimiento del testador (Lacruz y Sancho 1988: 330). Así, tomando como ejemplo el propuesto por Díaz Cruz (1951: 286-287), partimos de que la condonación de la deuda surte efecto en la parte que queda a la muerte del testador, de tal manera que, si originariamente se pactó 1000, y el legatario ha pagado 900 al tiempo del fallecimiento del testador, la deuda pendiente es de 100, pero, si por el contrario, el legatario sigue pagando después de otorgar el testamento la parte de lo que debía, solo queda liberado

(36) Ossorio Morales (1957: 292); Miguel Traviesas (1931: 133); Puig Brutau (1977: 445).

(37) Sánchez Román (1910: 1316); Díaz Cruz (1951: 284); Espín Cánovas (1978: 354).

(38) *Vid*. Fernández-Pacheco (1979: 1).

de aquella parte del crédito como satisfecha (Ossorio Morales 1957: 392). Un supuesto propuesto por el profesor Sánchez Román (1910: 1320) sería aquel donde el legatario sigue pagando la deuda al heredero después de fallecido el testador. Tendrá, por tanto, derecho a reclamar su devolución *(conditio indebido),* salvo que tenga conocimiento de ello, en cuyo caso supone una renuncia tácita al legado.

Como señala Lacruz (Lacruz y Sancho 1988: 330), si al abrirse la sucesión no existe deuda, el legado es ineficaz, como también se extingue la garantía que lleva el crédito, si dicha garantía consiste en una fianza, añade Serrano García (1975: 641), se puede legar el perdón y con ello queda liberado el fiador, pero no el deudor principal. Esto puede tener como explicación el que la fianza no es accesoria a la deuda, sino que consiste en una obligación subsidiaria de cumplir en lugar de un tercero (art. 1822 del CC), salvo que se pacte con carácter solidario.

ii) El legado de deuda: consiste en un legado que, a su vez, lleva por objeto una deuda (obligación) que, en principio, libera al deudor testamentario. No se trata de un legado de liberación ni tampoco de un legado de crédito, sino de una obligación contraída en vida por el testador testamentario, por la que se libera de la deuda, legando al acreedor su importe o cosa equivalente.

Como ha puesto de relieve Ossorio Serrano (1985: 949, 952 y 953), si el testador ha declarado expresamente su deseo de extinguir la deuda mediante legado, pero por este hecho no queda la deuda jurídicamente pagada, habría que preguntarse en virtud de qué se produce la extinción. Esto se produce mediante la constitución de una nueva deuda en sustitución de la anterior entre el testador y el legatario, relación que se extingue mediante novación, sustituyendo el derecho del acreedor por otra nacida del legado (Ossorio Serrano 1995: 950) (39). Esta teoría ha sido impugnada por Sánchez Román (1910: 1323-1324), señalando que por el legado de deuda el acree-

(39) Fundamenta su tesis en que, abierta la sucesión el acreedor puede no aceptar el legado. En dicho caso, queda pendiente el crédito frente a los herederos legítimos. Pero, si por el contrario, acepta el legado, la deuda se extingue; si la cantidad legada no basta para cubrir el crédito, el legatario puede reclamar el resto a título de acreedor, porque la cantidad concurrente y el crédito quedaron extinguidos por novación.

dor lega lo mismo que le deben, pero no por ello pierde su crédito, sus derechos o acciones, que como tal le corresponden, porque ello sería novar una situación jurídica.

En principio, no compartimos la aplicación de la novación al legado de deuda: en primer lugar, porque el acreedor puede exigir el cumplimiento de la deuda con independencia del legado y frente a los herederos, es decir, no está obligado a aceptar el legado; en segundo lugar, porque si la deuda se transmite directamente del testador (deudor) al legatario (acreedor), este último debe aceptar y, si, en efecto, esto ocurre, queda extinguida la deuda, si coinciden. Si, por el contrario, existe un excedente, el art. 873, párrafo 2.º, del CC, autoriza al legatario a cobrarlo, pero, si lo legado es inferior, puede renunciar al legado, quedando dos obligaciones: la legada y la que suscribieron el testador y el acreedor, pudiendo en este último supuesto reclamar directamente a los herederos legítimos del testador.

De esta primera aproximación extraemos el objeto del legado: la deuda del testador y, el planteamiento de Ossorio Serrano (1985: 942), sobre el legado y la deuda que, en su opinión, han de ser analizados por separado, bien en el contexto en que se desenvuelven hasta encontrar el punto de unión, bien centrando su estudio como figuras jurídicas autónomas.

Una cuestión que plantea este tipo de legados es que, mientras el testador no dé a entender de modo expreso otra cosa, el legado y la deuda pendiente con el legatario son dos obligaciones distintas (40). Así, como dispone el art. 873 del CC: "El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente…". Es decir, cuando el testador no reconoce por medio de testamento, concretando la cuantía o reconociendo que el legatario es acreedor de una obligación contraída entre ambos, o sea, que el objeto es saldar la deuda, estamos ante dos obligaciones o, como dice Ossorio Morales (1957: 394), el legado será válido, pero exigible independientemente del crédito preexistente a favor del legatario.

(40) Ossorio Serrano (1985: 948); Díaz Cruz (1951: 303-304); Royo Martínez (1951: 175); Puig Brutau (1977: 446); Espín Cánovas (1978: 355); Albaladejo (1998: 240); Manresa y Navarro (1950: 758); Scaevola (1945: 344); Sánchez Román (1910: 1324); Marín Castán (2000: 57).

Es una cuestión de interés que estimamos resuelta gracias a la dicción del art. 873, párrafo 2.º, del CC, cuando dice: "… el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado", lo que da a entender, en principio, que el testador deudor, habiendo declarado expresamente su deuda, si esta es exacta, no existe ningún problema; pero, si resulta que excede del crédito, el precepto admite que el acreedor tiene derecho a cobrar el excedente (41). Como comenta Albaladejo (1998: 242) (42), si se ha legado más de lo que se debía, el acreedor tiene derecho al cobro de todo el legado, porque la deuda comprende el legado. Añadiendo más adelante que el legado de deuda es una forma de reconocimiento de deuda que, aunque sea por error del testador, aun siendo deudor el legado es válido. Si, por el contrario, el testador lega un equivalente distinto a la cosa debida, estamos ante un ofrecimiento novatorio o dación en pago, que deberá ser aceptado expresamente por el legatario (43).

iii) Así, Albaladejo (1998: 241) concreta diciendo que la diferencia del legado de crédito, de liberación o perdón, con el legado de deuda, es obvia, pues con el legado de crédito el testador subroga al legatario frente a un tercero (deudor). En el legado de liberación lo que se lega es la condonación de la deuda del legatario frente al testador; en cambio, en el legado de deuda se atribuye un beneficio económico en consideración a la deuda pendiente entre ambos (testador y acreedor).

El reconocimiento de deuda no se lega, sino que se reconoce lo que se debe (Albaladejo 1998: 245) (44). Para Pastor Ridruejo (1965: 711), el reconocimiento de deuda funciona como causa del legado; por su parte, Manresa y Navarro (1951: 758) señala que el legado de deuda no es un reconocimiento de deuda en testamento, pero equivale a dicho reconocimiento y produce mayores beneficios; para Albiez Dohrmann (1987: 20), el reconocimiento de deuda como declaración de ciencia por el que se hace constar que existe un dé-

(41) *Vid.* Clemente de Diego (1932: 494); Lacruz y Sancho (1988: 332); Espín Cánovas (1978: 355); Ossorio Serrano (1991: 2132); Albaladejo (1998: 240).

(42) En análogos términos, Marín Castán (2000: 57).

(43) En sentido contrario, Ossorio Serrano (1985: 2132).

(44) Albaladejo (1998: 241).

bito a favor del acreedor para su validez debe ser apreciado por los tribunales (fuera de este supuesto existe, entre otros, el reconocimiento en testamento por su afinidad con el legado de deuda); por su parte, Binder (1953: 329) señala que, si se lega un documento de crédito, por ejemplo, un reconocimiento de deuda, ello habrá de considerarse como un legado de crédito garantizado por el documento; a este respecto Fernández-Pacheco (1979: 3, 1993: 5248) afirma que, si se lega un crédito, por ejemplo, un reconocimiento de deuda, tendrá que considerarse como crédito garantizado por el documento; y, por último, López Vilas (1968: 850, 852, 853 y 867) escribe que el reconocimiento de deuda en el BGB (parágrafos 780-781) tiene la consideración de contrato: en el *Codice* consiste, por un lado, en una promesa de pago y el reconocimiento de deuda (art. 1958); por otro, consiste en una confesión extrajudicial (art. 2732). En su opinión, la promesa no tiene eficacia directa, sino una *revelatio ab onore probando;* en cambio, la confesión no precisa la prueba plena. En la doctrina italiana –añade– el reconocimiento de deuda carece de entidad para catalogarlo como negocio jurídico, concluyendo que el repetido reconocimiento de deuda puede aparecer y mostrarse, ya como acto o negocio entre vivos, ya como reconocimiento de deuda hecho en testamento. Sin embargo, Pastor Ridruejo (1965: 710) escribe que desde la Glosa existe una asimilación del legado de deuda y el reconocimiento de la deuda que sintetizó la doctrina romana en: "*Confessio debiti a testatore facta, non probat debitum, sed fideicommissi petitionem inducit*" (45). Como señala Ossorio Serrano (1985: 946), corroborado por Pastor Ridruejo (1965: 713), "toda confesión de deuda no es otra cosa, en la intención del que hace el testamento, que una orden dada a los herederos para que procedan a su pago".

Tradicionalmente el testamento era un acto de disposición de bienes, pero también tienen cabida otras disposiciones extrapatrimoniales, como es el caso del reconocimiento de deuda. Nos valemos del ejemplo de Pastor Ridruejo (1965: 711) para aclarar mejor el aserto: un testador confiesa que debe cien a Pedro y, aunque los cien no sean debidos, fallecido el testador, se deben y pueden ser reclamados por Pedro. ¿En virtud de qué? No como acreedor, sino como legatario, pues la confesión de una deuda tiene fuerza de le-

(45) D. 34, 3, 28 (13) y (14).

gado. Por ello, sostiene dicho autor que la asimilación del reconocimiento de deuda es posible.

No cabe duda de que, conforme a lo expuesto, "reconocimiento" y "confesión" son equivalentes (46), pero, como dice Albiez Dohrmann (1987: 69), para los ordenamientos jurídicos que regulan expresamente el reconocimiento de deuda, esta es una declaración negocial, mientras que la confesión es una declaración de ciencia. En efecto, la confesión es calificada como prueba de que al ser extrajudicial se entiende como una manifestación de voluntad (declaración de ciencia o declaración de verdad), que da a conocer unos hechos (Albiez Dohrmann 1987: 44) (47). Por tanto, la confesión "como declaración de ciencia es la única concepción que define y precisa el verdadero significado de esta declaración que tiene por contenido la constatación de unos hechos ocurridos" (Albiez Dohrmann 1987: 50).

Este es el criterio que se aprecia en el derogado art. 1231 del CC, que dividió la confesión en judicial (art. 1235 del CC) y extrajudicial (art. 1239 del CC), añadiendo el párrafo 2.º, del mismo art. 1231, "en todo caso, será condición indispensable, para la validez de la confesión, que recaiga sobre hechos personales del confesante, y que éste tenga capacidad para hacerla". Por su parte, el derogado art. 1235 del CC señaló que la confesión judicial ha de hacerse ante el juez competente, bajo juramento y por quien esté personado en autos. Comentando este precepto, Vázquez Iruzubieta (1988: 1695) señala que la confesión en juicio y el juramento eran dos instituciones distintas, pero el legislador de 1889 las unificó, ya que la confesión no es un medio de prueba, sino un elemento esencial que la acompaña. Procesalmente, se suele confundir, constituyendo el juramento decisorio e indecisorio, una calificación de la prueba de confesión. La confesión se caracteriza por versar sobre hechos personales del confesante. De igual modo, el derogado art. 1239 del CC decía: "La confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a la apreciación de

(46) Zumalacárregui Martín-Córdova (1977: 235).

(47) Señala que para algunos autores la confesión puede ser un negocio unilateral o bilateral, en su opinión existen tres argumentos en contra: el primero, la confesión, para su eficacia, no requiere de la acepción del beneficiario; el segundo, la causa no es requisito constitutivo para su eficacia; el tercero, la confesión aporta hechos para su valoración. Con todo, el autor rechaza la teoría que considera la confesión como un negocio.

los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba". Vázquez Iruzubieta (1988: 1712) comenta a este respecto que la confesión extrajudicial carece de una definición. El Código solo alude a ella como un hecho que, como tal, está sujeto a la apreciación del juez.

Entendida así la confesión, como señala Albiez Dohrmann (1987: 61), y Sanahuja (1945: 213), aludiendo al derogado art. 1239 del CC, se le otorga una eficacia probatoria no vinculante a los tribunales, todo lo contrario de lo que ocurre con la confesión judicial, que supone una afirmación de un hecho y el reconocimiento de la deuda. Desde mi punto de vista, el apreciar diferencias conceptuales entre la confesión y reconocimiento, sin que con ello no dudemos en preguntarnos qué diferencia existe entre confesar una deuda o reconocer la existencia de una deuda, pero como hemos señalado *supra,* los ordenamientos jurídicos los diferencian (48). Así, cuando estemos ante una confesión extrajudicial, podemos equipararla al legado de deuda (Ossorio Serrano 1985: 946), pero, cuando estemos ante una confesión judicial, no. Como tampoco el reconocimiento de deuda, cuando tiene por objeto derechos y confirmaciones de una relación jurídica.

1.2. EL LEGADO DE CRÉDITO EN EL DERECHO COMPARADO

1.2.1. EL PARÁGRAFO 2173 DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

El parágrafo 1939 del Código Civil alemán (en adelante, BGB) dispone que: "El causante, en testamento, puede atribuir a una persona un beneficio patrimonial sin instituirla heredera (legado)" *(vid.* Lamarca Marquès 2008: 448).

De la lectura de este precepto se deduce que el objeto del legado puede ser cualquier cosa (49) que suponga para el favorecido inmediatamente o mediatamente una ventaja patrimonial *(vid.* Binder 1953: 323), tales como: la propiedad, el usufructo, la cesión de un crédito,

(48) Art. 1988 del Código Civil italiano; art. 718 del Código Civil argentino; parágrafo 788 del BGB.

(49) *Vid*. Enneccerus, Kipp y Wolff (1976: 544-545); Binder (1953: 19) señala que son derechos patrimoniales aquellos derechos que, según su contenido, no están ligados a la personalidad individual de su titular, y que, por tanto, pueden ser separados y transmitidos a otro.

la remisión de una deuda, la concesión de uso (Roca Sastre [Kipp *et al* 1976: 548]) (50). En todo caso, el objeto debe ser determinado.

El legado puede ser otorgado a cualquier persona que posea capacidad jurídica *(vid*. Binder 1953: 319). De la misma forma el beneficiario deberá vivir en el momento de la apertura de la sucesión, pues, en caso contrario, el legado será nulo de pleno derecho (parágrafo 2160 del BGB) (51). El legado puede ser atribuido a un legatario sublegado (parágrafo 2147 del BGB), como también a un heredero prelegado (parágrafo 2150 del BGB).

Siguiendo a Binder (1953: 329), en el BGB se regulan dos tipos de legados: la atribución de un crédito existente en la masa de la herencia al legatario; y los legados contra el heredero. El primero viene regulado en el parágrafo 2173, que dice: "Si el causante ha legado un crédito que le corresponde, si antes de la muerte del causante se realiza la prestación y el objeto entregado existe aún en la herencia, en la duda ha de entenderse que este objeto debe ser atribuido al designado. Si el crédito estaba dirigido al pago de una suma de dinero, en la duda se tiene como legada la suma correspondiente, aunque la suma no se encuentre en la herencia".

Del precepto transcripto el legislador alemán de 1886 reguló dos tipos de legados: el de crédito y el de liberación objeto de deuda, cuya cosa legada es el crédito, pudiendo el testador legar dicho crédito si le pertenece o si el crédito estaba destinado al pago de una suma de dinero. Añadiendo la presunción (en la duda), el legado de crédito es atribuido al designado, aunque no exista en la herencia la suma de dinero, se entiende legada. Para Kipp (Enneccerus, Kipp y Wolff [1976: 571]), el parágrafo 2173 quiere señalar que si el testador lega un crédito que se hace efectivo en vida, se entiende legada la suma de dinero. Si el objeto del crédito es una cosa distinta a dinero y lo ha percibido el testador, tan solo se entiende legado el objeto si en el momento de la apertura de la sucesión se encuentra en la herencia. Por su parte, Binder (1953: 330) señala que la Ley regula el supuesto de que el crédito legado se haya extinguido por cumplimiento antes de la apertura de la sucesión. En dicho supuesto, como la intención del testador fue legar un crédito, si resulta que

(50) En su nota a pie de página I dice que puede ser objeto de legado toda cosa o prestación susceptible de una atribución patrimonial.

(51) *Vid.* Binder (1953: 319).

el objeto de la prestación existe en la herencia, se entiende subrogado en el lugar del crédito; si, por el contrario, se trata de dinero, este ha de considerarse legado, aunque no se halle en la herencia.

El segundo tipo de legado, según Binder (1953: 330), viene regulado en el parágrafo 2175, que dice: "Si el causante ha legado un crédito que le corresponde contra el heredero o si ha legado un derecho con el que está gravada una cosa o un derecho del heredero, las relaciones jurídicas extinguidas a consecuencia de la muerte del causante por confusión de derecho y obligación o de derecho y gravamen se tienen por no extinguidas en relación con el legado".

De la lectura del precepto se infiere que si el testador lega un crédito contra el heredero o un derecho perteneciente al heredero, el legado carece de objeto por confusión, pero las relaciones entre el heredero y el legatario no se extinguen. Escribe Kipp (Enneccerus, Kipp y Wolff [1976: 571]) a este respecto que, si el testador lega un crédito o un derecho del heredero por la adquisición, las relaciones jurídicas se extinguen, pero no las relaciones con el legado.

El Código Civil alemán distingue entre el parágrafo 2182 "Las garantías por defecto en el título" y el parágrafo 2184 "Los frutos". En este sentido, afirma Binder (1953: 325) que el gravado ha de entregar los frutos que haya obtenido, después de la apertura de la sucesión, así como todo cuanto haya adquirido a base del crédito legado (parágrafo 2184). Del mismo modo, si el gravado después de la apertura de la sucesión ha realizado impensas, mejoras, gastos o útiles de ornamentación, podrá exigir la correspondiente indemnización conforme a derecho (parágrafo 2185). En lo referente al parágrafo 2182, si resulta que la cosa legada es determinada en cuanto al género, el gravado tiene las mismas obligaciones que un vendedor, destacando en este sentido el parágrafo 437-1.º, en que el vendedor de un crédito o cualquier otro derecho de garantía está obligado a garantizar la existencia del crédito o del derecho.

El parágrafo 2176 del Código Civil alemán reconoce al legatario de crédito dos derechos: la repudiación del legado y la adquisición del crédito. En cuanto al primero, en el parágrafo 2180 leemos en su párrafo 1.º que el legatario que haya aceptado no podrá repudiarlo (52); según el párrafo 2.º, la aceptación, como la repudiación,

(52) Precepto que resulta de análoga redacción al parágrafo 1942 del BGB, de aplicación a los herederos.

se efectúa mediante declaración ante el gravado (53); en el párrafo 3.º se remite al parágrafo 1944, que prevé un plazo de seis meses para repudiar, además de concretarse que la declaración del heredero para repudiar es ante los Tribunales (parágrafo 1945), mientras que, en el parágrafo 2180, se señala que dicha declaración para el legatario será ante el gravado. Sobre este punto, Kipp (Enneccerus, Kipp y Wolff [1976: 571]) señala que la declaración de repudiación está sujeta a un formalismo por razón de seguridad jurídica. Así, el heredero debe emitirla ante los Tribunales de forma pública y fehaciente, dando a entender que no quiere la cualidad de heredero. La repudiación del legatario está exenta del formalismo anterior, pues tan solo está dirigido al gravado.

En cuanto a la adquisición del crédito, según el parágrafo 2176 del BGB, "El crédito del legatario […] nace con la muerte del causante", precepto de análoga redacción al parágrafo 1942 del BGB, de aplicación a los herederos (Binder 1956: 177) (54). Así que, desde el fallecimiento del causante se estima heredero o legatario y podrán desde dicho momento ejercer el derecho a repudiar o, en su caso, a aceptar (parágrafo 1946), en un plazo máximo de seis semanas, según el parágrafo 1944-1.º (55).

1.2.2. LOS ARTÍCULOS 1014 Y 1015 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

El art. 967 del Código Civil francés dispone que "Cualquiera podrá disponer de sus bienes por testamento, sea bajo el título de institución de heredero, sea el de legado o bajo cualquier denominación oportuna, para manifestar su última voluntad".

De acuerdo con el precepto transcripto, el Código Civil francés otorga al testador la libre voluntad de instituir heredero, legatario

(53) Precepto que resulta de análoga redacción al parágrafo 1943 del BGB, de aplicación a los herederos.

(54) Señala que a la apertura de la sucesión se transfiere la herencia, de un modo jurídicamente necesario al heredero, sin declaración para devenir heredero, sino al contrario, lo preciso para repudiarla.

(55) La repudiación debe distinguir: la adquisición provisional que acaece desde la apertura, y la adquisición definitiva, que tiene lugar cuando ha aceptado la herencia, es decir, el heredero, después de aceptar, es dueño absoluto. En tanto conserve el derecho a repudiar, ostenta una situación provisional.

o bajo cualquier otra forma de denominación, permitiendo de este modo el sistema francés la existencia de tres liberalidades diferentes que el propio art. 1002, párrafo 1.º, establece como disposiciones testamentarias, que pueden ser: universales, a título universal o a título particular (Torrè y Lequette 1997: núm. 343b) (56).

En el legado universal, regulado en el art. 1003, solo habría que tomar en cuenta el llamamiento y la totalidad de los bienes (57), ya que, como indica Josserand (1932: 142), parece que el legatario universal no siempre recibe la totalidad de la herencia, cuando a veces nada (Josserand 1932: 142) (58). Una particularidad de este tipo de

(56) Señalan que la división tripartita: legado universal, a título universal y a título particular, se debió al deseo de conciliar dos tradiciones: a) mientras que en el Derecho escrito el legatario universal o a título universal era un heredero; b) el legado particular no asume las deudas de la herencia; Malaurie (2008: 292) afirma que el legado a título universal es una creación del Código Civil; Colin y Capitant (1981: 56 a 58); Josserand (1932: 140-141). Las tres liberalidades a que se refiere el art. 1002-1.º del Código Civil francés, aunque han presentado *otrora* alguna confusión, hoy están perfectamente delimitadas: los dos primeros suceden unos y otros en una universalidad, estando obligados en las deudas y cargas; tienen derechos a los frutos desde el fallecimiento del causante, siempre que hayan formalizado demanda de entrega dentro del año. Además dispone de la amplitud de la institución, pues el legado universal comprende la sucesión completa, mientras que el legado a título universal no encierra más que cuotas o pactos indivisos. Por último, el legado universal tiene la *saisine,* si no concurre con herederos, el legatario a título universal se ve en la obligación de pedir la entrega. En cambio, el legado a título particular se opone a las dos categorías anteriores, puesto que el causahabiente es a título particular, sucede en cosas determinadas o en suma de dinero, no tomando parte del pasivo hereditario. Tal vez, por esta última particularidad, Mazeaud (1965: 391) la califica de legado de parte alícuota. No tiene derecho a los frutos de las cosas legadas, sino desde el día de la interposición de la demanda y sin retroactividad (art. 1014.2).

(57) Colin y Capitant (1981: 63 y ss.); Josserand (1932: 141-142); Malaurie (2008: 292).

(58) Considera que esto se explica cuando concurre un heredero con legatario universal, de tal modo que el heredero legítimo tiene derecho a la mitad, y el legatario, aunque conserva su denominación universal solo recibe la otra mitad. También cabe aquella posibilidad que junto al legatario universal concurran legatarios particulares. Este último legatario toma sus liberalidades del anterior llegando en algunos casos a conservar solo la designación.

legado es aquella en la que, si concurre con los herederos, el legatario está obligado a pedir que dejen libre los bienes legados (art. 1004 del *Code*). Esta petición, según dispone el art. 1005, puede ser entre partes o judicialmente (demanda), que permitirá al legatario universal tomar posesión de los frutos a contar desde la fecha de fallecimiento del causante, siempre que la petición se formule dentro del año; en caso contrario, a partir de dicha fecha (Colin y Capitant 1981: 67 y ss., Josserand 1932: 147 y ss.). En cambio, si no existe dicha concurrencia, el legatario universal accede a los bienes legados desde el fallecimiento del causante (arts. 1005 y 1006 del *Code*) (59). Se ha querido ver en este formalismo, dice Josserand (1932: 145-146), la salvaguarda de los derechos legítimos de los herederos más próximos, que pueden llegar, en algunos casos, a simulaciones o desviaciones patrimoniales.

El art. 1010 del Código Civil francés no define el legado a título universal, sino que nos dice que: "es aquel por el que el testador deja una cuota parte de los bienes de los que la ley le permite disponer, como la mitad o un tercio, o todos sus bienes inmuebles, o todos sus bienes muebles, o una cuota fija de todos sus bienes inmuebles o de todos sus bienes muebles" o, en palabras de Colin y Capitant (1981: 75-76), "el que alcanza no la totalidad, sino a una parte alícuota de la universalidad del patrimonio del testador", o como expresa Josserand (1932: 154), es el legado que comprende cinco categorías: cuota universal de bienes, todos los inmuebles o muebles y cuota de los inmuebles y muebles (Colin y Capitant 1981: 77) (60). Es, pues, un legado de carácter limitativo *(vid.* Colin y Capitant 1981: 78, Josserand 1932: 147 y ss.), ajustado a la totalidad o parte alícuota, cuya cuota o porción asignada debe alcanzar la plena propiedad. Por ello, lo que prevalece en este tipo de legados es el llamamiento, no la cantidad *(vid.* Colin y Capitant 1981: 78).

Una nota distintiva de este tipo de legado es que, si concurre con herederos reservatorios, el legatario a título universal está obligado

(59) *Vid*. Colin y Capitant (1981: 69 y ss.); Josserand (1932: 147 y ss.).

(60) Explican que con anterioridad a la Revolución se consideraba que la herencia estaba formada por varias masas: los bienes muebles, gananciales y los privativos. Cada una de estas masas constituían por sí solas una universalidad jurídica. Luego, un legado de la mitad o el tercio de los muebles o de los bienes aportados constituían un legado a título universal.

a pedir la herencia a los herederos; a falta de estos, y concurriendo con el legatario universal, será a este a quien se dirija; no existiendo ninguno, hereda conforme al título que le designó legatario a título universal (61), con la salvedad de que se excluyen entre sí, es decir, si la concurrencia es con los herederos y legatarios universales, es el heredero el primero a quien debe solicitar la entrega y quien incumbe exclusivamente la carga de los legados. El legatario universal quedaría excluido (Colin y Capitant 1981: 81-82, Josserand 1932: 158), ya que la entrega es de orden público y, por tanto, si existe una cláusula que dispense de aquella al legado, es nulo de pleno derecho.

En cuanto a los frutos, el art. 1005 (referido al legado universal) y el art. 1014, párrafo 1.º (referido al legado singular), o como escribe Torré y Laquette (1997: núm. 346 c), "legados particulares", lo que supone que no existe regulación expresa en cuanto a los frutos para los legados a título universal. En tal sentido, Colin y Capitant (1981: 82), que la jurisprudencia ha resuelto a favor de la aplicación del art. 1005 a los legados a título universal, quienes tendrán derecho a los frutos desde el fallecimiento del causante, siempre que formule su petición dentro del año.

Justifica cuanto hemos expuesto el hecho de que el Código Civil francés no define el legado singular, sino por exclusión de lo dispuesto en el art. 1010, párrafo 2.º, cuando dice: "Cualquier otro legado no constituye sino una disposición a título particular", remitiendo a lo establecido en los arts. 1014 a 1024, ambos inclusive, del Código Civil francés (Colin y Capitant 1981: 86) (62). Además, no regula el legado de crédito. No obstante, apuntamos la posibilidad de que a partir de la conjunción de los arts. 1014 y 1015 del *Code* el testador (acreedor) pueda legar un crédito a un legatario (heredero o un tercero), quedando en su lugar frente al deudor (Colin y Capitant 1981: 86) (63). En este sentido, Josserand (1932: 170) señala que, en efec-

(61) Josserand (1932: 158); Colin y Capitant (1981: 81).

(62) Huc (1894: 423) comenta que la ley no define directamente el legado particular. El art. 1010, párrafo 2.º, se limita a establecer una definición por exclusión de los anteriores. Esto significa –añade– que todo legatario particular, cualquiera que sea la denominación empleada, ha sido designado por el testador, tanto si ha sido en cosas específicas, en especie, en género o dinero; Malaurie (2008: 293) escribe que todo legado que no es universal o a título universal es a título particular.

(63) Señalan que existe un legado singular cuando el testador deja al

to, el legatario particular adquiere la cosa legada desde el día de la apertura de la sucesión (art. 1014, párrafo 1.º del *Code*), añadiendo que la jurisprudencia, entre otros supuestos discutibles, están los legados de suma de dinero, en cuyo caso existe una transmisión directa del disponente al legatario (Colin y Capitant 1983: 89) (64).

1.2.3. EL ARTÍCULO 658 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

El art. 658 del vigente Código Civil italiano de 1942 es de igual redacción al derogado art. 844 del Código Civil de 1865 (65), salvo una pequeña variante en su dicción.

El párrafo 1.º del art. 658 deja claro que los efectos que se predican solo son en cuanto a la parte del crédito o a la deuda que existe al tiempo del fallecimiento del testador (Trabucchi 1967: 614, Polacco 1950: 407). El párrafo 2.º, del mismo art. 658, establece, como única obligación del heredero, poner a disposición del legatario los títulos que le legitiman para exigir los créditos ante el deudor (66).

Como ha puesto de relieve Barbero (1967: 185-186), los legados del art. 658 tienen distinta dinámica, según se trate de legar

---

legatario un crédito contra el heredero, que puede consistir en el derecho a exigir un acto o una abstención. En análogos términos, Josserand (1932: 170).

(64) Señalan que el legatario singular, por el simple hecho de la muerte del testador, se hace propietario del legado, si es puro y en cosa determinada (art. 1014-1.º).

(65) Dice el art. 844: "El legatario de un crédito o de liberación de una deuda tiene efecto sólo en cuanto a la parte que existe al tiempo de la muerte del testador.

El heredero está obligado solamente a entregar al legatario los títulos del crédito legado que se encontraban en poder del testador."

Comentando este precepto, Giorgi (1980: 513-516) señala que "puede ser objeto de legado un crédito del testador o de su heredero con respecto a un tercero", para cuya eficacia se requiere la existencia del crédito al tiempo que fue legado, como su existencia al tiempo del fallecimiento del testador. Esta es una regla de origen romano, sobre la cual el legislador ha tomado como antecedente: D. 30,75,1; D. 34,3,21 (1); D. 34,3,13 y 14.

(66) Giorgi (1980: 517), comentando el derogado art. 844-2.º del Código Civil de 1865, de igual redacción al vigente art. 658.2 del Código Civil de 1942, señala la imposibilidad de la cesión formal. Tan solo basta la notificación del crédito y el testamento que legitima al legatario para reclamar el crédito.

un crédito o condonar una deuda. En ambos casos, dice el autor, el heredero tiene un agravio en el sentido de que está privado de un crédito atribuido al legatario, pero no está obligado a satisfacerlo, como tampoco está obligado a garantizar el *nomen verum* ni el *nomen barum,* sino la entrega de los documentos o los títulos que lo justifican (art. 658-2.º). El segundo supuesto que plantea el autor (67) consiste en que el testador es el acreedor y el legatario deudor, de tal manera que el testador perdona dicha deuda o da instrucciones a sus herederos de que no se proceda a su cobro. Por tanto, el deudor (legatario) queda liberado de la deuda que tenía con el testador (legado de liberación o perdón).

Por su parte, Ruggiero (1978: 508) señala que el legatario de crédito queda en la misma posición jurídica que el testador, por lo que la eficacia del crédito se obtiene en la parte de dicho crédito al tiempo del fallecimiento del testador. El heredero no está obligado a garantizar al legatario la exigibilidad del crédito, sino la de entregarle los títulos que se hallan en poder del testador.

Este criterio de establecer, por un lado, el efecto del crédito, y, por otro, la obligación del heredero y, en ambos casos, subordinado a la muerte del testador, tiene sentido en el Código Civil italiano de 1942, al disponer el art. 649: "El legado se adquiere sin necesidad de aceptación, salvo la facultad de renunciar.

Cuando el objeto del legado es la propiedad de una cosa determinada u otro derecho perteneciente al testador, la propiedad o el derecho se transmite por el testador al legatario en el momento de la muerte del testador.

El legatario debe pedir, sin embargo, al instituido la posesión de la cosa legada, aun cuando haya sido expresamente dispensado de ello por el testador".

Al precepto transcripto le ocurre lo mismo que a los arts. 882 y 885 del Código Civil español: el primero declara que el legatario de cosa específica y determinada, propia del testador, adquiere su propiedad desde el fallecimiento del testador; el segundo, el legatario no puede por su propia autoridad ocupar la cosa legada, sino que debe pedir su entrega al heredero o, en su caso, al albacea. El art. 882 es un precepto dispositivo. Además de coincidir el fallecimiento del testador con la apertura de la sucesión, siempre que el legado sea puro

(67) Barbero (1967: 186).

(no esté sometido a término, condición o modo), el legatario adquiere del testador la propiedad o la titularidad del derecho. Pero, según el art. 885, puesto en relación con el art. 440 del CC (que establece la posesión de los bienes hereditarios), el legatario tiene la propiedad, pero la posesión debe ser entregada por el heredero (68), que puede ser extrajudicial o por vía judicial *(actio ex testamento)* (69), salvo excepciones: a) el legado de crédito con sus garantías o derechos que lo aseguren; b) el prelegado o heredero y legatario de una misma cosa; c) cuando el testador haga autorización expresa de la toma de posesión de la cosa legada. Este último supuesto es excluido por el art. 649, párrafo 3.º, del Código Civil italiano, pero admitido por el art. 1015, párrafo 1.º, del Código civil francés. No obstante, Giorgi (1980: 517) afirma que, refiriéndose al derogado art. 844, el heredero no tiene ni tendrá nunca derecho sobre el crédito legado. Por ello, el legatario accede *ex lege* a la cualidad de legatario, como así lo corrobora el art. 649, párrafo 2.º.

A este respecto, Cicu (1951: 334) escribe que el crédito que corresponde al testador puede quedar extinguido. En dicho supuesto carece de efectos, pero es posible también que se extinga en parte, teniendo validez dicha parte. Esta parte, como decimos, se transmite *ipso iure* del testador al legatario, quedando obligado el heredero a entregar los títulos, sin que ello suponga una exigencia de garantía o validez del legado.

Ciertamente, la única obligación que impone el art. 658, párrafo 2.º, del Código Civil italiano de 1942, es, precisamente, entregar al legatario los títulos del crédito legado que se encuentran en poder del testador que, como señala Giorgi (1980: 516 y ss.), refiriéndose al derogado art. 844-2.º, que, por otro lado, como hemos señalado, es de igual redacción al vigente art. 658-2.º, consiste en entregar los títulos que acreditan su condición.

Por último y, como ha puesto de relieve Barassi (1955: 498), los legados que producen frutos (dinero más intereses), además de pertenecer al testador en el momento de su muerte, dichos frutos y sus intereses pertenecen al legatario desde el fallecimiento del causante (art. 669-1.º). Pero, si la cosa legada no es de su propiedad en el momento de la muerte del causante, solo se deben los frutos e inte-

(68) STS 19-11-1952 (RA 2816).
(69) STS 30-11-1990 (RA 9220).

reses a partir del día en que se planteó la demanda judicial o se pidió la entrega del legado, salvo disposición en contrario del testador (art. 669.2º). Precisamente, lo que determina los intereses de la cosa legada es el día de la muerte del testador (art. 669.1). Estos intereses se hacen valer junto con el crédito y ante el deudor, como ha comentado a este respecto Giorgi (1980: 517), notificando junto al título de crédito y el testamento que le confiere la condición de legatario.

Por tanto, la principal obligación del heredero consiste en entregar los títulos de crédito o las sumas de dinero pagadas después de fallecer el testador (70). De igual manera, el legatario tiene la obligación de exigir la entrega de los títulos de créditos (ambas obligaciones están en concordancia con lo dispuesto en el derogado art. 844 y el vigente art. 658). Sin embargo, el autor *(vid.* Giorgi 1980: 517) planteó dos cuestiones respecto de los frutos e intereses: si le corresponde al legatario desde el fallecimiento del testador o desde la toma de posesión. El Código de Napoleón optó por la segunda opción, salvo lo previsto en el art. 1015; en cambio, el Código Civil italiano de 1865 optó por atribuirle al legatario los frutos e intereses desde el fallecimiento del testador (art. 865, como el vigente art. 669, que sigue el mismo criterio que el Código derogado).

¿De qué título se vale el legatario para exigir el crédito? Tanto el derogado art. 844, párrafo 2.º, como el vigente art. 658, párrafo 2.º, no establecen una cesión formal, sino que basta la notificación del testamento que declara la titularidad y cuantía del crédito.

1.3. LOS SUJETOS DEL LEGADO DE CRÉDITO

1.3.1. EL ACREEDOR TESTAMENTARIO: CONSIDERACIONES GENERALES

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 870, párrafo 1.º, del CC, es el testador, además del acreedor, quien puede disponer por vía testamentaria de la transmisión por causa de muerte de dicho crédito en favor del legatario.

Siguiendo la autorizada opinión del profesor García Cantero (1973: 793-794), cuatro personas son las que intervienen en el legado de

(70) (D. 30,75,2), (D. 34,3,15).

crédito: el acreedor-testador, quien ordena el legado; el deudor, que, como su nombre indica, es quien se comprometió inicialmente con el testador a devolver lo pactado; el heredero gravado, que, en principio, su intervención está limitada a la cesión de acciones, además de entregar los títulos que acreditan la titularidad del crédito, sin perjuicio de que puede ser a la vez legatario beneficiario (prelegado) (71), y, por último, el legatario beneficiario, quien recibe el crédito, o mejor, quien se coloca en la misma posición jurídica del acreedor, pudiendo exigir el remanente más los intereses. Se parte de la premisa, como escribe García Cantero (1973: 794), de que el testador puede legar toda clase de créditos siempre que sean susceptibles de transmisión por causa de muerte o, como dice Fernández-Pacheco (1979: 2), siempre que sean lícitos y no personalísimos. En todo caso puede ser titular de uno o varios créditos, pudiendo legar uno o varios a la vez o la totalidad de todos los que le pertenecen. Hablamos, por tanto, de derechos incorporales (García Cantero 1973: 793, Fernández-Pacheco 1979: 2) en los cuales se requiere para su validez que subsista la parte del crédito restante al tiempo de fallecer el testador, pues, si la deuda ha sido abonada en su totalidad, el legado es nulo de pleno derecho, ineficacia que también se produce cuando el testador, después de haber ordenado el legado, demanda judicialmente al deudor para el pago de la deuda (art. 871-1.º). En dicho supuesto, estamos ante una revocación tácita *(vid.* García Cantero 1973: 794). Sin embargo, Sánchez Román (1910: 1315) afirma a estos efectos que la reclamación extrajudicial no se entiende como una revocación. Por otro lado, y como escribe Fernández-Pacheco (1993: 5248) (72), puede ser objeto de legado cualquier prestación consistente en dar, hacer o no hacer que sea transmisible, pues siempre se transmite el título y no la cosa debida. En este último caso estaríamos ante el legado de cantidad. Por ello, estimo que debe estar demostrado cuando el

(71) Puig Brutau (1977: 833) comenta que el prelegado tiene razón de ser cuando se trata de una cosa cierta y determinada, propia del testador, en cuyo caso el causante quiere que la cosa forme parte de los bienes hereditarios, o que el testador quiera que el heredero reciba la cosa legada con independencia de los bienes hereditarios.

(72) Añade que el crédito se puede ceder bajo condición, término y plazo. Este último puede ser futuro (siempre que exista al tiempo de fallecer el testador), solidario o mancomunado, específico, genérico, alternativo, oneroso o modal; en análogos términos, Serrano García (1975: 635).

testamento contiene un legado de crédito. Sin embargo, no de modo escueto, sino explicándolo detalladamente o mediante descripción de la cosa objeto de legado, o bien resaltar la reseña y prueba de su existencia para que no pueda ser confundido con otro o puesto en duda, sino, por el contrario, quede perfectamente determinado. Por tanto, consideramos que el crédito legado debe constar en el testamento o acta notarial, cuyo formalismo, en principio, le viene bien si es que se hace uso de él. Sin embargo, la Ley no lo exige, pues no es necesario. Basta con que conste en las últimas voluntades del testador la existencia de la deuda o la descripción de la misma, que, como ha puesto de relieve García Cantero (1973: 794), con la notificación efectuada por el heredero al legatario le está reconociendo explícitamente como acreedor. Ninguna disposición del Código acoge este criterio, pero es evidente que su observancia por el heredero le evitaría posibles errores, como: desconocimiento del legatario de su cualidad testamentaria o evitar que el heredero acumule cantidades de dinero que no le corresponde. A esto último añade Lacruz (Lacruz y Sancho 1988: 330): "tiene la ventaja de impedir la enajenación o el cobro del crédito por el heredero, salvo si se precisa su importe para cubrir atenciones legalmente preferentes". Se presta a que pueda ocurrir así, pues, como sabemos, desde la manifestación testamentaria hasta el óbito del causante, generalmente media un lapso de tiempo, durante el cual, y en la práctica puede ocurrir así, el deudor puede seguir abonando las cuotas del crédito pero, una vez fallecido el testador, el resto de la deuda legada más los intereses pendientes empiezan a contar a favor del legatario. Si no le ha sido notificado en su momento por el heredero, el legatario sigue abonando las cuotas pendientes. Esta situación nos puede llevar a un enriquecimiento indebido a favor del heredero, y, para evitar esta situación, como expondremos en el epígrafe siguiente, el legatario adquiere la cosa legada desde el fallecimiento del testador por imperativo del art. 882 del CC.

1.3.2. EL HEREDERO Y SUS OBLIGACIONES: EL ARTÍCULO 870, PÁRRAFO 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL

El párrafo 2.º del art. 870 del CC dispone: "el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle con el deudor".

De acuerdo con lo expuesto, cuando el testador lega un crédito, aunque no lo manifieste en el testamento, por imperativo *ex lege* el heredero queda obligado a ceder los títulos que acrediten la cesión testamentaria. Aunque puede interpretarse, y algún sector doctrinal así lo estima (Ossorio Morales 1957: 390, Ossorio Serrano 1991: 2127), que la obligación del heredero consiste en ceder un crédito, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de heredero cedente en beneficio de un legatario cedatario, en realidad el legatario accede al crédito y sus garantías por la voluntad del testador.

El *quid* del legado de crédito está en si el crédito forma parte de la herencia o, por el contrario, si dicho crédito puede ser entendido como una cosa específica y determinada, propia del testador (art. 882 del CC), en donde el legatario puede adquirir la cosa legada desde el fallecimiento del testador. En el primer caso estaríamos ante una cesión de crédito (art. 1526 y ss. del CC), en donde el heredero, una vez haya aceptado la herencia, bien a beneficio de inventario, bien pura y simplemente, cede dicho crédito al legatario en los mismos términos en que lo recibió. En el segundo caso, estamos, como hemos apuntado más arriba, ante un supuesto de adquisición *ipso iure* de la cosa legada, esto es, del crédito legado con sus frutos e intereses por la voluntad del testador que, una vez fallecido este, pasa al legatario.

A continuación explicaremos la evolución histórica de la transmisión del crédito y, por otro lado, la dualidad en nuestro sistema de la transmisión automática o directa o la transmisión indirecta. Dos factores fundamentales que inciden en el legado de crédito:

i) Evolución histórica

La doctrina es pacífica cuando afirma que en Derecho romano la sucesión consiste en que el heredero ocupa el lugar de su predecesor, es un continuador de sus relaciones jurídicas, salvo los derechos que se extingan con su muerte. Pero en lo relativo a los créditos, estos no se transmiten *inter vivos,* posiblemente, como indica Navarro Pérez (1988: 223) (73), por la vinculación personal de la deuda con su titular, siendo imposible transmitirla a otra persona, que quedaría en su lugar en virtud de una sucesión singular, es decir, la imposibilidad de aplicar la ficción jurídica, como es el caso de la sucesión

(73) *Vid.* Jörs y Kunkel (1965: 293 y ss.).

mortis causa, de ser el sustituto un continuador en la personalidad jurídica del cedente.

Pero encontramos en Gayo 2.38 la llamada novación de las obligaciones que, en el párrafo siguiente (2.39), añade: "*Más sin esta novación no puedes reclamar en nombre propio, sino que debes proceder en mi nombre como representante solemne o procurador*" (74). Como escribe Navarro Pérez (1988: 23), la novación por cambio de acreedor fue el medio preferentemente utilizado para transmitir los créditos entre vivos, cuya operación hacía desaparecer la obligación originaria, sustituyéndola por otra nueva: desaparece el acreedor principal y, en su lugar, el nuevo sucesor convenía con el deudor en recibir la prestación pactada.

Los juristas del medievo vuelven a la tesis de la intransmisibilidad a título particular (Navarro Pérez 1988: 25). Según apunta Gavidia Sánchez (1990: 1075) (75), la oposición a la tesis anterior surgió en Francia y es conocida como el sistema francés o franco-italiano. Está basado en la causalidad y la relevancia de la notificación al deudor de la que hace depender la producción y subsistencia de los efectos traslativos, cuando dicha notificación es aceptada (76). Este carác-

(74) La novación por cambio de acreedor no era una cesión de créditos, pues la nueva deuda no era igual a la anterior. Era necesario requerir el consentimiento del deudor para que quedara vinculado con el nuevo acreedor en lo que resta para cumplir el crédito. Además, dicho mecanismo novatorio hacía que desaparecieran las garantías que, como hemos apuntado más arriba, era debido, posiblemente, al carácter personalísimo del vínculo obligacional entre el deudor y el acreedor, que impedía dicho cambio salvo que se tratase de transmisiones por causa de muerte. Pero la vida comercial se impone a través de los tiempos y, por ello, se acudió a la *procuratio in rem suam*, que excluía al deudor, actuando el acreedor principal y el nuevo o su sustituto. En la época de Antonino Pío se arbitró a favor del comprador de una herencia una *actio utilis sua nominis* para percibir los créditos hereditarios. Posteriormente, en la época del emperador Gordiano la *actio utilis* se usaba para ir contra el deudor y, con todo, llegamos a las Leyes de Justiniano que admitieron la cesión de créditos desvinculada del contrato de mandato, constituyéndose en un contrato típico. *Cfr.* D'ors (1991: 529-530); Jörs y Kunkel (1965: 145); Iglesias (1992: 491 y ss.); Badenes Gasset (1979: 1056-1068); Lacruz y Sancho (1988: 293-294); Gavidia Sánchez (1990: 1096-1097); Clemente de Diego (1912: 166-167).

(75) *Vid.* Navarro Pérez (1988: 26); Clemente de Diego (1912: 175).

(76) Gavidia Sánchez (1990: 1095), el requisito de la notificación surgió en el art. 108 de la Costumbre de París.

ter causalista es la nota más relevante de los sistemas latinos, en contraposición al sistema abstracto de corte germano.

El art. 108 de la Costumbre de París de 1510 contemplaba inicialmente la notificación al deudor no como un requisito que perfeccionaba la cesión del crédito *(vid.* Gavidia Sánchez 1990: 1100-1101), sino como la prueba para excluir la buena fe del deudor. Fue en el art. 179 de la Costumbre de París de 1510, que después se extendió a otras zonas, donde quedó como requisito para la producción del efecto traslativo (Gavidia Sánchez 1990: 1100-1101) (77), es decir, para producir la adquisición de la posesión y la titularidad del crédito por el cesionario, de tal manera que aquella cesión no notificada al deudor no producía ningún efecto entre las partes *(vid.* Gavidia Sánchez 1990: 1103).

Por tanto, el mencionado art. 108 de la Costumbre de París fue el precedente legislativo de los arts. 1690 y 1691 del Código Civil francés de 1804, bajo las formalidades de notificación y aceptación del deudor para su eficacia entre las partes y frente a terceros (Gavidia Sánchez 1991: 502, 505-506).

El sistema germano, explica Gavidia Sánchez (1992a: 55), inicialmente mantuvo el principio de intransmisibilidad de créditos elaborado por los glosadores, que dominará la doctrina de la cesión de créditos hasta el siglo xix (78). El Título 4.º, Sección 5.ª ("Transmisión de créditos"), parágrafos 398 a 413, del BGB, ambos inclusive, constituye la vigente regulación de la transmisión a título singular de un crédito. En líneas muy generales consiste en que el parágrafo 398 del BGB reconoce que, mediante contrato, una persona puede ceder a otra un crédito. Esta cesión debe documentarse públicamente a instancia del nuevo acreedor, en donde constarán, entre otros extremos, las garantías del crédito precedentes (parágrafo 401), además de entregar los documentos que lo prueban, como informar

(77) Señala que la nueva redacción del art. 170 será la que plasmará el requisito de la notificación del art. 108.

(78) Gavidia Sánchez (1991: 56, 65-67) explica que en el siglo xvi la praxis admitió la cesión de créditos bajo la forma de enajenar un derecho de propiedad. En el siglo xvii se asienta el criterio de la objetividad del crédito, estimándolo como un derecho incorporal. En el siglo xviii se apuesta por el abandono de los esquemas romanos abriendo la posibilidad de transmitir el crédito sin los requisitos de entrega y de notificación al deudor para que produzca efectos traslativos.

al cesionario (parágrafo 402). Por el contrario, el acreedor notificará el crédito cedido al deudor, incluso si este no produce efectos (parágrafo 409), de donde el nuevo acreedor debe aceptar la prestación que el deudor realice, así como los negocios que celebre con posterioridad (parágrafo 407).

Nuestro sistema tiene como precedente la conjunción de las P. 3.ª, tít. 7.º, Ley 16.º y la P. 3.ª, tít. 18.º, Ley 64.º, de donde deduce Gavidia Sánchez (1993: 65-67) que, inicialmente, nuestro Derecho bajomedieval no se rigió por el esquema romanista de la intransmisibilidad del crédito a título singular. Así que, para ceder entre vivos un crédito había que acudir a la novación.

La primera regulación de la cesión de créditos data del Código de Comercio de 1829, arts. 382 a 384, que subordinaba dicha cesión a la notificación formal, salvo que el deudor la consienta extrajudicialmente. En ambos casos quedaba ligado el deudor con el nuevo acreedor. El Proyecto de Código Civil de 1836 presenta una regulación, desde mi punto de vista, poco uniforme. Así, por un lado, se aprecia que en la tradición del título o derecho incorporal el adquirente puede hacer uso de ella siempre que haya sido consentido por el cedente (art. 704); por otro lado, el traspaso de un crédito, derecho o acción a un tercero, debe ser notificado al deudor (art. 1141). El antedicho requisito de la notificación puede ser suprimido si se obliga al deudor mediante escritura (art. 1442). Toda cesión supone la transmisión de las garantías, y el saneamiento, pero no conlleva responder de la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario (arts. 1144, 1145 y 1146). Nótese que en los arts. 1141 y 1142 se habla de "traspaso"; mientras que en los arts. 1144, 1145 y 1146 emplea la expresión "venta" o "cesión". En relación con lo expuesto, Gavidia Sánchez (1993: 79, 80 y 81) escribe que en lo relativo a los créditos se reconocía su transmisión entre vivos sin tomar en cuenta el criterio romanista, pues la expresión "título" equivale a titularidad del crédito mediante el empleo de la teoría del título y modo como sistema de transmisión de derechos. En cuanto a los arts. 1141 y 1146, puede apreciarse el sistema consensualista, pues, aunque no se verifique la notificación, el deudor puede quedar obligado respecto del cesionario mediante escritura pública (art. 1142), es decir, no requiere la entrega para producir los efectos traslativos.

El Proyecto de Código Civil de 1851 estableció el criterio de corte francés (Gavidia Sánchez 1993: 92), que, bajo la rúbrica "De la

transmisión de crédito y demás derechos incorporales", será la misma rúbrica que para el Anteproyecto de Código Civil de 1882-88 y el vigente Código de 1889. El art. 1457 del Proyecto isabelino inicia su dicción admitiendo la cesión de créditos, derechos o acciones conforme a lo dispuesto en los arts. 1201 y 1209: el primero, mediante escritura pública; el segundo, mediante instrumento privado que tendrá efectos frente a terceros desde su inscripción o desde el fallecimiento de su otorgante o por la intervención de un empleado público por razón de oficio. Los arts. 1459 y 1460 establecen que la venta o cesión de un crédito comprende las garantías, así como la responsabilidad de su existencia, salvo que se haya enajenado como dudoso o que la venta o cesión haya sido de mala fe. En este caso responderán de los gastos e intereses, salvo pacto en contrario (art. 1461). Como se puede apreciar, la cesión de créditos en la legislación de 1851 era de carácter consensualista bastando la perfección del contrato para que se produzca la transmisión *(vid.* Gavidia Sánchez (1993: 93).

El Anteproyecto de 1882-88 es de igual redacción que el Proyecto de Código Civil de 1851, salvo dos ordinales que, en este caso, son los arts. 1553 y 1557. Como dice Gavidia Sánchez (1993: 141-142), es una continuación del anterior, en donde se mantiene la tradición francesa, permitiendo seguir estimando el efecto traslativo sin necesidad de entrega.

La legislación vigente en materia de cesión de créditos sigue la legislación precedente, pero cambiando los dígitos que los regulan, arts. 1526 a 1530, ambos inclusive, que, como comenta a estos efectos García Cantero (1991: 589-690) (79), no tienen precedente en las Partidas, pero sí en el Código Civil francés; o como expone Navarro Pérez (1988: 42, 80-81) (80), la regulación de nuestro Códi-

(79) Comenta que nuestro legislador desechó los modelos austriaco y portugués derogado, como también los códigos posteriores, como el alemán. Este último le dedica a los créditos, como la asunción de deuda, una sección independiente. Otro tanto ocurrió para el Código Civil italiano de 1942 y el vigente Código Civil portugués de 1967.

(80) Clasifica la cesión de créditos en voluntaria, que a su vez, se divide en propia e impropia. La propia es la originada por un acto jurídico encaminado a la transmisión de la titularidad activa de la relación crediticia; por el contrario, es impropia la procedente de actos que no tienen como finalidad primordial la transmisión de la titularidad del crédito.

go de la cesión de créditos lo único que regula es la cesión, cuando la causa de la misma es la venta de un crédito.

El art. 1526 no define la cesión de créditos, sino que se remite a los arts. 1218 y 1227 del CC (81). Con ello establece los efectos del crédito frente a terceros, derecho o acción, cuando conste en documento auténtico (82), lo que no impide que su esencia siga siendo la sustitución del acreedor (titular del crédito), por otro que ocupa su lugar con los derechos accesorios, las acciones y las excepciones que el anterior crédito tenía (83), sin necesidad de notificación ni novación, sino por aplicación del principio de transmisibilidad de derechos adquiridos en virtud de una obligación que contempla el art. 1112 del CC (84). Lo que conlleva que la perfección del negocio de cesión de crédito entre cedente y cesionario cuyo objeto es la transmisión de la propiedad del crédito no lleva un efecto inmediato, sino que es necesaria la tradición (entrega de la cosa) (85). Así, como ha comentado García Cantero (1991: 692) (86), en el examen de los arts. 1464 y

(81) Lacruz *et al* (1990: 296) señala que se trata de una regulación defectuosa que ha sido criticada por la doctrina desde su incorrección técnica y su redundancia hasta llegar a la desmesurada extensión, pues cabe toda clase de transmisiones entre vivos, por causa de muerte, onerosos y gratuitos; Díez-Picazo (1988: 802) enseña que se trata de una regulación imperfecta, pues habría que configurarla como un negocio autónomo relativo a la cesión de créditos, cualquiera que fuera su causa. *Cfr.* Pantaleón Prieto (1988: 1037-1038).

(82) García Cantero (1991: 703); Lacruz *et al* (1990: 298).

(83) Navarro Pérez (1988: 55 a 66) señala que el art. 1528 da por sobreentendido que todas las cesiones transmiten los derechos accesorios que, generalmente, están ligados a la relación principal sin que pueda subsistir el crédito transmitido sin ellos; *cfr.* Lacruz *et al* (1990: 300-301).

(84) Lacruz *et al* (1990: 293); Díez-Picazo (1988: 804); Navarro Pérez (1988: 42, 67 a 76) señala que el art. 1112 establece el principio de transmisibilidad de todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación. Sin embargo, dicho principio presenta limitaciones. A título indicativo, citamos como créditos incedibles: los créditos personalísimos, sobre alimentos, los establecidos por disposición legal (art. 1271-2).

(85) Pantaleón Prieto (1988: 1059-1060) señala que el sistema de adquisición y transmisión español está basado en el título y modo, pero no ocurre lo mismo para la transmisión de créditos, pues este es un negocio traslativo.

(86) Navarro Pérez (1988: 80). No obstante, añade que, a pesar de ser así tanto en nuestra legislación como en las extranjeras, conceptualmente

1526, debemos estimar la cesión como una compraventa especial. No obstante, el autor añade que la eficacia de la cesión no está subordinada a la notificación; ya que el art. 1527 habla de que "El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación". Nuestro sistema, como comenta Badenes Gasset (1979: 1069) (87), no se basa en la notificación, como es el caso del art. 1690 del Código Civil francés y el art. 1539 del Código Civil italiano de 1942. Sin embargo, la STS de 30-7-1994 (88) "impuso que el conocimiento debe ser probado por el cesionario, pero si llega al deudor el conocimiento de la cesión deberá pagar el cesionario". García Cantero (1991: 700) concluye, citando a Castán Tobeñas (1979: 331), que "el medio más perfecto y seguro de procurar ese conocimiento es la notificación de la cesión, en forma notarial o judicial".

Esbozada la teoría de la cesión de créditos, desde mi punto de vista, no tiene sentido que el heredero acceda al crédito que el testador legó a un tercero (legatario) y, una vez notificado al legatario, materialice, mediante documento auténtico, la cesión del crédito en la que el heredero es el cedente, titular acreedor, y el legatario es el cedatario, beneficiario no del testador, sino del heredero, que, por voluntad del causante, transmite el remanente más los intereses que le corresponde percibir el legatario desde la fecha del fallecimiento del testador.

ii) Transmisión directa *versus transmisión indirecta*

La otra tesis es por la que me inclino y que parte del art. 870, párrafo 1.º, cuando dice: "sólo surtirá efecto en la parte del crédito […] subsistente al tiempo de morir el testador". Deja claro la dicción expuesta que el efecto de la cosa legada consiste en entregar el todo o la parte del crédito subsistente al tiempo del fallecimiento del testador, por lo que a partir de dicho momento el legatario tiene no solo derecho al legado, sino a los intereses (89). Su efecto consiste en la adquisición por el legatario de la titularidad activa del crédito, y el heredero, como hemos expuesto en el epígrafe anterior, cumplirá

---

es inapropiada e insuficiente, es, pues, en su opinión, un efecto ordinario.

(87) *Vid.* Navarro Pérez (1988: 112); Pantaleón Prieto (1988: 1063).

(88) (RA 6308); STS de 19-2-1993 (RA 997).

(89) *Vid*. Scaevola (1945: 333); Albácar López y Castro García (1992: 847); Albaladejo (1998: 218).

con entregar al legatario las acciones, como los títulos que pudieran competirle frente al deudor (art. 870-1) (90).

Por otro lado, tenemos el art. 882, párrafo 1.º, del CC, que dice: "Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte".

Deja claro el precepto transcripto la transmisión *ipso iure* del causante al legatario, cuando estamos ante un legado de cosa específica y determinada, propia del testador, más las rentas pendientes o frutos no satisfechos antes del fallecimiento del causante (91); ya que el párrafo 2.º del mencionado art. 882 se refiere al riesgo de la cosa legada. Ciertamente, el riesgo puede afectar tanto a la pérdida o deterioro, como a su aumento o mejora, pero, como ha puesto de relieve Murillo Villar (1993: 106), el riesgo del art. 882, cuando se trata de un legado de efecto directo, resulta innecesario, pues si el

(90) Garrote Fernández-Díez (2001: 1029) señala que, en efecto, el heredero cumple con ceder las acciones contra el deudor del legado. No obstante, cree que es acertada la doctrina donde el legatario se subroga en la posesión del causante y desde dicho momento, puede reclamar el crédito sin necesidad de pasar por el gravado, que puede, como dicen Lacruz y Sancho (1988: 330), llevar a cabo posibles enajenaciones; en análogos términos, Díaz Cruz (1951: 273).

(91) El legado, cuando es de cosa específica y determinada, propia del testador, trae como consecuencia la adquisición de la propiedad (STS de 7-7-1986 [RA 4416]; RDGRN de 20-9-1988 [RA 7159]), siendo posible transmitir este derecho a través de sucesivas transmisiones hereditarias (STS 28-9-1990 [RA 6910]), así como los frutos que de la misma se deriven o sea necesaria su reclamación (STS 7-7-1986 [RA 4416]). Murillo Villar (1993: 103-109) escribe que el art. 882-2.º se rige por el principio romano de *periculum est legatarii*, esto es, ordena el traspaso del riesgo de la cosa legada al legatario, asumido por la P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 41.º, distinguiendo entre legado directo e indirecto. Sin embargo, dicha distinción no fue asumida por los precedentes posteriores, arts. 698 del Proyecto de Código Civil de 1851, el 867 del Anteproyecto de 1882-88 y el vigente 882-2.º. Por tanto, se pasa de una exoneración de la responsabilidad del heredero, cuando el legatario adquiere la manda, pero estima el autor que dicho efecto no tiene sentido en un legado de efecto real, como es el caso del regulado en el art. 882, en donde el legatario adquiere la cosa legada de manera directa e inmediata y, por ello, no existe sujeto intermedio al que poder imputarle el riesgo.

legatario adquiere automáticamente la cosa desde el fallecimiento del testador, no debemos hablar de riesgo, porque estamos ante las consecuencias de la transmisión. Por tanto, lo que se transmite es el título o, en su caso, la cosa debida de dicho título, por la voluntad del testador manifestada en testamento. Podemos concretar que no está sometido a riesgo porque estamos ante un derecho incorporal que se traspasa por causa de muerte, que tiene efectos automáticos junto con los frutos e intereses pendientes desde el fallecimiento del testador a favor del legatario designado. Pero, ciertamente, estamos ante un precepto de carácter dispositivo (92), por lo que debemos relacionarlo con el art. 885 del CC, donde, como ha reconocido la STS de 29-5-1963 (93) y la Resolución de la DGRN de 27-3-1982 (94), el legatario no adquiere la posesión de la cosa legada (arts. 440 y 885 del CC) hasta que no sea entregada por el heredero o albacea, cuando este se halle autorizado para darla o, en su defecto, inste al juez para su entrega (Marín Castán 2000: 99) (95). Pero, por otro lado, apreciamos que la Resolución de la DGRN de 19-5-1947 (96) estableció que "la Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, que por su luminosa doctrina y el acierto que preside su redacción constituye el más valioso elemento interpretativo de nuestro ordenamiento inmobiliario, al tratar de la materia de anotaciones preventivas y referirse a la de legados, consigna: que cuando la cosa legada es determinada o inmueble con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador"; por otra parte, la Resolución de la DGRN de 25-5-1971 (97) sentó la siguiente doctrina: "la posibilidad de que el legatario puede ser autorizado para ocupar por sí solo la finca legada, tal como, entre otros casos, declaró la sentencia de 26 de octubre de 1928, fundándose en que la voluntad del testador,

(92) Garrote Fernández-Díez (2001: 1041) señala que, en efecto, si el testador declara expresamente la eficacia real del legado, el régimen aplicable a los frutos es el del art. 882 del CC.

(93) (RA 3589).

(94) (RA 8065).

(95) Afirma que "la prohibición de que el legatario ocupe la cosa legada por su propia autoridad es, pues, casi absoluta, y sólo cederá cuando excepcionalmente la hubiera autorizado de forma expresa el testador".

(96) Roca Sastre y Molina Juyol (1953: 769).

(97) Carretero García *et al* (1967: 257).

Ley de sucesión, no puede quedar coartada por lo preceptuado en el art. 885 del CC, que sólo ha de tener aplicación cuando aquél no haya usado de la libre facultad de permitir que se posesione directamente el legatario de los bienes legados". La STS de 26-10-1928 (98), a la que alude la anterior resolución, dispuso que "es principio reiteradamente establecido en la jurisprudencia, como consecuencia de diversos artículos del Código civil, que la voluntad del testador válidamente expresada, es ley obligatoria para todas las personas que del testamento derivan sus derechos […]. Que el artículo 885 del Código civil no puede coartar al testador, para ordenar que el legatario ocupe por sí la cosa legada, y que el heredero no le estorbe". En análogos términos, han seguido esta doctrina las SSTS de 8-7-1940 (99), 3-6-1942 (100), 11-2-1943 (101), 1-6-1946 (102), 6-2-1958 (103) y 5-6-1999 (104).

Sentada la doctrina que asume que "la voluntad del testador es ley de sucesión", nos queda por dilucidar si el legatario adquiere la cosa legada desde el fallecimiento del causante o, por el contrario, queda subordinado a que el heredero la entregue. La Resolución de la DGRN de 19-11-1952 (105) estableció que el art. 882 autoriza al legatario por su propia autoridad a ocupar la cosa legada, pero, si no fue expresamente autorizado por el testador, deberá pedir su entrega al heredero (art. 885 del CC). Sin embargo, la STS de 27-5-1963 (106) tildó el requisito de la "entrega o toma de posesión" del mencionado art. 885 de "complementario" para la efectividad del legado, doctrina que reitera la STS de 7-7-2003 (107). Pero la STS 7-7-1986 (108) declaró "que el legado de cosa específica y determinada, propia del testador, trae como consecuencia la adquisición

(98) *Colección legislativa*, núm. 141, serie 1.ª, parte 8.ª, tomo 103, págs. 603-619.
(99) (RA 689).
(100) (RA 760).
(101) (RA 133).
(102) (RA 760).
(103) (RA 1016).
(104) (RA 2888).
(105) (RA 2816).
(106) (RA 3588).
(107) AC 2003-3, pág. 3079.
(108) (RA 4416).

de la propiedad de la cosa desde que el testador muere y la de sus frutos", doctrina que corrobora la Resolución de la DGRN de 13-4-2009 (109).

Con todo, estimo que, cuando el testador lega un crédito, estamos ante una cosa específica y determinada, propia del testador, en donde el legatario adquiere su propiedad desde que muere el causante o, como declara Lacruz, el heredero solo conserva la posesión del crédito, pues siendo este determinado, su titularidad pasa *ipso iure* al legatario al abrirse la sucesión, por aplicación del mismo principio que inspira los arts. 882 y 885. En análogos términos, García Cantero (1973: 795).

1.3.3. EL PRELEGADO. LA POSIBILIDAD DE QUE EL HEREDERO SEA AL MISMO TIEMPO LEGATARIO DE CRÉDITO: PLANTEAMIENTO HISTÓRICO Y SUSTANTIVO

1.3.3.1. Planteamiento histórico

Como regla general, el heredero es sujeto distinto del legatario, pero cabe la posibilidad de que concurra la doble cualidad de heredero y legatario en una misma persona *(vid.* Clemente de Diego 1927: 61) (110). En dicho caso, estamos ante un prelegado. La estructura del legado *per praeceptionem* consiste en una disposición del testador que se hacía valer en el juicio divisorio, en donde el heredero preceptorio quedaba autorizado a separar la cosa de la herencia (111).

(109) (BOE núm. 109, de 5-5-2009).

(110) Señala que, en efecto, la concurrencia de las cualidades de heredero y legatario en una misma persona determina la naturaleza específica del prelegado; en análogos términos, Alventosa del Río (1993: 187); Ortín García (2006: 36), en su nota a pie de pág. 47 objeta que la doble cualidad se manifiesta en una sucesión directa (el heredero) y una adquisición singular (legatario). No le falta razón a Gangi (1929: 325) cuando afirma que "el heredero obtiene en el prelegado dos personalidades distintas, una como sucesor particular –bien entendido que hablar en ese caso de sucesión es una licencia–; otra como sucesor universal, con las características propias de cada una de ellas".

(111) García Garrido (1961: 488); Clemente de Diego (1927: 38); Ossorio Morales (1957: 350).

Lo que a primera vista resulta pacífico, ha tenido voces discordantes en cuanto a la figura del prelegado, siendo calificada de arcana, de la más pura cepa romana *(vid*. Clemente de Diego 1927: 7, Alventosa del Río 1993: 185), de la que se habló en otro tiempo, pero descuidada hasta que los pandectistas alemanes (112) y después la doctrina italiana (113) contribuyen los dos a la reconstrucción dogmática y científica del prelegado *(vid.* Alventosa del Río 1999: 186).

A guisa del comentario, Francisco Sánchez (1912: 57) ha puesto de relieve que los prelegados o legados hechos a los herederos no eran prácticos ni tenían sentido jurídico en el Derecho romano ni en el Derecho moderno. Si el testamento es válido por la designación del heredero, y siendo este quien entrega el legado, cómo se entregará a sí mismo una cosa legada. Lo cierto es que conservó, a pesar de su escasa regulación, su significado, que oscilaba en restituir a una persona mediante legado o designar al heredero para que adquiriera, antes de la herencia, la cosa legada (114). La segunda acepción es la estimada más acorde con el sentir de la doctrina (115). Así que, en opinión de Clemente de Diego (1927: 45), las características propias y singulares del prelegado son recogidas en la definición de Scuto (1910: 1 y ss.) (116), que dice: "Disposición testamentaria en forma de legado, independiente en esencia de la aceptación de la herencia por parte del favorecido, con cuya disposición el testador asigna un elemento patrimonial cualquiera a

(112) Rosshirt (1835: 253), citado por Clemente de Diego (1927: 8), señala que la doctrina del prelegado no ha sido cuidadosamente elaborada. La Glosa y otros exegetas descuidaron sus estudios, reglas y relaciones con los legados.

(113) Ferrini (1889: 184-232); Gangi (1908: 59-65); Scuto (1910: 1 y ss.); citados por Clemente de Diego (1927: 11-12).

(114) Gayo 2.216 y 2.217, el legado *per praeceptionem* para la escuela sabiniana consistía en una preferencia; mientras que para la escuela proculeyana equivalía a apoderarse. *Vid*. D'ors (1991: 364); García Garrido (1961: 495-496).

(115) Clemente de Diego (1927: 7); Ruggiero (1978: 504); Castán Tobeñas (1979: 311-312); Díaz Cruz (1951: 503-506); Puig Brutau (1977: 407-408); Billoch Barceló (1968: 847-848); Hernández Gil (1981: 1052); Ossorio Morales (1957: 350-351); D'ors (1991: 364)*;* García Garrido (1961: 578); Iglesias Santos (1992: 647); Jörs y Kunkel (1965: 490-491).

(116) Citado por Clemente de Diego (1927: 45); Alventosa del Río (1993: 188).

persona llamada al *«universum ius defuncti»* con cargo a su cuota hereditaria". En definitiva, y como dice Alventosa del Río (1993: 188), lo que caracteriza al prelegado y lo distingue a la vez de cualquier legado es que el heredero es favorecido y gravado a la vez.

Inicialmente, se sostiene por la doctrina (117) en base al viejo principio romano de la subordinación del legado a la institución de heredero, que, cuando se asignaba un legado a favor de un único heredero, era nulo (118), pero, cuando se testaba a favor de varios herederos conjuntamente con la cuota hereditaria, se otorgaba una cosa determinada (119). En principio, se accedía a ella por la autoridad del heredero y, posteriormente, por la *adiudicatio* (120) en la división de la herencia (Gayo 2.216 y 217; D. 30,126,1). A este respecto, Gómez-Salvago (1996: 10-11) (121) explica que, cuando la *praeceptio* pierde su estructura y es absorbida por el legado *per vindicationem*, el heredero obtiene por el prelegado dos cualidades distintas: una, como sucesor universal; otra, como adquisición a título particular. Por tanto, la *praeceptio* se entendió como una atribución de cosa al heredero que, posteriormente, deriva en la *praelegare* y el *lagatum per praeceptionem*, que no es sino el prelegado (122). No obstante, Martínez Gómez (2003: 1) escribe que no existen fuentes romanas que definen el legado dejado a favor del heredero

(117) Ruggiero (1978: 504); Bonfante (1979: 671); Iglesias Santos (1992: 647).

(118) Vallet de Goytisolo (1982: 173); Puig Brutau (1977: 407); Ossorio Morales (1957: 350).

(119) Biondi (1960: 280 y 478); Jörs y Kunkel (1965: 490); Martínez Gómez (2003: 2).

(120) Biondi (1960: 280); García Garrido (1961: 491); Gómez-Salvago (1996:10); Vallet de Goytisolo (1982: 173), que señala "no debe confundirse este legado *per praeceptionem* a favor de un coheredero, con el *praelegatum*. Aquel era hecho efectivo mediante la separación del bien legado de la masa de la herencia, adquiriéndolo previamente *(praeceptio)* a la partición propiamente dicha. El prelegado era concebido como carga que gravaba todas las cuotas hereditarias (D. 30,116,1)".

(121) Afirma que la disputa surgió entre Sabinianos y Proculeyanos. Los primeros caracterizaron el legado *per praeceptionem* como uno de los cuatro legados existentes en la época; para los segundos, dicho legado *(per praeceptionem)* se asimila al legado *per vindicationem.*

(122) Biondi (1960: 479); García Garrido (1961: 491); Gómez-Salvago (1996: 10); García-Bernardo Landeta (1988: 213).

(prelegado), pero sí existen criterios en donde el beneficiario de un legado puede ser un heredero (D. 30,37,18). Otros, por el contrario, no hablan del prelegado, sin perjuicio de recabar como heredero a un legado de dote (D. 31,77,12,8). El objeto de este legado podía ser cosas genéricas, fungibles, bienes, etc., mientras que al legado vindicatorio solo se podía acceder en cosas identificadas por el testador, que podían después ser objeto de la *actio vindicatoria (vid.* García Garrido 1961: 1). Esto explica, añade Biondi (1960: 280), que el legado *per praeceptionem,* claramente diferenciado de los demás legados, posiblemente se va ampliando hasta identificarse con el legado *per vindicationem* (Gayo 2. 221).

En la época clásica, según Gómez-Salvago (1996: 9), se desarrollan los conceptos jurídicos y el prelegado se entendió como una prioridad (D. 31,87,2 y D. 32,4,1), que consistía en la obligación de entregar algo a otra persona, o dejárselo al heredero a modo de mejora, privilegio o preferencia (Gómez-Salvago 1996: 5, Martínez Gómez 2003: 1), no colacionable o divisible en la partición o, como escribe Clemente de Diego (1927: 38), el testador, queriendo favorecer con un legado al heredero, puede autorizarle para que, antes de la distribución, tomase el objeto legado. Por tanto, se trata de un sujeto que por voluntad testamentaria ostenta el doble título de heredero y legatario o, como señala Biondi (1960: 477-478) (123), concurre en una misma persona la situación de gravado y beneficiario, en palabras de Clemente de Diego (1927: 45), la prestación o el gravamen descansando sobre la misma persona.

Entre los romanistas se duda de si la doctrina del prelegado fue codificada por las Leyes de Justiniano (Billoch Barceló 1968: 862). En opinión de Clemente de Diego (1927: 117-118), por un lado, el prelegado engrana con el Derecho romano clásico; por otro, resulta extraño, tanto en el Derecho justinianeo como en el Derecho moderno, por lo que a la luz de lo expuesto habría que pensar, según Bonfante (1914: 753-772), si en verdad se codificó o se conservó como un recuerdo histórico.

Como hemos expuesto más arriba, los juristas del medievo no realizaron un particular estudio del prelegado. Fue en nuestro Derecho de Partidas (P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 2.ª), además de constituir el precedente legislativo inmediato, el que permitió aplicar la teoría

(123) En análogos términos, García-Bernardo Landeta (1988: 214).

romana del prelegado, de tal manera que el testador podía dejar un legado a cualquier heredero, quien a su vez podía reclamarlo, salvo prohibición expresa *(vid.* Gómez-Salvago 1996: 42-45). La Ley Primera del Título XIX del Ordenamiento de Alcalá derogó el principio romano de incompatibilidad de la sucesión testada e intestada y, con ello, derogó la legislación romana y las Partidas *(vid.* Gómez-Salvago 1996: 56-60), siendo el art. 625 del Proyecto de Código Civil de 1851 el primer precepto que otorgó a la voluntad del testador el carácter de ley suprema en la sucesión. Sin embargo, el Proyecto isabelino dedicó un solo precepto a la materia en estudio, el art. 839, que dispuso: "El heredero testamentario que repudia la herencia, pierde su derecho a los legados". A este respecto, García Goyena (1974: 426) ha señalado que "el heredero que desaira y afrenta al testador en la parte principal del testamento, se hace indigno a la libertad subalterna con que es honrado en el mismo", Vallet de Goytisolo (1982: 110-111), citando dicho comentario, señala que la renuncia que desaira al testador va más allá de los principios romanos, como ocurrió en el Proyecto de 1851.

Fue el Anteproyecto de 1882-88 el que, en su art. 875, párrafo 2.º, estableció por primera vez el prelegado, el cual decía: "El heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar a éste y aceptar aquélla", de igual redacción al vigente art. 890, párrafo 2.º, del CC. Con respecto a este último precepto Roca Sastre (1981b: 266-267) dice que, ante la inexistencia de una regulación adecuada del prelegado, no le excluye de su aplicación. Así, Hernández Gil (1981: 1057) añade que ante dicho supuesto se deben aplicar los principios comunes del legado. Así lo estimamos, pues, como analizaremos en el epígrafe siguiente, el art. 890, párrafo 2.º, admite en una misma persona la doble cualidad de heredero y legatario, pero, a continuación, podrá el heredero renunciar al legado o viceversa, situaciones que regulan los arts. 988 y 889 del CC. Se deja claro que el art. 890, párrafo 2.º, no es el juego de la doctrina romana del prelegado, aunque la doctrina patria admite dicha posibilidad (124).

(124) Albaladejo (1998: 474); Díaz Cruz (1951: 505); Lledó Yagüe (1991: 593); Ossorio Morales (1957: 350); Martínez Gómez (2003: 10); Gómez-Salvago (1996: 75-84); Alventosa del Río (1993: 196).

1.3.3.2. El artículo 890, párrafo 2.º, del Código Civil

El art. 890, párrafo 2.º, del CC, regula el prelegado (125), pues el heredero que sea al mismo tiempo legatario puede renunciar a la herencia y aceptar el legado o viceversa, pero dicho precepto no dice quién sucede como heredero o quién adquiere como legatario *(vid.* Lledó Yagüe 1991: 593). El art. 890-2.º prevé que un mismo sujeto pueda ser llamado a la herencia y legado (Albaladejo 1998: 474), y puede, como decimos, aceptar o renunciar, pero también puede no aceptar la herencia o el legado, o aceptar los dos. Como señala Lledó Yagüe (1991: 591), al no existir en nuestro ordenamiento la incompatibilidad entre la calidad de heredero y legatario, puede el testador instituir un legado a favor de un heredero. La especialidad del art. 890-2.º, dice Gómez-Salvago (1996: 79), está en que el heredero puede optar entre aceptar uno u otro título con independencia de los llamamientos e, inclusive, sin aludir al sujeto gravado, por lo que cabe un legado hecho a un heredero con cargo a otro u otros, como a varios coherederos gravados en proporción a sus respectivas cuotas (Gómez-Salvago 1996: 93-95) (126). Por su parte, Roca Sastre (1981b: 264-265) escribe que el art. 890-2.º del CC no supone una norma abolitiva del prelegado romano, pero la supresión le viene dada por el art. 1037, que, como dispuso la STS de 21-4-1997 (127), "lo legado en testamento a un legitimario no está sujeto a colación, salvo disposición en contrario del testador" (128). De la conjunción de los arts. 858 y 859 del CC, Albaladejo (1998: 8-25) estima que cabe que el testador grave con mandas y legados no solo al heredero, sino también al legatario, respondiendo este último hasta donde alcance el valor de lo legado *(cum viribus legati).* Pero si el testador grava con un legado a uno de los herederos,

(125) Albaladejo (1998: 474); Lledó Yagüe (1991: 591); Ossorio Morales (1957: 350); Díaz Cruz (1951: 505); Díez-Picazo y Gullón (1992: 417); García-Bernardo (1988: 242).

(126) Señala que en Derecho romano el legatario sucede al heredero, en nuestro sistema el legatario sucede del testador. Por tanto, el heredero, favorecido con un legado al aceptar la herencia, no pierde el legado, porque son títulos independientes.

(127) (RA 3248).

(128) *Cfr.* Vallet de Goytisolo (1982: 210).

este quedará obligado a su cumplimiento; si no grava a ninguno, están todos obligados en proporción a sus cuotas.

A continuación examinamos la figura jurídica del prelegado desde el punto de vista del Derecho comparado y desde el Derecho foral. Dos aspectos a tener en cuenta para comprender el prelegado:

i) En el Derecho comparado tenemos que el art. 661 del Código Civil italiano de 1942 regula el prelegado en los términos siguientes: "El legado a favor de uno de los coherederos y a cargo de toda la herencia se considera como legado por el monto entero". Este precepto, que no sigue la doctrina romana del prelegado, sino, como dice Gómez-Salvago (1996: 70), el *Codice,* incide sobre la cuota hereditaria del prelegado, en donde se constituyen prelegados aquellas disposiciones a favor de uno o varios herederos y a cargo de toda la herencia (129). Barbero (1967: 204) escribe que el "prelegado es el legado que haya sido dispuesto a favor de uno de los coherederos". El art. 661 –añade– salva la dificultad romana al disponer el legado a favor de un coheredero con cargo en toda la herencia. Por su parte, Hernández Gil (1981: 1053), refiriéndose al art. 661 del *Codice*, señala que lo esencial del prelegado es el legado hecho a favor de uno de los coherederos y con cargo a toda la herencia.

Por otro lado, el parágrafo 2150 del BGB regula el prelegado en estos términos: "El legado a favor de un heredero (prelegado) se entiende como legado incluso en la medida en que el mismo heredero está gravado". En opinión de Gómez-Salvago (1996:74-75), el legislador alemán ha optado por la concepción amplia de prelegado: el legado atribuido al heredero sin referencia a si estamos ante uno o varios herederos. Por su parte, Binder (1953: 330-331) (130) añade que, según el parágrafo 2150, "vale el prelegado como legado, incluso en la parte en que el favorecido es gravado con él", añadiendo Clemente de Diego (1927: 123 ss.) que el BGB confirma el

(129) Messineo (1956: 439) afirma que el legado es un *plus* que excede de la cuota del heredero, por lo que en su opinión no pueden acumularse las dos cualidades en una misma persona.

(130) Escribe que en el Derecho alemán el prelegado consiste en una atribución independiente, que nada tiene que ver con la institución de heredero. Por tanto, rechazar la herencia y aceptar el legado o viceversa.

prelegado, que, en esencia, no es más que un legado que obedece a los principios generales de los legados.

Por mi parte, entiendo que ambos preceptos, el art. 661 y el parágrafo 2150, regulan el prelegado, pero ninguno de los dos se rige por la doctrina romana del prelegado, sino, por el contrario, el *Codice* ha optado por la concepción estricta o propia (el heredero prelegado resulta gravado en todo o en parte según se trate de un único heredero o concurra con varios). Mientras, el Código Civil alemán plantea una concepción amplia o impropia (en donde el heredero designado prelegado no resulta gravado por la disposición) (131), pero se diferencia en que en el primero la asignación es del testador al coheredero y con cargo en toda la herencia, mientras que en el segundo el testador designa al legatario a través del heredero, por lo que, si el heredero no acepta el prelegado, es nulo.

ii) En nuestro Derecho foral tenemos, en primer lugar, el art. 427-5 del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC), que dice: "El coheredero o el heredero único favorecido con algún legado lo adquiere íntegramente a título de legatario, y no de heredero, aunque el causante le haya impuesto determinadamente a cargo de él mismo, sin perjuicio de la facultad que el artículo 464-6 reconoce a los herederos". Es un precepto de análoga redacción al derogado art. 257 del Código de Sucesiones (CS), salvo el inciso final relativo al derecho de los coherederos a partir la herencia. Por otro lado, el derogado art. 257 del CS tiene su precedente en el también derogado art. 219 de la Compilación de Derecho civil foral de Cataluña de 1960, que, si bien asumió el prelegado, sigue una solución diferente (Roca Trías 1984: 25-28) (132), que consiste en la eliminación del prelegado romano (aspecto negativo), estableciendo un régimen basado en la concurrencia de títulos (aspecto positivo).

(131) *Cfr.* Gómez-Salvago (1996: 61 y ss.).

(132) Comenta que en el sistema catalán se distingue: primero, el aspecto negativo, que parte de un único heredero que no puede concebirse como prelegado por incompatibilidad entre los títulos de heredero y legatario en una misma persona; segundo, el aspecto positivo, pues el art. 219 se aparta del prelegado romano y adopta la teoría de la dualidad de títulos que supone la concurrencia de dos títulos distintos que pueden aceptarse o repudiarse independientemente.

El vigente art. 427-5 del CCC, como sus precedentes legislativos, asume el prelegado, pero no en sentido romano, sino manteniendo los llamamientos independientes, lo que produce el fenómeno de la dualidad de títulos *(vid.* Albiol Marés 1994: 911), que, si bien el prelegado sigue siendo heredero y, además, puede ser legatario, por el art. 427-5.º, tanto el coheredero como el heredero único favorecido con un legado lo adquieren a título de legado, salvo que el testador se lo haya impuesto a cargo de ellos mismos *(vid.* Larrondo Lizárraga 2008: 132). Esta fórmula obedece a que la concurrencia de títulos puede generar diversas situaciones: el legado a cargo de heredero único o de varios, o a cargo de otro legatario (sublegado). Como escribe Roca Sastre (1981b: 270), ha supuesto la supresión de la doctrina romana del prelegado, no por razones técnicas o consideraciones doctrinales, sino por motivos prácticos.

En segundo lugar, la ley 216 del Fuero Nuevo (en adelante, FN), regula la figura jurídica del heredero *ex re certa* y, en su párrafo 2.º, alude al prelegado, pero ello no quiere decir que dicho precepto regule la doctrina del prelegado, sino que tan solo alude a ello.

La ley 216 del FN, como comenta Egusquiza Balmaseda (2002: 627), es fiel al precedente romano, pero con consecuencias diferentes a lo dispuesto en el art. 768 del CC, en donde el heredero instituido en cosa cierta es estimado como legatario. Por ello, creo que la ley 216 hay que interpretarla atendiendo al criterio de la concurrencia. Así, si el heredero en cosa determinada no concurre con otros herederos, serán llamados a la universalidad, pero, si concurre con otros herederos, se estimarán legatarios (párrafo 1.º). Cuando todos los herederos hayan sido instituidos en cosa determinada, heredarán en partes iguales y la cosa determinada valdrá como prelegado (párrafo 2.º).

Desde mi punto de vista, la expresión "prelegado" de la ley 216, párrafo 2.º, hay que entenderla en sentido impropio (133), porque no se trata de una disposición testamentaria en donde concurre la cualidad de heredero y legatario en la misma persona, sino que se trata de una distribución hereditaria en cosa determinada, recibiendo todos los herederos por igual y valiendo la cosa determinada como un prelegado.

(133) *Cfr.* Clemente de Diego (1927: 43); Díaz Cruz (1951: 503); Gómez-Salvago (1996: 61).

De acuerdo con todo lo expuesto, desde mi punto de vista, el problema que tiene el art. 890-2.º del CC es que confunde la aceptación y la repudiación en el heredero y en el legatario, ya que el heredero puede repudiar, beneficiando a otros herederos, como puede aceptar para ser heredero; en cambio, el legatario podrá renunciar, salvo disposición en contrario, y podrá aceptar conforme a las reglas de los arts. 820 y 850 del CC. Así, como apuntamos más arriba, el art. 890-2.º no dice quién sucede como heredero o quién adquiere como legatario. Por ello, estimo la posibilidad de que por voluntad del testador el heredero pueda ser al mismo tiempo heredero y legatario de un crédito en base a la concurrencia de títulos, en donde el heredero es designado por el testador en su cuota correspondiente, siéndole asignado un legado de crédito y, con ello, estamos ante un prelegado, pudiendo aceptar la herencia, renunciar al legado o aceptar los dos (134).

1.3.4. EL LEGATARIO O EL BENEFICIARIO DEL LEGADO DE CRÉDITO

En relación con el legatario, el art. 870 del CC establece que, por un lado, el legado surtirá efecto desde el fallecimiento del testador (135); por otro lado, el legatario recibirá del heredero los títulos que acrediten la titularidad del crédito (136). Por tanto, el legatario tiene derecho a la parte del crédito que subsiste al tiempo del fallecimiento del testador y a los intereses que todavía se deban (Albaladejo 1998: 221-222 y 227-228).

---

(134) STSJ de Navarra (Pamplona) de 19-10-1995 (www.vlex.es), dispuso que "el prelegado en el Derecho moderno ha perdido las particularidades que tenía en el Derecho romano y se rige por los principios generales de los legados, nos parece aceptable dentro de nuestro Código Civil, que guarda silencio respecto al prelegado en el sentido romano. En diversos artículos, por ejemplo el 821 y el 890, se prevén supuestos de concurrencia del carácter de heredero y de legatario en una misma persona, sin necesidad de que concurra a la vez pluralidad de coherederos". Como dice Traviesas, "incluso para el prelegado, heredero único, puede ofrecer sus ventajas el prelegado".

(135) Arias Bonet (1950: 68) señala que desde el Derecho romano el *legatum nominis* empezó a separarse de la cesión como obligación del heredero frente al legatario, para ir adquiriendo efectos directos del crédito quedando el legatario en lugar del testador.

(136) Lacruz y Sancho (1988: 330); García Cantero (1973: 795); Sánchez Calero (1991: 2152).

En el legado de crédito, el crédito pertenece generalmente al testador, que es quien transmite al legatario, pero, cuando se le impone un gravamen al legatario a favor de un tercero o a favor del propio testador, estamos ante un sublegado. Puede ser designado como legatario de crédito un tercero, que también se denomina "legatario beneficiario". Obviamente, el crédito debe existir en el momento de su otorgamiento; en caso contrario, si el deudor ha abonado la deuda o el acreedor (el testador) ha demandado al deudor después de dicho otorgamiento, el legado es nulo de pleno derecho (art. 871-1.º).

El legado de crédito es una liberalidad (Lacruz y Sancho 1988: 27, Alonso Pérez 2003: 5111), desviada de la sucesión, que proporciona al legatario una ventaja o un enriquecimiento. Esta última característica no supone que el legado sea una *donatio testamento relicta* (D. 31,36) (137), ya que el enriquecimiento de que hablamos no conlleva la disminución patrimonial de la otra parte, sino la existencia de un crédito perteneciente al testador que transmite al legatario con los intereses que se deben al tiempo del fallecimiento del causante.

En el moderno Derecho civil subsiste la diferencia entre heredero y legatario. Concretamente, en nuestro art. 660 del CC, el heredero sucede a título universal y el legatario sucede a título particular (Alonso Pérez 2003: 5109), pero, como ha señalado Puig Brutau (1971: 832), estamos ante una imprecisión técnica, pues el legatario sucede al testador, pero recibe la cosa legada del heredero (art. 885), que es quien ha de entregar la posesión del legado. Como comenta Roca Sastre (Kipp *et al* 1976: 530 y 557), el que la tiene de normal y naturalmente es el heredero, de ahí que, con carácter general, el legatario no pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada y debe solicitar dicha entrega, entendiéndose como una mera puesta a disposición, salvo, como afirma Martín Pérez (2003: 5920-5924) (138), estemos ante un legado de cosa específica y de-

(137) Alonso Pérez (1988: 5109-5111), el legado no es una donación ordenada por el testador, porque no siempre es una liberalidad, ni siempre supone un enriquecimiento, por lo que el viejo parentesco entre el legado y la donación fue desapareciendo con el tiempo.

(138) Señala que, a tenor del art. 882, el legatario adquiere la propiedad recta vía del causante desde el momento de su muerte. Lo mismo se deduce del art. 885, que reserva la posesión y no la propiedad al heredero. Admitiendo la complementariedad de los arts. 882 y 885 del CC, como así

terminada, propia del testador, en la que el legatario puede adquirir la propiedad desde el fallecimiento del testador (art. 882 del CC) (139), sin necesidad de aceptar, a diferencia de lo que sucede con el heredero, que, siguiendo el sistema romano, debe aceptar la herencia (García Rubio 1989: 164-165) (140). Esto enlaza con el problema de la responsabilidad del legatario, que, por imperativo del art. 858, párrafo 2.º, no estará obligado a responder, sino hasta donde alcance el valor de lo legado (responsabilidad *cum viribus legati)* (141). Otro tanto ocurre con el art. 890, cuando el testador divide toda la herencia en legados, quedando las deudas limitadas hasta donde alcance el valor de lo legado (142). Así que el heredero debe acep-

lo manifestó la jurisprudencia en sus SSTS de 19-5-1947 (RA 1044), 29-5-1963 (RA 3589), 21-4-2003, AC 2003-3, núm. 503. Pero para un sector de la doctrina, Roca Sastre (Kipp *et al* 1976: 557); Sánchez Calero (1991: 2159), estamos ante una subordinación; para Díaz Cruz (1951: 72-73) estamos ante una contradicción; para Marín Castán (2000: 86) estamos ante una absoluta ficción. Desde mi punto de vista, pedir la entrega y posesión al heredero constituye un requisito complementario para la efectividad del legado.

(139) SAP de Álava de 30-6-2008 (*La Ley* 189587/2008) dispuso que "el art. 882 del Código civil, el legatario hace propio el bien desde el fallecimiento del causante y por tanto hace suyos los frutos y rentas desde el momento de la sucesión" la Resolución de la DGRN de 13-4-2009 (BOE núm. 109, de 5-5-2009) dispuso: "el art. 885 del CC establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada a favor del legatario, ya que éste cuando el legado es de cosa específica propia del testador, adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste".

(140) Señala que a pesar de que el beneficiario de un legado tenga que solicitar la entrega al heredero, no puede decirse, ni por un momento, que el legado pertenece al heredero; por tanto, en los legados de eficacia real no opera una tradición, sino una simple posesión, pues la cosa legada es del legatario desde el fallecimiento del testador. En análogos términos, Sánchez Calero (1991: 2159); Albaladejo (1998: 312); Roca Sastre (Kipp *et al* 1976: 557).

(141) Ossorio Morales (1957: 358); Cuadrado Iglesias (2003: 5179-5180); García Rubio (1989: 352); Muñoz Sánchez-Reyes (1996: 376)*;* por el contrario, Vallet de Goytisolo (1982: 549) estima que estamos ante una responsabilidad *pro viribus;* en análogos términos, Martínez Gómez (2003: 15).

(142) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 891, el testador puede

tar la herencia *pure et simpliciter* o a beneficio de inventario. En este último caso será hasta donde alcance el valor de lo heredado (arts. 1003 y 1023-1.º del CC), cuyo efecto es igual al del legatario, es decir, el heredero queda obligado *intra vires* o hasta donde alcancen los bienes recibidos por él en la sucesión, respondiendo solo *cum viribus hereditatis (vid.* Mingorance Gosálvez 2004: 45). No obstante, si el mencionado legatario queda gravado a pagar un legado (sublegado), su responsabilidad no se ve alterada por la concurrencia de un doble legado en la misma persona (Lacruz y Sancho 1988: 109, Cuadrado Iglesias 2003: 5181-5182), pero en el prelegado (el legado otorgado al heredero), si resulta que el heredero acepta pura y simplemente (art. 1003), responde *ultra vires hereditatis* (Lacruz y Sancho 1988: 109, Mingorance Gosálvez 2004: 40), esto es, el heredero responderá no solo con los bienes de la herencia, sino también con los bienes propios (Ossorio Morales 1957: 358). Si acepta a beneficio de inventario (art. 1023-1.º), el heredero responderá *cum viribus hereditatis (vid.* López Contreras 1965: 433).

De acuerdo con lo expuesto, la responsabilidad del heredero está en función de la aceptación de la herencia. Cuando el heredero que a la vez está gravado con un legado (prelegado), y en atención a su doble naturaleza "autónoma e independiente" (Gómez-Salvago 1996:

---

por su propia voluntad distribuir toda la herencia en legados pudiendo los legatarios liquidar la herencia, además de responder de las deudas hasta el valor de lo legado. *Cfr.* Lacruz y Sancho (1988: 35); Álvarez Vigaray *(*1965: 722); Cuadrado Pérez (2002: 830-843); Albaladejo (1998: 503-504); Díez-Picazo y Gullón (1992: 430); Cuadrado Iglesias (2003: 5179); López Contreras (1965: 444). Por otro lado, Ossorio Morales (1954: 358) afirma que la responsabilidad del legatario está limitada al alcance del valor de lo legado, pero, excepcionalmente, los legatarios estarán obligados en proporción a sus respectivas cuotas, cuando el testador haya divido toda la herencia en legados; Vallet de Goytisolo (1987: 60-62) estima que el pago de las deudas, cuando la herencia está dividida en legados, es en prorrata de todos los coherederos que la forman; en análogos términos, Cristóbal Montes *(*1988: 448). Muñoz Sánchez-Reyes (1996: 163-165 y 332) niega que la voluntad del testador sea aplicable a un supuesto de herencia sin heredero, así que siempre que se consuma el haber hereditario cabe aplicar el art. 891, pues en cuanto a la responsabilidad se prorratea entre los legatarios; García Rubio (1989: 225 y 380); Lacruz (Binder 1953: 97-98) afirma que la literalidad del art. 891 resulta contradictoria, pues parece aludir a "toda la herencia", pero a título singular. No obstante, estima aplicable el art. 858-2.º.

194) (143) el heredero aceptante, como decimos, en función de cómo acepte la herencia responderá *ultra vires* o *intra vires hereditatis,* pero el legatario mantiene su responsabilidad *ex lege* (art. 858-2.º), esto es, hasta donde alcancen los bienes hereditarios.

1.3.5. EL LEGADO MODAL: CONSIDERACIONES PREVIAS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.3.5.1. Consideraciones previas

La intención del testador al legar un crédito es que un tercero, designado por vía testamentaria (legatario), quede en la titularidad de dicho crédito, pudiendo exigir frente al deudor, no solo su cumplimiento, sino el pago de los intereses existentes al tiempo del fallecimiento del testador.

Esta liberalidad espontánea proporciona una ventaja o beneficio gratuito sin nada a cambio, denominada "legado de crédito" por estar concebido inicialmente como una disposición testamentaria por el art. 870-1.º del CC, la cual el testador cede al legatario un crédito que aquel tiene frente a un tercero (deudor). Supone, como hemos señalado más arriba, la transmisión por causa de muerte de un crédito del que el testador es su titular.

Con todo, podemos afirmar que los créditos, de los que el testador es titular frente a terceros, pueden ser objeto de legado. De igual manera, podemos señalar que el crédito es entendido como cosa específica y determinada, propia del testador, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 882 del CC, el legatario puede por su propia autoridad acceder a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, lo que no impide que el testador haga uso del legado modal (144), así como del sublegado.

---

(143) Esta doble particularidad está en que el heredero favorecido lo es a título universal, pudiendo libremente aceptar o repudiar. La asignación particular del testador de un legado es, en principio, la concurrencia de dos títulos diferentes en una misma persona.

(144) Fernández-Pacheco (1979: 4); Biondi (1960: 581) escribe que desde el Derecho romano el modo puede tener el más diverso contenido, siempre que sea lícito.

La distinción entre el legado y el modo, escribe Vallet de Goytisolo (1987: 466), es superflua, porque estamos ante figuras situadas en planos distintos, lo que no impide que puedan entrecruzarse. El legado es una disposición testamentaria directa por la que se lega, manda o deja (145) sin determinar al heredero o legatario, pero puede estar previamente determinado. Cabe también una disposición testamentaria indirecta en donde el heredero o legatario quedan obligados a dar o entregar a otra persona una cosa, generalmente determinada, y que Vallet de Goytisolo (1987: 467) identifica con los fideicomisos singulares. El legado es una atribución testamentaria a título singular (Puig Brutau 1971: 832), también denominada a título particular (Lacruz y Sancho 1988: 317, López Vilas 1966: 575, 577-578), dualidad que en mi opinión solo debemos entenderla como un puro conceptualismo, una forma o manera de denominar a la misma figura: el legado. Sin embargo, es cierto que ese carácter singular o particular ha servido para que la doctrina delimite la responsabilidad del legatario respecto de las deudas de la herencia que, en principio, está limitada hasta donde alcance el valor de lo legado, esto es, responsabilidad *pro viribus legati,* pero también para diferenciarlo con el heredero que por la aceptación queda vinculado a las deudas de la herencia. Por otro lado, el legatario siempre sucede al testador, pero adquiere la posesión del heredero, salvo lo previsto en el art. 882 del CC. Con todo, el legado queda delimitado como una disposición testamentaria liberatoria y autónoma *(vid.* Torralba Soriano: 1967: 186-187). Sin embargo, Montés Penadés (1995: 4325) escribe que en las disposiciones por causa de muerte existe diferencia entre legado y modo, distinción que gravita en la carga impuesta a los sucesores en beneficio de un tercero. En este sentido, Díez-Picazo (146) sostiene que "el disponente de un negocio a título gratuito establece un comportamiento o una conducta que debe ser realizada por el beneficiario de la atribución". No se trata de un mero consejo o de una simple recomendación que deja al arbitrio del interesado, sino que es un auténtico deber jurídico. En este sentido se ha pronunciado la SAP de Badajoz de 13-11-2008 (147), cuando dice: "En la

(145) Vallet de Goytisolo (1987: 312); Puig Brutau (1977: 476); Torralba Soriano (1967: 187); Montés Penadés (1974: 312).

(146) En el prólogo a la obra de Torralba Soriano (1967: 21-22).

(147) JUR\2009\119139.

cláusula 22.ª del testamento otorgado por el causante, se constituyó un legado modal que, como es suficientemente sabido, es aquel que impone al legatario una obligación o carga o gravamen de hacer u omitir para una finalidad, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, impuesta por el testador al legatario; de modo y manera que, al consistir en una obligación –a cargo del destinatario de la liberalidad– debe revestir los requisitos de toda obligación y entre ellos el de ser de cumplimiento posible".

1.3.5.2. Antecedentes históricos

Partimos del lenguaje del *Corpus Iuris* porque en las fuentes, dice Biondi (1960: 581), no existe un término técnico para denominar el modo. Si bien en los ordenamientos modernos lo que no es contrario a las leyes y a las buenas costumbres produce efectos jurídicos, en Derecho romano el modo era el medio para lograr lo no permitido mediante la imposición de un modo en la disposición testamentaria. Por ello, el modo es la carga impuesta a un acto de liberalidad (testamento o donación), que debe cumplir el que recibe. Bonfante (1979: 86) escribe que en Derecho romano una forma más suave que la condición era el *modus.* Este consistía en un gravamen impuesto al favorecido, anexo al negocio principal (testamento o donación), pudiendo los interesados exigir su ejecución o revocación.

En opinión de Castán Tobeñas (1918: 93), el modo es una figura jurídica nacida en el Derecho romano que inicialmente tuvo una función accidental y supletoria para suprimir limitaciones impuestas por la voluntad del testador y que eran efectivas en base a la vieja ficción de la continuidad de la personalidad jurídica del causante. En la época del emperador Justiniano desaparece este criterio y se estima su obligatoriedad en la aceptación del heredero, por cuyo acto asume las cargas de la herencia. Fue en este periodo cuando aparece la distinción entre condición y modo (148) (D. 35,1,80; D. 35,1,17,1; D. 37, 5,6,3). Su evolución posterior, añade Torralba Soriano (1967: 72), por su carácter accesorio o supletorio, ha perdido su utilidad práctica, razón por la que ha pasado a las legislaciones modernas con el mismo molde que en el Derecho romano. Una prueba de ello es la P. 4.ª, tít. 4.º, Ley 2.ª; la P. 5ª, tít. 4.º, Ley 6.ª (relativa a las donaciones

(148) *Vid.* Castán Tobeñas (1919: 109).

modales) y la P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 21.º; y la P. 6.ª, tít. 4.º, Ley 22.º (relativas a las disposiciones testamentarias *sub modo),* que, en opinión de Torralba Soriano (1967: 74), empiezan por la distinción entre "condición" y "modo", siguiendo por la revocación para concluir con el cumplimiento del gravamen modal. Lo expuesto denota la vinculación de la doctrina romana del modo en las Partidas y cómo esta influyó en la Codificación civil española. Así, el art. 714 del Proyecto de Código Civil de 1851 dispuso: "La expresión del objeto o aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderá condición, si no pareciere ser ésta su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador, y en caso contrario la devolución de lo perdido con sus frutos e intereses". Es análoga redacción al art. 884 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-88, así como al vigente art. 797. Este precepto, como hemos señalado, no define el modo (De los Mozos 1978b: 546) (149), sino que emplea equivocadamente el término "condición" cuando se trata de un "modo" (De los Mozos 1978b: 546). Así lo recoge la SAP de Madrid de 3-3-2005 (150), que dice: "debe señalarse al respecto que el art. 797 del CC contiene una presunción a favor de la carga y frente a la condición, según reflejan los propios términos de dicho artículo en su primer párrafo, y así lo proclama reiteradamente la jurisprudencia (STS de 28-5-1994), lo que debe tenerse en cuenta atendidas las consecuencias que derivan de la condición y del modo, generado éste únicamente la obligación de cumplir, pero sin afectar a la institución (STS de 9-5-1990)".

(149) Señala que el art. 714 se halla claramente influenciado por las Partidas y estas por el Derecho romano. Desde dicha redacción (art. 714), se aprecia la tendencia a distinguir "condición" y "modo", como el cumplimiento del modo llevado a los supuestos análogos, cuando no concurre culpa o hecho propio. Así ha quedado, salvo pequeños retoques, en los vigentes arts. 797 y 798 del CC.

(150) JUR\2005\84351.

1.3.6. EL MODO: LA POSIBILIDAD DE QUE EL LEGADO DE CRÉDITO PUEDA SER OTORGADO BAJO CLÁUSULA MODAL

El modo, carga o gravamen fue impropiamente denominado "condición" en los arts. 647-1.º, 651-2.º y 798-2.º del CC (151), cuando el modo y condición, técnicamente hablando, son dos figuras jurídicas diferentes.

El art. 797, párrafo 1.º, del CC (152) enumera los supuestos de cláusula modal, pero no supone en ningún caso un concepto de modo. Esta enumeración, como digo, consiste en "la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere" (Castán Tobeñas 1921: 216) (153). Se entenderá como modo, salvo voluntad contraria del testador (154). Lo dejado como carga o gravamen se transmite a los herederos y se podrá pedir por el beneficiario siempre que lo afiance o devuelva lo recibido con sus frutos e intereses (art. 797-2.º).

De la lectura del art. 797-1.º, Albaladejo (1984: 487) deduce que si se impone una carga o se expresa el objeto o su aplicación, estamos ante un modo y no una condición, es decir, cuando se expresa el objeto o la aplicación que se quiere, se estimará como una carga impuesta al designado, salvo que no sea esa la voluntad del testador. Por su parte, Roca Sastre (Kipp *et al* 1976: 591) dice que basta que el testador exprese el fin, objeto, destino o aplicación de una cosa o cantidad para que estemos ante un modo, siempre que di-

(151) Albaladejo (1957: 84-85); Lacruz (Binder [1953: 339]); De los Mozos (1978a: 226); López Vilas (1966: 591).

(152) Precepto que, salvo variantes, es de análoga redacción al art. 844 del Anteproyecto de 1882-88, y al 714 del Proyecto de Código Civil de 1851.

(153) Con la redacción del art. 797-1.º se ha querido encontrar una fórmula comprensiva que abarcaría todos los casos de obligaciones modales que pueden presentarse en la práctica, pero ha incurrido en el defecto de dar forma y carácter de enumeración a lo que no es más que una inútil yuxtaposición de conceptos.

(154) La SAP de Lugo de 17-9-2008, JUR\2009\81813, señaló que "el examen de lo preceptuado en el art. 797 del CC, que ordena no identificar la carga impuesta por el testador con una condición, a no ser clara su voluntad en este sentido, nos induce también a pensar que nos hallamos ante una atribución *sub modo.*"

cha expresión no sea una recomendación o deseo. No obstante, a este respecto Puig Brutau (1977: 462) estima que, según la dicción del mencionado art. 797-1.º, en caso de duda ha de estimarse que existe modo o carga en lugar de una condición. Para Lacruz (Lacruz y Sancho 1988: 334), el contenido del referido art. 797-1.º le resulta imperfecto y equívoco, proponiendo en su lugar el siguiente concepto: "carga o modo es toda suerte de determinación accesoria de los negocios jurídicos lucrativos por la cual el que adquiere la liberalidad queda constreñido a dar, hacer o no hacer algo". Esta doctrina ha sido asumida en parte por la SAP de Madrid de 3-3-2005 (155), cuando dice: "El art. 797 del CC es equívoco al disponer que la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad, de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición".

Por tanto, podemos señalar que la carga que se impone a un heredero o legatario, técnicamente, como dice Lacruz (Lacruz y Sancho 1988: 334), no es una condición. Así, debemos observar que el modo solo es aplicable a las disposiciones jurídicas a título gratuito: testamento y donación. Constituye una verdadera obligación jurídica y no una simple recomendación o consejo (Albaladejo 1957: 86). Por otro lado, consiste en una carga, gravamen o peso (Barbero 1967: 596) (156) impuesto al afectado la obligación de dar, hacer o no hacer; o peso, gravamen o carga impuesta al beneficiario de una liberalidad (heredero o legatario) para que haga o deje de hacer en beneficio del disponente. Por ello, Castán Tobeñas (1921: 211) (157) señala que el modo "puede considerarse como una obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad", que se caracteriza por: a) la obligatoriedad (158), pues es una auténtica obligación jurídica "que existe cuando en virtud del interés moral en el autor del acto y un propósito de imponer un vínculo jurídico", o, como dice De los

(155) JUR\2005\84351.

(156) Señala que el término modo del latín *modus* medida, consiste en un peso o gravamen.

(157) *Vid*. Roca Sastre y Puig Brutau (1948: 77-79).

(158) Castán Tobeñas (1921: 217-218); López Vilas (1966: 585); Roca Sastre y Puig Brutau (1948: 77-78).

Mozos (1978a: 229), debe acompañarle la intención del testador para crear el vínculo obligatorio; b) gratuidad (159), porque solo es aplicable a los actos de liberalidad o se reserva para los actos a título gratuito; c) accesoriedad (160), porque consiste en una obligación aneja a una principal, cuya accesoriedad explica su excepcionalidad y extraña naturaleza del acto a que se incorpora; y, d) ha de ser posible, lícita y determinada (161), pues no caben en el modo las recomendaciones o consejos. Además, hay que añadir, como escribe Albaladejo (1957: 85), que las características expuestas no cambian la naturaleza del negocio principal. Así el testamento por el cual se lega un crédito a un tercero (legatario), en el que se inserta un modo con el objeto de observar un determinado comportamiento, no varía la naturaleza del legado modal.

De acuerdo con todo lo expuesto, podemos decir que "la carga o modo es una disposición o cláusula con la que se establece a cargo de una persona que se beneficia por testamento o donación la obligación de observar un determinado comportamiento" (162). Podemos añadir a esto que el modo o *sub modo* opera como límite, a quien se le impone que deberá cumplirlo, aunque dicho cumplimiento no afecte a la liberalidad (163). Así lo tiene entendido la doctrina jurisprudencial en sus SSTS de 4-6-1965 (164) y 28-5-1994 (165), cuando dice: "Es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado".

(159) Castán Tobeñas (1921: 219-220); López Vilas (1966: 587-588); De los Mozos (1978a: 229-230).

(160) Albaladejo (1957: 85); Castán Tobeñas (1921: 218-219); López Vilas (1966: 586-587).

(161) Albaladejo (1983b: 1100); Luna Serrano (1968: 118); Resolución de la DGRN de 16-11-1944 (RA 1386).

(162) SAP de Madrid de 3-3-2005, JUR\2005\84351.

(163) La STS de 21-3-2003 (RA 64), citando las de 18-12-1965 (RA 5898); 17-5-1971 (RA 31); y 9-5-1990 (RA 3696); se sentó la doctrina de que: "conforme al art. 798 del CC el modo no afecta a la institución".

(164) (RA 3437). *Vid.* el comentario al respecto de Vallet de Goytisolo (1967: 166-175).

(165) AC 1994-4 (1109/1994).

Roca Sastre (1981b: 295-296) (166) escribe que para que estemos ante una verdadera disposición modal es necesario que el disponente señale el fin, objeto o destino. Así, por ejemplo, existe un modo cuando el testador impone al heredero o legatario cuidar a su costa de un familiar, construir una tumba o panteón, entregar cartas o documentos, dinero para la construcción de hospitales, escuelas, etc.; por el contrario, el legado *sub modo* no puede estar destinado a gastos de la herencia o del causante, como por ejemplo, gastos de última enfermedad, entierro o incineración y demás servicios funerarios, inventario, partición de la herencia, actuaciones judiciales, notariales y registrales, defensa en interés de la herencia, entrega de legados, pago de la legítima, albaceas, y demás gastos de naturaleza análoga.

Por otro lado, existen dos cuestiones de importancia en relación con los legados *sub modo:* la primera consiste en la exigibilidad; la segunda su cumplimiento. En cuanto a la primera, Torralba Soriano (1967: 138-143) (167) expone que existen dos teorías; a) aquella que, con base en el parágrafo 1940 del BGB, dice: "El causante, en testamento, puede obligar al heredero o a un legatario a una prestación, sin atribuir a otro un derecho a exigir la prestación (modo)" (168). De acuerdo con lo expuesto, existe el deber de realizar la prestación, pero no el derecho de exigir su cumplimiento (169); b) recogida en el art. 648, párrafos 1.º y 2.º, del Código Civil italiano de 1942, que dice: "Para el cumplimiento de la carga puede accionar cualquier interesado.

---

(166) Durán Rivacoba (1988: 305); Ramón García (1995: 205).

(167) En análogos términos, Hornero Méndez (2004: 363); *vid.* la nota a pie de página núm. 20 (Blasco Gascó y Cecchini Rosell [2001: 70]) y la página 66, donde señala el derogado art. 166 del CS, de análoga redacción al vigente art. 428-1.1 del CCC, el modo supone una carga o limitación por el testador con obligación de cumplirla el heredero o legatario, pero sin posibilidad de exigir el cumplimiento por parte del beneficiario.

(168) Lamarca Marquès *et al* (2008: 448).

(169) Binder (1953: 338); O'Callaghan Muñoz (2008: 793); Pérez Conesa (2001: 944); Durán Rivacoba (1988: 304-306); López Vilas (1966: 595-607); Lamarca Marquès (2006: 38-40) señala que el modo en el BGB no se caracteriza por ser un elemento accesorio o limitativo de la voluntad del testador, sino como una disposición testamentaria con sustantividad propia; SSTS de 4-6-1965 (RA 3437) y 28-5-1994, AC*,* 1994-4, núm. 1109.

En el caso de incumplimiento de la carga, la autoridad judicial puede pronunciar la resolución de la disposición testamentaria, si la resolución ha sido prevista por el testador, o si el cumplimiento de la carga ha constituido el único motivo determinante de la disposición".

Como se desprende de este artículo, la legislación italiana admite la posibilidad de accionar el cumplimiento de la carga a cualquier interesado. En nuestro ordenamiento no se dice quién puede pedir el cumplimiento. En este sentido, Lacruz (Binder 1953: 338) (170) sostiene que dicho cumplimiento corresponde a los albaceas o, en su caso, a los herederos; por su parte, Torralba Soriano (1967: 142-143) señala que el derecho a pedir está en función de quién es el favorecido; para Albaladejo (1983b: 1104-1105) la obligación del cumplimiento modal le corresponde al gravado, cuando asume la sucesión; al heredero, cuando acepte la herencia; y al legatario que adquiere automáticamente, cuando muera el testador. Por mi parte estimo que la solución más acorde, teniendo en cuenta que no existe regulación expresa, es que la obligación corresponderá al heredero o legatario o, en su defecto, al albacea, es decir, será en función del favorecido.

La segunda cuestión a dilucidar es el incumplimiento del modo que, de tratarse de una imposibilidad originaria, no existe obligación de cumplirlo (171), como si es sobrevenida, por ejemplo, aquellos supuestos de caso fortuito o fuerza mayor excusan su cumplimiento (172); pero si concurre culpa o hecho propio, hace responsable al heredero o, en su caso, al legatario, además de poder solicitar la resolución de la sucesión (173). No obstante, el art. 798-1.º alude al cumplimiento análogo, que sería aquel supuesto en el que, como dice Albaladejo (1984: 502), cuando no es posible el cumplimiento tal cual quiso el testador, se opta por lo parecido o, en su defecto, el equivalente, es decir, el cumplimiento análogo sustituye al propio,

(170) *Vid*. De los Mozos (1978a: 227); Ramón García (1995: 209); Roca Sastre (1981b: 297); Luna Serrano (1968: 122).

(171) Albaladejo (1984: 502); O'Callaghan Muñoz (2008: 794); Luna Serrano (1968: 129).

(172) Albaladejo (1984b: 502); O'Callaghan Muñoz (2008: 784); Luna Serrano (1968: 131).

(173) Albaladejo (1984b: 502); O'Callaghan Muñoz (2008: 784); Luna Serrano (1968: 123 y 134); Ramón García (1995: 210); Torralba Soriano (1967: 241 y ss.).

cuando es imposible, sin culpa del gravado (174). A este respecto Verdera Server (2003: 5598) añade que, si el incumplimiento de lo ordenado por el testador no es imputable, para el heredero o legatario, según el art. 798-2.º, se prevé el cumplimiento de forma análoga. Por su parte, Roca Sastre (1981b: 304) señala que la conmutación modal equivale a un cumplimiento sucedáneo, subrogado o equivalente a lo inicialmente ordenado por el causante, referente a la esencia del modo que de ser cumplido en estrictos, idénticos o exactos términos empleados o expresados por el actor. En caso contrario, puede llevar a su posible cumplimiento en términos diferentes o análogos y conforme con la voluntad originaria del testador. Torralba Soriano (1967: 235) sostiene que para que proceda el cumplimiento análogo, es necesario que la imposibilidad de ejecutar la carga en los términos literales del testamento no sea debida a culpa o hecho propio del gravado. Concluyo con lo establecido por la Resolución de la DGRN de 11-3-1896 (175), que dice: "Los arts. 797 y 798 del CC ordenan que cuando la carga impuesta al heredero no pudiese tener efecto, por causa ajena a la voluntad de este, deberá ser cumplida en los términos más análogos y conforme a la intención del testador".

Junto a esta existe el llamado cumplimiento ficticio del modo (176), que regula el art. 798-2.º, y dice: "Cuando el interesado en que se cumpla o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición". Este se-

(174) STS de 10-5-1991, AC, 1991-3, núm. 723, cuyo relato fáctico es el siguiente: El testador dispuso en la cláusula 7.ª de su testamento que al fallecimiento de la heredera usufructuaria sus bienes pasaran a las Monjas de la Caridad Hermanitas de los Pobres, institución que no existe, sino que se denomina Congregación Hermanitas de los Ancianos Desamparados. Esta congregación no pudo cumplir con el modo impuesto por el testador y, que consistía, en crear una Casa-Asilo para huérfanos, por devenir problemas socio-económicos a dicha Congregación. En base a este relato dos herederas intentaron solicitar la nulidad de la cláusula por incumplimiento de la misma. El TS estimó: "el incumplimiento de la carga o modo impuesta no ha sido debido a una voluntad dolosa o morosa de la denunciada, sino a las circunstancias concurrentes de carácter social y económico y que por ello no procede en forma alguna anular la disposición testamentaria, sino dar cumplimiento a la solución alternativa prevista en el art. 798 del CC."

(175) Colección legislativa, vol. 1.º, pág. 581, Gaceta de 1-4-1896.

(176) O'Callaghan Muñoz (2008: 794); Pérez Conesa (2002: 945-946).

gundo párrafo, aunque habla de "condición", ha de entenderse referido al modo. Si bien la regla del párrafo 1.º del art. 798 consiste en el cumplimiento análogo, cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario no puede cumplirse la voluntad del testador. La regla del párrafo 2.º del mismo art. 798 establece que si dicha voluntad no se cumple por impedimento del interesado en que se cumpla o no, se entenderá cumplido el modo. Así que el art. 798-2.º no establece la sustitución del cumplimiento análogo, sino que ante la imposibilidad de su cumplimiento, se entiende cumplido el modo *(vid.* Albaladejo 1984: 504). A primera vista, parece un contrasentido, porque el art. 798-1.º establece que ante el incumplimiento en los mismos términos cabe el cumplimiento análogo, y el art. 798-2.º expone que ante el incumplimiento imposible, se excluye el cumplimiento propio o análogo *(vid.* Albaladejo 1984: 504).

Por último, la resolución del modo ha sido uno de los temas que mayores discrepancias doctrinales ha presentado (Montés Penadés 1974: 330). Inicialmente porque no se trata de una revocación (177), pues esta le correspondería al testador, y porque la resolución opera como sanción por incumplimiento. Así que, con apoyo en el art. 797-2.º, Albaladejo (1984: 506) señala que el incumplimiento autoriza a obtener la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, y que el modo es una obligación impuesta al sucesor.

En cuanto a las discrepancias de que hablamos más arriba sobre la resolución del modo, existen dos criterios: 1) aquellos que se muestran partidarios de la resolución; 2) aquellos que, por el contrario, están en contra de la resolubilidad. Junto a estos dos sistemas, un tercero, que denominamos *ad hoc* y que sostiene Lacruz (Binder 1953: 340), dice: "cuando el gravamen sea impuesto a favor de un tercero este podrá pedir la ejecución e incluso una indemnización por daños, pero dicha indemnización no corresponderá, en cambio, a los albaceas y herederos".

1. Partidarios de la resolución

En cuanto a los que se muestran partidarios de la resolución, destacamos, entre otros, a López Vilas (1966: 611), quien señala que es

(177) Albaladejo (1984: 506); De los Mozos (1978a: 550); por el contrario, López Vilas (1966: 611) emplea de forma indistinta "revocación" "resolución".

posible la mencionada resolución cuando se cumple: a) que ha sido prevista por el propio testador en el testamento, incluyendo dicha sanción; b) que el modo se resuelve por vía judicial. Para Torralba Soriano (1967: 246-250), los efectos de la resolución están previstos en el art. 797-2.º, cuando medie fianza y, para cuando no medie dicha fianza, el precepto indicado establece la resolución, además de la devolución de los frutos e intereses, cuando los obligados a cumplir faltasen a dicha obligación. Por su parte, Ossorio Morales (1957: 231-232) señala que, conforme a lo dispuesto en los arts. 797 y 798 del CC, la carga modal puede ser solicitada por los albaceas. A su vez, puede determinar la ineficacia de la disposición testamentaria. Para Molleda (1959: 1081), el incumplimiento del modo determina para el gravado la pérdida del beneficio obtenido más los frutos e intereses, lo que denomina "eficacia resolutoria del modo". No es que el modo sea una condición resolutoria –añade–, sino que el incumplimiento modal es la causa de la resolución. Montés Penadés (1974: 330-331) admite la resolución o, en su caso, la revocación, solo por causas justificadas, serias y legítimas, siempre entendidas con matiz condicional. Por último, Durán Rivacoba (1988: 317) afirma que la resolución tiene carácter extraordinario y solo tiene cabida si el modo resulta determinante o causal, es decir, si es un modo explícito y no una condición resolutoria subyacente.

2. Partidarios de la no resolución

En cuanto a los autores que se muestran contrarios a la resolubilidad, destacamos a Puig Brutau (1977: 507), quien afirma que en nuestro ordenamiento el incumplimiento del modo no puede implicar la revocación de la atribución principal, cuando la voluntad del testador resulta que ha sido la querida, por tanto, hay que interpretar la voluntad del testador. Por su parte, Díez-Picazo y Gullón (1992: 395) escriben que están legitimados para solicitar la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, lo mismo que están capacitados para exigir el cumplimiento. No hay, pues, ninguna pérdida automática de los efectos de la disposición modal por incumplimiento a modo de condición resolutoria, cuando el heredero sin culpa o hecho propio no pueda cumplir la voluntad del testador, en donde el modo se extingue. Cano Tello (1966: 689-690) sostiene que cuando el heredero sin culpa o hecho propio no pueda cumplir la voluntad del testador, el modo se extingue. Para Verdera Server (2003: 5602),

la falta de conexión entre los arts. 797 y 798 hace que la decisión del cumplimiento forzoso o la revocación queden en manos de los interesados.

Desde mi punto de vista, la cláusula modal, si es aceptada, obliga a su cumplimiento en sus propios términos o análogos, pero ante su incumplimiento, cabe la devolución de la cosa más los frutos e intereses.

1.3.7. EL SUBLEGADO: LA POSIBILIDAD DE QUE EL TESTADOR GRAVE AL LEGATARIO DE CRÉDITO EN BENEFICIO DE UN TERCERO

El sublegado nace por disposición de última voluntad (testamento) y consiste en un legado a cargo de otro legado, es decir, concurren dos legados en una misma persona por voluntad del testador, en donde el gravado (sublegatario) proporciona una atribución patrimonial a un tercero. Generalmente, se trata de una atribución directa y autónoma con cargo a la herencia *(vid.* García Cantero 1973: 785), puesto que todo legatario recibe su atribución del causante, así que, si el onerado no acepta la cosa legada, esta pasa a la masa hereditaria, pero estimo que también cabe legar un crédito y que el gravamen sea con cargo a lo recibido o con los beneficios obtenidos, porque de igual modo, si el onerado no aceptase el objeto legado, pasa a formar parte del activo hereditario. En este supuesto encuadramos al sublegado de crédito.

Desde el Derecho romano se admite la posibilidad de gravar con un legado al propio legatario, siempre que la carga económica de este segundo legado no supere el beneficio del primero (178). A este respecto escribe Molleda (1959: 1075) (179) que en el antiguo Derecho romano se admitió la imposición de legados al legatario, conocido en la doctrina moderna como sublegado o poslegado.

(178) Binder (1953: 318); Lledó Yagüe (1991: 595); García Cantero (1973: 785).

(179) Savigny (1875: 283). En el Derecho romano no se podía gravar un legado sobre el mismo legatario. Sin embargo, De Simone (1958: 96 y ss.), citado por Molleda (1959: 1076), señala que en Roma el sublegado y el modo no eran la misma cosa. Así, "consistía un sublegado en la carga impuesta al legatario que tendía a atribuir un derecho patrimonial a un tercero, en tanto que el modo era la carga en que no había, ni se tendía a atribuir un derecho patrimonial al beneficiario".

Una opinión trasnochada, añade Molleda (1959: 1076), originada en el derogado Código Civil italiano de 1865, que no reguló el sublegado, dio origen a que un sector de dicha doctrina estimara que el sublegado se identifica plenamente con el modo, tesis que ha sido seguida en nuestro país por Díaz Cruz (1951: 8-99). Por el contrario, no corroborada por otro sector, como es el caso de Albaladejo (1998: 10), cuando dice que, a tenor del art. 858-1.º, estamos ante un legado con cargo a un legatario. El sublegado puede ser de cualquier clase, es decir, no solo consiste en entregar parte de lo recibido o de lo que produzca, sino en prestar un servicio, adquirir una cosa ajena para entregarla al sublegatario. En definitiva, el sublegado no consiste en dar lo recibido, sino a cargo de ello.

Por su parte, Manresa y Navarro (1951: 709) comenta que "un legado queda gravado cuando sobre la cosa que a él le lega el testador le impone un gravamen a favor de otra persona". Sánchez Calero (1991: 2098) afirma que "cuando el testador impone un gravamen al legatario para que un tercero adquiera directamente un derecho patrimonial", estamos ante un sublegado, por tanto, se trata de una atribución autónoma y directa a favor de un beneficiario. Por el contrario, "si el gravamen patrimonial solo constituye un medio indirecto de conseguir el tercero un beneficio, estamos ante un modo" o ante una liberalidad indirecta que supone un comportamiento impuesto al legatario; Díez-Picazo y Gullón (1995: 417) escriben que el sublegado es un legado con cargo al legatario. La dificultad del sublegado consiste en diferenciarlo del modo. Así, cuando el testador trata de beneficiar directamente a un tercero, estamos ante un sublegado; en cambio, cuando el beneficiario es indirecto, estamos ante un modo. Para Ramón García (1995: 189), cuando la obligación testamentaria grava al legatario o impone una obligación específica a costa de lo que se le atribuye, estamos ante un sublegado; por su parte, Torralba Soriano (1967: 188-196) afirma que el sublegado es un gravamen de la herencia, de tal manera que hay una adquisición directa y autónoma que puede ser reclamada por el beneficiario; para Molleda (1959: 1076-1079) (180) el sublegado es siempre una atribución

(180) Después de exponer las distintas teorías, se decanta por la tesis discriminadora que diferencia netamente entre el sublegado del modo, seguida entre otros autores por Miguel Traviesas (1931: 102); Roca Sastre (Kipp *et al* 1976: 535, 591-594); la tesis unificadora, que, como su nombre

patrimonial directa y autónoma del testador, que concede al mismo un auténtico derecho dimanado del testador.

Estamos con la mejor doctrina, en cuanto a que el sublegado y el modo son dos figuras jurídicas diferentes. El sublegado supone una atribución patrimonial directa y autónoma que, por la voluntad del testador, grava al legatario en beneficio de un tercero o del propio testador, que puede por sí mismo exigir su cumplimiento. El modo, por el contrario, consiste en una obligación accesoria de una atribución patrimonial indirecta, que no da derecho al beneficiario a exigir su cumplimiento.

1.3.7.1. El artículo 858 del Código Civil

El art. 858, párrafo 1.º, del CC establece que, por voluntad del testador pueden ser gravados con mandas o legados, no solo los herederos, sino los legatarios. Precepto que admite en nuestro ordenamiento jurídico la figura jurídica del sublegado, cuando el gravamen recae sobre el legatario.

El testador, como venimos diciendo, tiene plena autonomía para decidir quién puede ser gravado: el heredero o el legatario, pero si el testamento omite quién debe hacerse cargo del gravamen, este debe entenderse asumido por el heredero *(vid.* Albaladejo 1998: 7).

Al estimar la naturaleza jurídica del sublegado como "atribución directa y autónoma", se trata de un legado a cargo de un legatario, cuya disposición testamentaria a título particular recibe la denominación de sublegado, cuando el gravado es un legatario y no un heredero *(vid.* Albaladejo 1998: 11). No obstante, el art. 858, párrafo 1.º, del CC otorga al testador la facultad de gravar tan solo a los herederos y legatarios. Sin embargo, Albaladejo (1998: 11-13) comenta a este respecto que no solo afecta a los herederos y legatarios, sino también a cualquier sucesor, a lo que añadimos: afectar a cualquier otro sujeto que por voluntad del testador venga a obtener un beneficio patrimonial. Ciertamente es discutible, afirma Roca-Sastre Muncunill (1994: 14), la posibilidad de gravar con un legado a un tercero, no sucesor, cuestión que tiene su origen en la redacción del precepto de que par-

indica, unifica el sublegado y el modo, seguida entre nosotros por Díaz Cruz (1951: 8-9); otra teoría desarrollada en la doctrina italiana en donde el sublegado no es más que un modo cualificado, véase a Molleda (1959: 1077).

timos (art. 858-1.º del CC), pues para un sector de la doctrina (181) solo pueden ser gravados los herederos o los legatarios. Junto a estas existe otro sector doctrinal que, por el contrario, estima la posibilidad de que el referido art. 858-1.º pueda abarcar a terceros no sucesores (182).

En cuanto al art. 858, párrafo 2.º, del CC, existe en nuestra doctrina el embate de si estamos en presencia de la responsabilidad *cum viribus legati* (183) o, por el contrario, ante una responsabilidad *pro viribus legati* (184), lo que equivale a preguntarnos si responde con "los bienes legados" o "hasta el valor de los bienes legados". Responder "con los bienes legados" quiere decir que son estos mismos bienes los destinados a satisfacer las deudas, mientras que, si responde "hasta el importe de los bienes recibidos", le corresponde hasta el valor de la cosa legada.

La responsabilidad del legatario gravado con un legado obedece a principios distintos de la responsabilidad por las deudas de la herencia. Dicha responsabilidad se vio limitada a partir de la Ley Falcidia (185), cuyo criterio fue asumido por Las Partidas (186), pero en su primera regulación, art. 675 del Proyecto de Código Civil de 1851, se apartó de dicho criterio o, como dice Roca-Sastre Muncunill (1994: 84-85), se inauguró un criterio innovador en la materia que no se corresponde, pues en la parte final del mencionado art. 675 se dice "deberán cumplirlos, aunque importen más de lo que se les deje". Este criterio, como digo, no coincide con la denominación tradicional que distingue entre la responsabilidad *cum viribus* (con los bienes

(181) Sánchez Calero (1991: 2098); Miguel Traviesas (1931: 103); Marín Castán (2000: 8).

(182) Roca Sastre (Kipp *et al* 1976: 535); Albaladejo (1998: 11-12); Lacruz y Sancho (1988: 358); Roca-Sastre Muncunill (1994: 14).

(183) Albaladejo (1998: 14-20); Manresa y Navarro (1951: 711); Díez-Picazo y Gullón (1992: 417); Muñoz Sánchez-Reyes (1996: 352); García Rubio (1989: 376).

(184) Roca-Sastre Muncunill (1994: 86-87); Cristóbal Montes (1988: 456-457); Sánchez Calero (1991: 2099); Molleda (1959: 1086); Marín Castán (2000: 9); Albácar López y Castro García (1992: 820); Lledó Yagüe (1991: 596); Vallet de Goytisolo (1984: 549); Garrote Fernández-Díez (2001: 1044); Ossorio Morales (1957: 349).

(185) Ginot Llobateras (1950: 1082); González García (1989: 50); López Contreras (1965: 441); Cárdenas (1950: 152).

(186) P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 3.ª y 6.ª.

recibidos se satisfacen las deudas), y la responsabilidad *pro viribus* (limitada hasta el valor de la cosa legada). En el Anteproyecto de Código Civil de 1882-88, art. 843, párrafo 2.º, se dice: "Estos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor de lo legado", que resulta de igual redacción al vigente art. 858, párrafo 2.º, del CC, que parece dar a entender, como comenta O'Callaghan Muñoz (2008: 872), que se puede imponer un legado al heredero. Pero, si el legado se le impone a otro legatario, estamos ante un sublegado a quien se le impone responder del mismo hasta el valor de lo legado.

De acuerdo con lo expuesto, la responsabilidad del sublegado es limitada (187), lo que resta, dice Rivas Martínez (1992: 539), es si el legatario gravado responde como un heredero aceptante a beneficio de inventario (hasta donde alcancen los bienes), o responde hasta donde alcance el valor de lo recibido.

Desde mi punto de vista el sublegado responde hasta el límite del valor de los bienes recibidos *(pro viribus legati).* La respuesta está en que la limitación que se predica para los legatarios consiste en una responsabilidad personal que afecta a todo el patrimonio, pero limitada al valor de lo recibido (López Contreras 1965: 442). El fundamento de dicha responsabilidad consiste en que la situación del legatario, como sabemos, es distinta a la del heredero, pues éste sucede, mientras que el legatario adquiere sin necesidad de aceptar la herencia, razón por la que el legatario no puede responder *ultra vires,* sino *intra vires* y *pro viribus (vid.* Vallet de Goytisolo 1955: 303).

La regulación del sublegado en el Derecho comparado es más acorde con nuestro Código Civil. Así, el parágrafo 2147 del BGB dice que "se puede gravar con un legado al heredero o a un legatario. Si el causante no ha establecido otra cosa, el heredero es el gravado". A primera vista, para que estemos ante un sublegado, el testador deberá establecer que el gravamen recae en el legado, porque, si no establece nada, recae sobre el heredero *(vid.* Binder 1953: 318). Si el gravamen recae en una pluralidad de herederos, responderán en proporción a su cuota, pero si afecta a una pluralidad de legatarios, estos responderán en proporción al valor de lo legado (parágrafo 2148 del BGB).

(187) Vallet de Goytisolo (1955: 303); López Contreras (1965: 441-442); Cárdenas (1950: 151-152).

El Código Civil italiano de 1942 regula en su art. 662, de análoga redacción al Código Civil alemán, el sublegado, pues admite que el testador puede gravar con legados a los herederos o a uno o varios legatarios. Salvo disposición en contrario, se entenderá gravado el heredero (art. 662-1.º). El gravado responderá en proporción a su cuota hereditaria, salvo que el testador establezca otra cosa.

El paralelismo que apreciamos entre el Código Civil alemán y el *Codice* es que este último admite gravar tanto a los herederos como a los legatarios, en donde quedan gravados los herederos, salvo disposición en contrario, es decir, debe constar expresamente la voluntad del testador de gravar al onerado. Pero se diferencian en que el BGB distingue entre los gravados herederos o legatarios a efectos de responder, mientras que el *Codice* no, sino que, por el contrario, establece una responsabilidad en proporción a la cuota hereditaria del heredero o legatario.

La cuestión planteada tiene cómoda solución en el Código Civil de Cataluña, art. 427-7, párrafo 1.º, pues adoptó la postura de que pueden ser gravados los herederos, los legatarios, los fideicomisarios y los donatarios por causa de muerte, como cualquier persona por igual causa y por voluntad del testador, para obtener un beneficio patrimonial. Sin embargo, el párrafo 2.º del mencionado art. 427-7 sigue la tesis de Roca Sastre (Kipp *et al,* 1976: 535) (188) que se corresponde con la llamada estipulación a favor de tercero (art. 1257-2.º del CC), cuya modalidad más utilizada, comenta Albiol Marés (1994: 917), es el seguro de vida. Consiste en que las dos partes de un contrato, el obligado (promitente) y el testador (promisorio), estipulan que uno de ellos, generalmente, el obligado, realizará una prestación a favor de un tercero (beneficiario).

Otro tanto podemos decir de la ley 241 del FN, que inicia dicho precepto equiparando las mandas y los legados, y considerando estas como liberalidades por causa de muerte a título singular,

(188) Plantea la cuestión del beneficiario de un seguro de vida, que no es un heredero ni legatario. Este obstáculo desaparece si tenemos en cuenta que el art. 858-1.º no tiene sentido limitativo, sino enunciativo y, por tanto, es posible gravar a un tercero, que, al tiempo de fallecer el testador, ha de adquirir lo que para tal tiempo este estipuló a favor de dicho tercero. Albaladejo (1998: 3-13) se muestra partidario a tenor de lo dispuesto en el art. 858-1.º: los gravados con un legado pueden ser, no solo herederos o legatarios, sino terceros no sucesores.

impuestas a cualquier persona a título lucrativo y por voluntad del testador. Egusquiza Balmaseda (2002: 711) destaca que pueden ser gravados los herederos, los legatarios, los fideicomisarios, los fiduciarios y los donatarios, siempre que sea a título lucrativo para cumplir el requisito de la carga. No obstante, añade más adelante que, dada la amplitud del precepto, se hace difícil saber cuándo estamos ante una carga o un modo.

1.3.7.2. Naturaleza jurídica

Resulta difícil plantear la naturaleza jurídica del sublegado en nuestro Código Civil, no solo por su falta de regulación, sino porque nos encontramos ante una figura nominada en el Derecho Civil catalán (Roca Trías 1984: 40-44, Albiol Marés 1994: 918), que debemos tener en cuenta. Así, tenemos que los derogados arts. 168, párrafo 2.º, y 220, párrafo 2.º, de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, regularon el sublegado: el primero, cuya redacción pasó al derogado art. 184 de Ley de Sucesiones, por causa de muerte (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), y, actualmente, es el vigente art. 426-3, párrafo 3.º, del Código Civil de Cataluña, que mantiene la misma redacción, salvo algunas variantes de poca importancia. Con dicho precepto, comenta O'Callaghan Muñoz (1988: 83-85), los fideicomisos pueden ser universales (cuyo objeto es la propia herencia o cuota de ella), y singulares (tiene por objeto el legado o una cuota del mismo), pero, cuando los fideicomisos impuestos a los herederos o legatarios son bienes o derechos concretos, estamos ante un legado o sublegado, es decir, cuando no recae sobre la herencia o legado, sino en bienes concretos o singulares, la Compilación los elimina como fideicomisos y, en su lugar, los estima como legado o sublegados. El segundo artículo mencionado (art. 220-2.º) dispone que "en el sublegado, el legado gravado con un legado solamente deberá cumplirlo cuando perciba el suyo". No obstante, Roca Trías (1984: 33-37) afirma que de la dicción de dicho precepto se deduce que el onerado cumple el gravamen cuando lo percibe. Mientras esto no se produzca, no está obligado, lo que permite pensar que, si el legado es nulo o es revocado por el testador, conlleva la ineficacia del sublegado. Así lo entendemos, porque el sublegado es un legado gravado con otro legado, lo que supone la dependencia del sublegado al legado.

Pero la redacción del derogado art. 259 de la Ley de Sucesiones tomó como precedente legislativo los arts. 424 y 425 del Proyecto de la Compilación, concretamente el art. 424, que destaca que el legado gravado con otro legado por causa de muerte y por voluntad del testador de obtener alguna ventaja o beneficio patrimonial, será estimado un sublegado, criterio que parece recoger el vigente art. 427-7, párrafo 1.º, del Código Civil de Cataluña. En este caso, considero que la naturaleza jurídica del sublegado estará en la atribución directa por voluntad del testador en dejar gravado con un legado a otro legado para que un tercero obtenga una atribución patrimonial. Este último criterio, aunque no de modo expreso, ha sido asumido por la doctrina (189).

Lo que sí puede resultar complejo es determinar en nuestro Código Civil si el sublegado es de eficacia obligacional *(per damnationem)* o de eficacia real *(per vindicationem)* (190). En opinión de Roca Trías (1984: 40-44) (191), el sublegado solo puede tener efectos obligacionales; sin embargo, el derogado art. 259 de la Ley de Sucesiones no se manifestó al respecto, pero, si relacionamos dicho precepto con el también derogado art. 253, párrafo 2.º, *in fine,* de la antedicha Ley de Sucesiones, creo que el efecto del sublegado habría que entenderlo como real (Albiol Marés 1994: 919 y 944) (192).

Corrobora lo expuesto el vigente art. 427-10, párrafo 3.º, cuando dice: "El legado tiene eficacia obligacional si el causante impone a la persona gravada una prestación determinada de entregar, hacer o

(189) García Cantero (1973: 785); Sánchez Calero (1991: 2098); Molleda (1959: 1077).

(190) Recordemos que el legado obligacional o dannatario es aquel en que el testador le impone al heredero la obligación de entregar una cosa al legatario; por el contrario, el legado es real o vindicatorio cuando el legatario adquiere por sí la cosa legada. Véase los arts. 882 y 885 del CC.

(191) Apoya su tesis en el derogado art. 220-2.º de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, cuyo precepto decía que sin consentimiento del gravado no puede el legatario tomar posesión, salvo voluntad en contrario del testador.

(192) Aunque el autor señala que la eficacia de los legados en la mayoría de las veces es de carácter obligacional, cuando distingue entre el sublegado y el modo dice que el sublegatario es un sucesor directo del testador. Más adelante, y en relación con lo dispuesto en el art. 267, señala que, en efecto, el legatario en el sistema catalán sigue la regla germana de la adquisición *ipso iure,* al tiempo del fallecimiento del causante.

no hacer a favor del legatario. Si la prestación consiste en entregar los bienes o derechos que el legatario tiene que adquirir en cumplimiento del legado, éstos se consideran adquiridos directamente del causante".

Obviamente, no podemos trasladar la doctrina expuesta a nuestro Código Civil, porque el art. 858 no dice nada al respecto. Pero sí podemos apostillar que si el testador grava con un legado a un legatario para que este proporcione con lo obtenido una atribución patrimonial a un tercero, dicho sujeto (el tercero) no solo adquiere del testador, sino que dicha entrega, una vez aceptada por el legatario, opera a modo de transmisión directa en beneficio del tercero.

1.3.8. EL DEUDOR EN UN LEGADO DE CRÉDITO

En el legado de crédito, el deudor es el que pactó inicialmente la relación crediticia entre el testador (acreedor) y el deudor, quedando este obligado a devolver la prestación o suma de dinero más los intereses. Esta relación jurídica obligatoria, como señala Cristóbal Montes (1986: 537), supone un determinado comportamiento del deudor en aras de satisfacer los intereses del acreedor. Este conjunto de previsiones y voluntades se conoce como el "cumplimiento de la obligación". Nótese que, si la deuda es cancelada, no existe el crédito y, por tanto, no cabe legar dicho crédito. Mientras esté vigente la relación crediticia entre el acreedor y el deudor, es posible que el testador pueda legar el crédito que, como dispone el art. 870-1.º del CC, surtirá efecto en la parte del crédito al tiempo de morir el testador. A partir de dicho momento el legatario tiene derecho al legado que abarca no solo el crédito sino los intereses (art. 870-4.º del CC), quedando el deudor obligado frente al legatario. Esto es todo lo que da de sí el art. 870 del CC respecto del deudor de un legado de crédito. No obstante, tendremos ocasión de pronunciarnos más adelante sobre el art. 871-1.º del CC, que habla de la caducidad del legado. Cuando el testador, habiendo dispuesto por vía testamentaria legar un crédito, después reclama al deudor el pago de la deuda habida judicialmente, el legado de crédito queda revocado. Si bien el precepto habla de caducidad, veremos más adelante que, en efecto, se trata de una revocación y no una caducidad. Ahora solo señalamos que se trata de una imprecisión técnica (O'Callaghan Muñoz 2008: 881-882), que no obstaculiza el efecto deseado por el art. 871, que es, ciertamente, dejar sin efecto

el legado, cuando el testador, después de legar el crédito y antes de su fallecimiento, demanda al deudor por la deuda pendiente.

Como en su lugar hemos expuesto, en el supuesto de que el testador legara un crédito a un heredero (prelegado), sin perjuicio del derecho que le asiste al heredero de aceptar la herencia y renunciar al legado o aceptar el legado y renunciar la herencia (193) (art. 890-2.º del CC), pues, con independencia de la opción ejercida, el deudor quedará obligado. No obstante, cabe la posibilidad de la dualidad de títulos, es decir, que perdure en la misma persona la doble cualidad de heredero y legatario, quedando de este modo el deudor responsable de devolver la prestación más los intereses al así designado por el testador. La característica del prelegado, como señala Gómez-Salvago (1996: 218), es el trato privilegiado que el testador otorga al heredero para que reciba una ventaja que podrá aceptar o repudiar, pero, si acepta, queda el deudor obligado frente a él.

Lo mismo creemos que ocurre cuando se lega un crédito, en donde el testador incorpora una cláusula accesoria de carácter modal *(sub modo)* para que el legatario gravado haga o deje de hacer a favor del testador o de un tercero. Aquí los beneficiarios pueden ser el propio testador una vez fallecido o un tercero, cuando así lo dispone el testador; el gravado, por el contrario, es el deudor. No tiene validez el modo testamentario si con él se pretende otorgar algún reconocimiento, o consejos, o se sugiere al legatario el pago de deudas o cargas hereditarias. El modo es una disposición accesoria incorporada al testamento por voluntad del testador que, como escribe Torralba Soriano (1967: 136), "adquiere fuerza obligatoria en el momento en que el beneficiario acepte la disposición".

Por otro lado, el art. 870, párrafo 1.º, del CC autoriza al testador a legar un crédito, y el art. 858, párrafo 1.º, del mismo Cuerpo legal permite que el testador pueda gravar no solo a su heredero, sino también a los legatarios (sublegado). Estos responderán hasta donde alcance el valor de lo legado (art. 858, párrafo 2.º, del CC), que, de tratarse de un único heredero, este quedará obligado a su cumplimiento (art. 859, párrafo 1.º, del CC). Si el testador no gravara a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción (art. 859, párrafo 2.º,

(193) En el Derecho romano prevaleció la teoría de títulos independientes, pero en la actualidad cabe la posibilidad de que concurran ambas designaciones en una misma persona. Véase a Gómez-Salvago (1996: 11 y 176).

del CC). Por tanto, el mencionado art. 858 admite el sublegado que consiste en un legado a cargo de otro legado o dos legados sobre objetos diferentes, dispuestos por el mismo testador, que implica una atribución directa y autónoma, cuya validez es independiente del legado sobre la que se grava *(vid.* García Cantero 1973: 785). Pero estimamos que, si le lega un crédito, la atribución patrimonial a un tercero puede ser con cargo a lo legado o con los beneficios obtenidos de dicho legado, en cuyo caso estamos ante un sublegado de crédito. El supuesto es poco conocido, pero se puede dar, por ejemplo, (A) es legatario por designación testamentaria y el testador le otorga otro legado (sublegado), pero le impone sobre el segundo un gravamen con cargo a lo legado [el crédito y los intereses de dicho crédito (194)], para que proporcione a un tercero un beneficio patrimonial.

1.3.9. CONCLUSIÓN

Como hemos expuesto, el modo y el sublegado son dos figuras jurídicas diferentes. El modo consiste en una cláusula accesoria incorporada al testamento por la voluntad del testador, mientras que el sublegado es un legado gravado con otro legado a modo de atribución patrimonial en beneficio de un tercero o del propio testador.

El testador puede legar un crédito a un tercero (legatario), imponiéndole a su vez una cláusula accesoria (denominada por algunos autores "gravamen" o "carga"), que consiste en una obligación testamentaria que no precisa de la vocación hereditaria, por lo que se trata de una liberalidad indirecta que no la condiciona ni aplaza, sino que se presenta como una determinación accesoria de los negocios jurídicos voluntarios que deberá ser cumplida por el legatario, salvo que sea imposible, en cuyo caso no estará obligado a su cumplimiento. Cabe la posibilidad de interpretar la voluntad del testador en el sentido de cumplir el modo de forma análoga, por lo que solo están legitimados para exigir su cumplimiento los herederos, los legatarios o, en su caso, los albaceas autorizados, una vez fallecido el testador.

De igual manera, el testador puede legar un crédito a un legatario imponiéndole un gravamen para que un tercero adquiera directamen-

(194) Recordemos que el crédito es el derecho a una prestación o suma de dinero, cuya naturaleza es el crédito y no la cosa debida, derecho incorporal, específico y determinado. Véase a Fernández-Pacheco (1979: 2-8).

te un derecho patrimonial con cargo a lo legado o a los beneficios obtenidos de dicho legado. Aquí, el legatario por la obligación testamentaria impuesta por el testador para beneficiar a un tercero es un sublegado. Nótese que el sublegado recae siempre sobre un legado y, si el onerado no acepta dicho gravamen, la cosa legada pasa a formar parte de la masa hereditaria; por el contrario, si acepta el gravamen, el beneficiario adquiere directamente un derecho patrimonial. Donde mejor se aprecia el sublegado es en los seguros de vida, por lo que se debe interpretar el art. 881-1.º, no en sentido limitativo, sino enunciativo, incorporado a terceros no sucesores. En todo caso, el sublegatario responderá *pro viribus legati,* es decir, hasta el valor de lo recibido.

Como ejemplo podemos señalar la STS de 4-6-1965 (195). En el presente caso el testador asignó un legado a su sobrino y al mismo tiempo gravó dicho legado con dos pensiones a favor de sus dos hermanas (tías carnales del legatario) de quince mil pesetas cada una, con derecho a aumentarla sobre la sobreviviente, además de adaptar dichas pensiones al IPC cada cinco años. Inicialmente, el legatario es-

(195) (RA 6723). Se plantea juicio de menor cuantía, en donde el actor solicita la suspensión del pago de dos pensiones que había aceptado por testamento otorgado por su tío con fecha 27-1-72, por el cual dicho sobrino fue designado legatario. En dicho testamento el testador estableció una carga a favor de sus dos hermanas (tías carnales del legatario y demandadas en el presente juicio), una pensión de 15.000 pesetas mensuales a cada una. El actor solicitó la suspensión de dichas pensiones hasta que las circunstancias lo permitan o venga a mejor fortuna.

La cláusula segunda de dicho testamento decía: "lega a su sobrino carnal don…, el pleno dominio de la total participación que le corresponde al testador a su fallecimiento, en la compañía mercantil... Son condiciones de este legado las siguientes: a) El favorecido por el mismo abone mensualmente, por vía de pensión a cada una de sus tías carnales, hermana del testador…, la suma de quince mil pesetas, pero con derecho a acrecer la pensión correspondiente a la que primeramente fallezca a favor de la sobreviviente; b) Que dicha pensión, se adaptara cada cinco años a partir precisamente de la fecha de este testamento, a las variaciones del coste de la vida…; c) Que con carácter potestativo y, a elección de las pensionistas, el legatario vendrá obligado a asegurar el pago de las pensiones, incluso con garantía hipotecaria, bien al tiempo de formalizar la testamentaria o después".

El Juzgado de 1.ª Instancia estimó la demanda, que fue revocada en apelación y contra la que se formalizó casación ante el Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal advierte de que la sentencia recurrida calificó el legado como modal (art. 797 del CC), calificación que fue aceptada y fundamentada

timó que estaba en presencia de cláusula modal, mientras que el Tribunal Supremo afirmó, por el contrario, que estaba ante un sublegado.

Conforme a los datos aportados por la sentencia, ciertamente estamos ante un sublegado, ya que el legado modal consiste en una cláusula accesoria incorporada al testamento para que el legatario haga o deje de hacer a favor del testador o de un tercero. Mientras, el sublegado es un legado gravado con otro legado, que es el supuesto que contempla dicha sentencia, pues el testador legó las participaciones que le correspondían en una compañía mercantil a su sobrino, gravando dicho legado con una pensión a favor de sus dos hermanas. Otro ejemplo es la SAP de Murcia de 22-5-2006 (196). En la presente litis una señora resulta beneficiaria con una atribución patrimonial, demandando a sus dos sobrinos, en donde uno de ellos, por testamento ológrafo, resultó gravado con un legado en beneficio de la actora-apelante. El gravamen recae sobre un local de negocio perteneciente en proindiviso a dos hermanos, sobrinos del testador. Este, mediante testamento ológrafo, grava a uno de ellos para que la mitad del dinero obtenido por el alquiler lo guarde en el Banco y pueda dársela a la hermana del testador cuando le haga falta. Ante tal supuesto, la Audiencia declara que, en efecto, cuando se grava un legado, estamos ante un sublegado y, en aplicación del art. 859 del CC, cuando el legado pertenece a un legatario, solo este es responsable de la entrega, ya que el otro legatario no está gravado, solo uno de ellos debe la mitad del alquiler.

La Audiencia Provincial dicta sentencia por la que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y condena al colegatario a entregar el 25 % de la totalidad de las rentas que él percibe por el arrendamiento del local para entregárselo a su tía.

---

por el demandante, afirmando literalmente que "el legado que se contempla es de naturaleza modal". No obstante, en el desarrollo del motivo se entiende que la intención del testador fue la de crear un sublegado consistente en las pensiones instituidas, aunque la cita del art. 791 en el encabezamiento del motivo parece indicar que se está alegando la existencia de un legado condicional, aunque sin aclarar si la condición afecta al legado instituido a favor del recurrente o al sublegado, llegando a citarse como sinónimos los términos "condición, carga o modo del legado".

(196) JUR\2006\187784; STS de 1-4-1987, EDJ 1987/3446; STSJ de Cataluña de 4-5-1998, EDJ 1998/7041; SAP de Orense de 14-5-2002, EDJ 2002/38127.

LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES (1)

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES

II. CLASES Y REQUISITOS: LOS ARTÍCULOS 68, 69, 70, 71 Y 72 DE LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

III. EL PORQUÉ Y PARA QUÉ DE LA ESCISIÓN. SU POLIVALENCIA FUNCIONAL

IV. LA ESCISIÓN TOTAL

V. LA ESCISIÓN PARCIAL. EL ARTÍCULO 70 DE LA LEY

VI. LA ESCISIÓN PARCIAL O FINANCIERA DE LA LIS

VII. LA SEGREGACIÓN. CARACTERES DE ESTE SUPUESTO DE ESCISIÓN

VIII. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA MEDIANTE TRANSMISIÓN DE TODO EL PATRIMONIO: LA FILIALIZACIÓN TOTAL

A MODO DE CONCLUSIÓN

(1) Constituye una de las partes –aunque ampliada– de lo expuesto por el autor en su conferencia: "Crisis económica y modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", durante la Jornada que sobre: "Crisis económica y Derecho de Sociedades de Capital" tuvo lugar en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el día 5 de octubre de 2012.

INTRODUCCIÓN

Regulada hoy por la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles (LME; Ley 3/2009) en su art. 68 y siguientes, se ha llegado a ella tras despejar no pocas incógnitas, y hoy por hoy cabe asegurar que no estamos ante una figura –en las modalidades que puede revestir– jurídicamente acabada a plena satisfacción.

Como la fusión, ha ido la escisión configurándose considerando las necesidades de la realidad empresarial, no solo en el marco del derecho sustantivo, sino en el fiscal (éste ya la tuvo en cuenta en 1971, y hoy en la Ley del Impuesto de Sociedades). A la vista de ambas legislaciones, me propongo tratar las posibilidades reales de aplicación de la figura, considerando al efecto las modalidades de la misma.

I. CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES

Todas las modalidades de la Escisión tienen un elemento común, que también existe en la Fusión: la transmisión en bloque por sucesión universal, pero ya aquí empiezan las diferencias, pues siempre en ésta se produce la transmisión del total patrimonio de la sociedad o sociedades que se extinguen, mientras que la extinción de la sociedad solo en la Escisión total se produce; en los demás supuestos la sociedad que se escinde subsiste después de realizada tal modificación estructural.

En cuanto a la integración de los socios de la sociedad-sociedades extinguidas en la sociedad que de la fusión resulta, también en la Escisión total y en la parcial los socios de la sociedad que se escinde se integran en la sociedad beneficiaria; pero en los supuestos de segregación y en el de constitución de sociedad íntegramente participada, las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias las recibe a cambio la sociedad segregada o transmitente respectivamente y no los socios.

Con lo anterior, cabe ya introducirse en el régimen legal de la Escisión. La transcripción literal de los preceptos que describen en la Ley sus clases y requisitos constituyen la base para la profundización en los distintos supuestos.

II. CLASES Y REQUISITOS: LOS ARTÍCULOS 68, 69, 70, 71 Y 72 DE LA LEY

Artículo 68. *Clases y requisitos*.– 1. La escisión de una sociedad mercantil inscrita podrá revestir cualquiera de las siguientes modalidades:

1.ª Escisión total.

2.ª Escisión parcial.

3.ª Segregación.

2. Las sociedades beneficiarias de la escisión podrán ser de un tipo mercantil diferente al de la sociedad que se escinde.

3. Solo podrá acordarse la escisión si las acciones o las aportaciones de los socios a la sociedad que se escinde se encuentran íntegramente desembolsadas.

Artículo 69. *Escisión total*.– Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

Artículo 70. *Escisión parcial*.– 1. Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

2. Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa.

Artículo 71. *Segregación*.– Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio

la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

Artículo 72. ***Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio*****.–** Se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria.

III. EL PORQUÉ Y PARA QUÉ DE LA ESCISIÓN. SU POLIVALENCIA FUNCIONAL

Si con la Fusión se desea lograr –en términos generales– que "la unión aumente la fuerza" (objetivos de mayor competitividad, disminución de costes empresariales, mayor productividad, actividad de investigación…; y dentro de los grupos de empresas, organizar o reorganizar su estructura, así, si la sociedad matriz absorbe a una filial o viceversa), en definitiva: concentrar empresas, consolidarlas, potenciarlas –en momentos de expansión o en épocas de crisis–, la Escisión (que ha sido llamada "Fusión al revés") tiene acreditada su utilidad, sin perjuicio de prever –como se estudiará– dificultades de su puesta en práctica.

A la Escisión puede acudirse:

1. Para separar las actividades económicas dándoles autonomía. Con el fin de adaptarse a las particularidades del mercado en núcleos diferentes (regionalización). Con esta división empresarial se busca, además: ahorro de costes, mejor organización, control y gestión más directa al descentralizar actividades.
2. Para separar las actividades rentables de las deficitarias ("las tóxicas"), que requieren específica atención y en evitación de que inficionen a las sanas (técnica de saneamiento).
3. Para dividir el patrimonio social entre los socios, por discrepancias, o en todo caso por considerar la conveniencia de separar lo que viene siendo un único patrimonio empresarial (caso de patrimonios familiares, por ejemplo; sin olvidar la conveniencia de que el empresario testador haga, por la vía de la escisión, partición de la herencia empresarial).

4. Para borrar la mala imagen comercial que puede tener una empresa; alternativa a la disolución, con la Escisión total desaparece, aun permaneciendo el *substratum*, con nueva imagen.

5. No solo partir, dividir, separar, finalidades centrífugas: para reestructurar las actividades empresariales, realizando –por ejemplo– una escisión total (con previa transformación en sociedad mercantil, incluso), fusión concentradora y escisión reestructuradora. Ello en casos de un *grupo de sociedades* –todo en un mismo proyecto– adquiere relieve propio.

6. Crisis inmobiliaria: concretamente en sociedades con activos inmobiliarios, Escisión separándolos por ubicación, categoría, destino y proyección de futuro; o separando los activos que se destinan a inversión de los –solares, construcciones paralizadas…– de mayor riesgo en época de crisis.

La multifuncionalidad de la Escisión –tanto la total como la parcial– justifica por qué se ha abierto paso en la realidad empresarial: en procesos de reestructuración tantas combinaciones caben que –en frase gráfica de Cozián y Viandier– parece que se asista a veces a una partida de *Monopoly*. Para el jurista nada tiene de *Trivial*.

IV. ESCISIÓN TOTAL

Conforme al art. 69, y sin perjuicio de plantear interrogantes, sus caracteres fundamentales son los siguientes:

1. La sociedad que se escinde totalmente se extingue, con disolución de la misma sin liquidación.

2. La división de todo su patrimonio en dos o más partes, las cuales se transmiten en bloque, por sucesión universal, a las sociedades beneficiarias.

Todo su patrimonio se divide en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a las sociedades beneficiarias, que pueden ser de nueva creación o ya existentes (sociedad absorbente); y en todo caso pueden ser de un tipo mercantil diferente al de la sociedad que se escinde.

3. ¿Cada parte o bloque patrimonial que se transmite ha de formar una unidad económica, ante el silencio del precepto, a diferencia de la exigencia expresa si de escisión parcial o de segregación se trata?

La respuesta, tanto afirmativa como negativa, ha sido dada por la doctrina que la cuestión se ha planteado, y con razones atendibles. Ante la Ley ME, no parece que la no exigencia se deba a un olvido del legislador, más bien al deseo de que la escisión total responda y dé solución a supuestos fácticos atendibles (así, señala Ávila Navarro, cuando la escisión se quiere utilizar para dividir el patrimonio social entre dos grupos de socios, de los que alguno puede preferir cambiar de negocio –recibiendo, por ejemplo, dinero–, o adjudicarse el bien adquirido o incluso liquidar). Pero la *praxis* demuestra que no es suficiente lo dicho, hay que introducirse en el punto siguiente, a fin de tener conocimiento completo de la temática.

4. La integración de los socios de la sociedad que por la Escisión se extingue.

Los socios de la misma reciben un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. La exigencia legal necesita algunas precisiones.

4.1. Cabe, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, que los socios reciban una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas (art. 25, aplicable por la remisión a las normas de la fusión, del art. 73.1).

4.2. La integración asimétrica, ¿es posible?

En la línea de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, pero ya con aplicación a todas las sociedades mercantiles, la LME establece que: si no se atribuyen a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, es necesario el consentimiento individual de los afectados (art. 76).

No es el expuesto el criterio que sigue la Ley del Impuesto de Sociedades: la atribución a los socios de la entidad que se escinde –dice el art. 83.2.2.º– de *valores* representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por las sociedades beneficiarias constituyan ramas de actividad. Con lo que, si se quiere aplicar el régimen especial de neutralidad fiscal, la exigencia de la LIS parece clara (y digo, parece, ya que –como luego veré– los conceptos unidad económica y rama de actividad necesitan estudio comparativo).

Y no solo lo anterior: la Dirección General de Tributos ha considerado que tales ramas de actividad han de existir ya en la sociedad que se escinde y son por tanto las que adquieren las sociedades beneficiarias (CV 18-febrero-2010).

Con lo que si la *ratio* fiscal es clara: la Escisión total ha de efectuarse por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración de empresas o la racionalización de las actividades societarias (y no con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal –art. 96.2 LIS–, la desarmonía legal es palpable, produciendo una inseguridad jurídica inadmisible). Basta solo con este apunte, a fin de comprobar cómo puede no ser suficiente con lo que la ley sustantiva regula.

5. El total desembolso del capital social.

Las acciones o las aportaciones de los socios a la sociedad que se escinde han de encontrarse íntegramente desembolsadas (lo que es aplicable también a la Escisión parcial, dado el tenor y enclave del requisito; art. 68.3), y

6. Existe repercusión en el capital de las sociedades beneficiarias, como consecuencia de la adquisición patrimonial que se realiza.

La transmisión de las partes del patrimonio de la sociedad que se escinde repercute en la formación o en el aumento de capital de las sociedades beneficiarias. Lógica consecuencia de la operatividad y efectos propios de la Escisión total en estudio.

V. ESCISIÓN PARCIAL. EL ARTÍCULO 70 DE LA LEY

Conforme al mismo, voy a resaltar sus caracteres esenciales.

1. La sociedad que parcialmente se escinde no se extingue.

La sociedad que se escinde en parte no se extingue. Reduce su capital en la cuantía necesaria, la que corresponde a la parte o partes de patrimonio que traspasa.

2. El traspaso en bloque, por sucesión universal.

El traspaso en bloque, por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (éstas últimas, aumentan el capital).

Lo que si bien aparentemente termina con la polémica doctrinal acerca de la aplicación del principio de Derecho Civil de la transmisión a título universal (tradicionalmente aplicado en la sucesión

mortis causa), la viabilidad de su encaje ortodoxo a la figura en estudio es complicada, como estudiaré.

3. Cada una de las partes del patrimonio que se traspasa ha de formar una unidad económica. Exigencia legal que plantea problemas de inmediata atención.

4. Y los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad escindida.

Ello ha de incluir a todos los socios de la primera por igual. Otra pretensión requiere su consentimiento individual en ese sentido (principio de igualdad de trato, *ex* art. 97 LSC, y en sede de escisión, aplicación del art. 76 LME).

La exégesis del precepto –que se completa con el apartado 2 que estudiaré a continuación– obliga a hacer hincapié en los aspectos siguientes:

Primero.– El concepto de *unidad económica*.

La Ley actual, como acaecía con la Ley de Sociedades Anónimas, sigue sin afrontar la cuestión, lo que es fundamental para, por de pronto, plantear la posibilidad o no de aportar a sociedad ramas de actividad, cuyo régimen jurídico es diferente.

1. Al enfocar la problemática se ha podido entender que estamos ante una unidad económica organizada como empresa (recordemos la clásica definición: "conjunto de actividades, cosas, derechos y circunstancias de hecho que el empresario organiza en unidad de destino para la…"; Garrigues) y que justamente a ella se refiere el apartado 2 del art. 70. Entonces –se apunta– el concepto es coincidente con el fiscal de rama de actividad: unidad económica, conjunto de medios capaz de funcionar por sí mismo de modo autónomo, independiente (art. 83.4 Ley Impuesto de Sociedades, que en su momento se tratará extensamente; coincidencia que no parece exacta).

2. La postura anterior se rebate, por rígida, entendiendo que –¿aparte el enfoque fiscal?– el concepto de unidad económica se cumple si existe una unidad funcional o bien tecnológica (así, para Vicent Chuliá: un paquete de acciones mayoritario; un paquete tecnológico: patentes, marcas, diseños industriales; o una planta o instalación industrial; e incluso, inmuebles para Guasch Martorell, aunque fiscalmente en este supuesto falta la organización, cohesión e inde-

pendencia para considerarlo unidad económica organizada. Y es que –dice Rodríguez Artigas– hay que ser rigurosos al utilizar la flexibilidad).

3. En la línea anterior, aunque matizada, se considera que la flexibilidad no puede llevarse al relajamiento del requisito legal: una cierta organización es necesaria (Alonso Ledesma). La exigencia de la LME –no contemplada en las Directivas CEE– se inspira en el principio de conservación de la empresa y en la necesidad de asegurar la conveniente correlación entre el activo y el pasivo que se transmite (sin perjuicio de que así tal correlación no quede suficientemente asegurada, como se ha argumentado críticamente).

La *ratio* legal –se dice entonces– se cumple y satisface siempre que la parte o partes del patrimonio que se traspasa configure un conjunto de elementos patrimoniales, activos y pasivos, que desde el punto de vista organizativo y de estructura, tengan propia autonomía, capaz de operar en el tráfico jurídico con sus propios recursos (en este sentido, Resolución de 10 junio 1994). Con lo que el perfil fiscal de la "rama de actividad" es claro, más desde luego que el al parecer más genérico de "unidad económica".

Segundo.– Se ha discutido *cuál debe ser el momento en que* la parte o partes del patrimonio que se transmiten ("traspasa" dice el art. 70 –y repite el término el art. 71 en sede de Segregación–) *deben formar una unidad* económica. La coherencia con el principio fundamentador de la conservación de la empresa lleva a considerar que no sea suficiente que se transmitan elementos aislados con la única obligación de su integración en una unidad económica ya existente en la sociedad-sociedades beneficiarias (Conde Tejón), o que se configure nueva en éstas (Rodríguez Artigas y Astorga Morano). Ciertamente, la misma redacción del precepto legal es clara: "traspaso… unidad económica a una o varias sociedades", y la LIS lo exige sin ninguna duda en su art. 83.2.b; aunque empleando la terminología de rama de actividad.

Tercero.– No solo lo anterior, el precepto fiscal citado exige un *plus*: que en la entidad escindida parcialmente se mantenga al menos una rama de actividad (redacción por Ley 26/2006).

El apartado 2 del precepto en estudio.

Item más; de otra parte, aparece en escena el apartado 2 del

art. 70 al decir: si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa. Con lo que si bien parece claro que, *a sensu contrario*, es factible que constituya el objeto de la Escisión parcial una parte del patrimonio que sin llegar a la entidad propia de empresa o establecimiento, sí que conforma una unidad económica, ¿qué quiere decir con la "atribución de las deudas…", cuando la LME parte de los efectos propios del traspaso en bloque por sucesión *universal*, máxime al emplear este apartado 2 el potestativo "podrá" y haber suprimido la anterior expresión "además de los otros efectos"? Con lo que se deja llevar por quienes la consideraban confusa e inadecuada y logra que algún autor –Rodríguez Artigas– interprete la norma actual diciendo: el "podrá" implica una facultad y no una obligación; serán, por tanto, las sociedades participantes en la operación las que decidirán, al redactar el proyecto de escisión, si sus deudas se traspasan o no y si se realiza una *selección* de las mismas.

Yo me pregunto: ¿no dice la Ley que hay "traspaso en bloque por sucesión universal…", art. 70? ¿En qué quedamos?

Lázaro Sánchez, al comentar la norma de procedencia, el art. 253 de la LSA, ha considerado que la *ratio* está en la forma de suceder las sociedades beneficiarias en la Escisión parcial, que es particular. Pero –como ya se ha visto– actualmente la LME establece la *sucesión universal* como requisito para que exista Escisión (aunque con escasa precisión y sin llevarla a sus efectos totalmente).

VI. LA ESCISIÓN PARCIAL FINANCIERA O DE CARTERA DE LA LIS

No regulada específicamente por la LME, la contempla como modalidad especial de Escisión parcial el art. 83.2.1º.c de la LIS.

El supuesto se da: cuando la parte del patrimonio social que se segrega de una entidad está constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieren la mayoría del capital en éstas y –manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad– la transmite a otra entidad, recibiendo

a cambio *valores* representativos del capital de la entidad adquirente, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones (reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal…, conforme a la letra a. del mismo precepto).

El supuesto transcrito, cuyos requisitos –en sede de aplicación del régimen de neutralidad fiscal– han sido ampliados por la Ley 26/2006, contempla una Escisión parcial de cartera cuyas características se desprenden de la descriptiva definición legal.

Sin olvidar que la LIS habla de *valores* (y no solo en el presente supuesto), con lo que en puridad no sería de aplicación caso de participaciones sociales o de cuotas de socio –solo si de acciones se tratara–, estamos ante una Escisión parcial, por lo que las participaciones en el capital… han de constituir una unidad económica (art. 70.1 LME), lo que en sede fiscal la LIS *lo traduce* exigiendo que confieran la mayoría del capital social… En todo caso, lo anterior obliga –según la DGT en CV de 15 noviembre 2005– a que la cartera que se transmite cuente con los medios personales y materiales adecuados para la gestión de las participaciones escindidas.

Sin perjuicio de que sea criticable la dualidad legal (Sánchez Oliván), la regulación fiscal posibilita que se atiendan supuestos de la realidad empresarial, así: en empresas familiares para su reestructuración, reordenando la titularidad de participaciones con la transmisión de un paquete mayoritario; y específicamente para separar, por ejemplo, los activos afectos a las responsabilidades propias de la empresa, familiar en su caso, de aquéllos que –mediante la escisión parcial financiera– dejan de estarlo, constituyendo un patrimonio ajeno a los riesgos propios de las actividades mercantiles en general (Sánchez Crespo).

VII. SEGREGACIÓN. CARACTERES DE ESTE SUPUESTO DE ESCISIÓN

Su novedad la destaca –como expuse ya– el Preámbulo de la Ley y a la vista del art. 71 sus caracteres configuradores son los siguientes:

1. El traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias

partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales ha de formar una unidad económica, a una o varias sociedades.

2. De la sociedad o sociedades beneficiarias recibe la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas. Si la valoración, al efectuar el canje, se realiza correctamente, no cambia cuantitativamente el patrimonio.

La figura, ¿sorpresa legislativa?, necesita que se profundice en su tratamiento, realizando algunas consideraciones:

Primera.– Destacable ante todo es la utilidad de la figura en procesos de *filialización*, así: segregando los activos industriales o comerciales que constituyen la base de la actividad empresarial a favor de una o varias sociedades filiales. La sociedad que aporta los activos obtiene a cambio las participaciones de las sociedades filiales y se reestructura como sociedad *holding* o de cartera, operando las filiales en diferentes sectores de la actividad empresarial. Con todo, apunto al menos que para aplicar el régimen fiscal de neutralidad, la DGT exige que en la parte patrimonial que quede en la sociedad segregada exista alguna rama de actividad.

Y su importancia práctica en general hay que ponerla de manifiesto. Un sencillo ejemplo ilustra: "Helados del Turia SA" fabrica helados y tiene una fábrica de azúcar. Esta la traspasa en bloque, por sucesión universal, a "Chocolates Galdurienses SL", que a cambio entrega el 25 % de sus participaciones a la sociedad transmitente (puede verse en la pedagógica obra: *Curso Derecho Privado*. Coordinación: E. Beltrán Sánchez. 13.ª edición, Tirant lo Blanch, 2010).

Segunda.– Como destacable es, no se olvide, que a diferencia de lo que acaece en la escisión total y en la parcial, es la *sociedad segregada*, y no sus socios, la que recibe las participaciones de las beneficiarias.

Tercera.– En la trayectoria histórica de la figura no puede obviarse la problemática suscitada en casos de aportación de rama de actividad en aumentos de capital (en los supuestos de hecho que dieron lugar a las Resoluciones de 10 de junio y 4 de octubre de 1994: aumentos de capital de Sociedad Anónima con *aportación de rama de actividad*, adoptados los acuerdos en Junta Universal y por unanimidad). La cuestión –relativa a su similitud o no con una

segregación y la aplicación por analogía de las normas reguladoras de la escisión parcial, en garantía de accionistas, acreedores y trabajadores de las sociedades afectadas– se resolvió en sentido negativo: con la legislación vigente todos los intereses jurídicos están protegidos y no hay por qué aplicar analógicamente las normas de la escisión (con el derecho de oposición de los acreedores, por de pronto). Las modificaciones estructurales son las reguladas por la ley; rige el principio de tipicidad y la analogía no es atendible.

La cuestión no se zanjó. Es justamente en la protección de los intereses señalados donde gran parte de la doctrina ha fundamentado la necesidad de configurar en el marco de la Escisión, la segregación patrimonial, pero, ¿incluyendo en ella la aportación de rama de actividad, y a ambas denominándolas segregación? El precepto exige que la parte o partes del patrimonio que se traspasan formen una unidad económica independiente (sin olvidar, como ya estudié, que el contenido sustantivo y fiscal de ambos conceptos no es totalmente idéntico). Pero no pasemos de largo ante el interrogante planteado.

Queda abierta la puerta a *la cuestión* de si la actual regulación de la Segregación exige *que toda aportación de empresa o de unidad productiva o de rama de actividad haya que canalizarla o no* por el régimen legal de aquélla. Veámosla.

Ante todo adviértase que la aportación de empresa tiene su propia regulación (art. 66 y ss. de la LSC), siquiera ceñida a la verificación de la realidad de la aportación y a la responsabilidad por la misma –lo que para Rodríguez Artigas complementa el régimen legal del art. 71, que es de aplicación al caso.

Por otra parte, el criterio de incluir la aportación de rama de actividad como supuesto de Segregación supone –y es relevante señalarlo– la necesidad de que el acuerdo lo adopte la Junta General con el carácter y requisitos de modificación estructural, sin que por tanto sea competencia del órgano de administración.

Planteada la cuestión con tal alcance no deja de ser significativo que dentro de la tendencia doctrinal actual proclive a considerar mayoritariamente la autonomía de la aportación empresarial a sociedad (Vicent, Álvarez Royo-Villanova, Serra Callejo, entre otros), Alonso Ledesma, si bien se inclina por el enfoque expuesto, pone de manifiesto que el problema ya se planteó en Alemania (caso *Holzmüller*), para considerar el Tribunal Federal que si la aportación de rama de actividad es de *cierta importancia*, la Junta General es com-

petente y no el órgano de administración. Para la autora, también en el Derecho español actual "debe consultarse a la Junta General si el segmento que se desgaja es importante", lo que unido: a la no aplicación de la sucesión universal, a la obligación en su caso de excluir el derecho de suscripción preferente, al informe del experto y a la incertidumbre de la persistencia futura de la neutralidad fiscal a las aportaciones de rama de actividad, constituyen –en su sentir– causas que desincentivan acudir a la aplicación del régimen legal de la aportación en estudio.

A lo ahora señalado considero que hay que hacer concretas precisiones: hasta la sentencia *Holzmüller* –y las advertencias de la COB francesa–, el problema, si bien latente, no causaba alarma en España. Se han sucedido sentencias y resoluciones que han abordado la cuestión, pero los ámbitos competenciales Junta-Órgano de administración planteaban una problemática a resolver vía objeto social, actos neutros, facultades del órgano de administración y… conflictos judiciales: en el fondo inseguridad jurídica para profesionales, notarios, registradores; tensiones societarias, socios minoritarios, administradores…

En la doctrina mercantilista el enfoque prevalente ha sido de dimensión cuantificadora: la transmisión de un establecimiento mercantil, si los estatutos lo silencian, necesita o no –dirá A. Rojo– el acuerdo de la Junta General dependiendo del valor del mismo respecto al de todo el patrimonio social (si es el mayor, o si es el único, o si es mínimo… Relevantes han sido las opiniones en la doctrina germana ante el interrogante "importancia significativa": ¿mínimo el 10 % del valor; el dintel en el 50 %, en…?). En el año 2002 señalará Iglesias Prada: *tal vez* es la Junta General la competente para las "aportaciones de rama de actividad" no instrumentadas a través de una escisión, con lo que se apunta, a mi juicio, la línea acertada, aunque, como se aprecia, sin total firmeza.

Es que las cargas y los costes, la dilación que supone la intervención de la Junta… Es que, ¿acaso una aportación *insignificante* para el conjunto patrimonial va a necesitar que se convoque a la masa social?, y ¿qué tipo de acuerdo sería éste: ordinario, dependerá del arbitrio del órgano de administración acudir o no a la Junta; hará falta experto…? Interrogantes los últimos que ha planteado Rodríguez Artigas en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid al reafirmarse en su opinión y exponer, en hipótesis, la competencia para una apor-

tación de rama de actividad, no incluida dentro de la figura de la segregación (lo que sigue rebatiendo), para concluir: es necesario modificar la norma legal de ésta.

Y otra precisión, mientras esperamos a *Godot*. ¿? Por una parte, pienso que la existencia de dos regímenes legales en este punto lleva a distinguir la aportación de la segregación, y ello sin que haya que plantear una supuesta renuncia a la sucesión universal, la que no es de aplicación, caso de aportación de rama de actividad a sociedad en aumento de capital. Pero pongo en cuarentena la competencia sin más del órgano de administración para realizar la aportación dicha (de ahí la crítica al criterio exclusivamente cuantificador), y recomiendo la necesidad de prever vía estatutos ámbitos competenciales y objeto social claro y preciso delimitador "y no solo a efectos internos", desde luego. Precisamente a esta expresión alude Álvarez Royo-Villanova al citar la Resolución "Solán de Cabras". Para el citado estudioso de la problemática, la solución intermedia de tal Resolución es la adecuada. Para mí, hay que calar hondo en el supuesto de hecho y observar cómo se redactó el objeto social y se delimitaban en consecuencia las competencias orgánicas: así no será tan imposible lo que dicho autor expone al hilo de lo que estoy tratando cuando literalmente dice "en determinados casos… exigirá acudir a los tribunales pues es imposible el control de la legalidad por el notario o el registrador". Pienso que la seguridad jurídica preventiva está para algo, para mucho.

La Resolución citada es –como reconoce Vicent Chuliá– importante, y no es –a pesar de la calificación que este autor realiza– ingenua. Marca el buen camino: si el objeto social es "la explotación del Manantial *x* y su distribución de agua mineral; la explotación del mismo, Baños, Hostal, Apartamentos…", el que sea competencia de la Junta General: "la venta, arrendamiento, cesión y demás actos de disposición, en todo o en parte, *de los bienes afectos* (incluso, diciendo cuáles son éstos) *al objeto social*", sería contrario al objeto social –como resuelve la Dirección General– que tales facultades las tenga el órgano de administración.

Y por otra, el régimen fiscal ahí está, hoy por hoy: acúdase al mismo respecto a la aportación de rama de actividad, lo que es factible y hacedero, aunque sin aplicación del sistema de la sucesión universal (DGT en Resolución de 16 julio 2009; Gómez Barreda, R. Aguilar, Abad Valdenebro y Cosín Ochaíta, para quien hay que analizar

cada caso, ante la trascendencia del patrimonio y el objeto social). Y armonícense de una vez por todas los regímenes sustantivo y fiscal; lo exige la más elemental y básica seguridad jurídica.

Cuarta.– La aportación puede implicar *cambio del objeto social*, incluso sustitución del mismo si la sociedad, aportante de los activos a la filial, se convierte en *Holding* o sociedad tenedora de acciones (de cartera), con lo que se plantea la posibilidad del derecho de separación de los socios por la vía del art. 346.1.a de la LSC, e incluso –como señala Mateu de Ros, y siguiéndole Álvarez Royo-Villanova– la posible solicitud de disolver la sociedad y la responsabilidad de los administradores por lo realizado, sin convocar al efecto a la Junta General. El Tribunal Supremo ha considerado que si una sociedad industrial se convierte en sociedad *holding*, se *sustituye* el objeto social (Sentencia de 10 marzo 2011).

Quinta.– Si el proyecto de escisión ha de incluir las menciones específicas del art. 74, como en la Segregación la posición jurídica de los socios de la sociedad segregada no se altera, no procede la mención del apartado 2.º (art. 74.2.º, *in fine*).

Sexta.– Alguna *consideración crítica* merece la figura en estudio, aparte de lo que ya se ha dejado traslucir.

Por una parte, cumple finalidades que son, como ya he apuntado, destacables, además de la ya puesta de manifiesto respecto a la filialización. Cabe afirmar que puede desempeñar la Segregación las mismas funciones que las demás modalidades de Escisión. Esto en principio, pues hay que matizar: si bien –como he puesto de manifiesto ya– cabe acudir a la Escisión como instrumento de descentralización así como vehículo de concentración (paso previo a una posterior operación de fusión) y como instrumento de regionalización, caso de que se trate de prever o de resolver conflictos, tensiones y desacuerdos entre socios o grupos de socios con intereses contrapuestos, acudir a la Segregación entraña dificultades que aconsejan utilizar la figura con el carácter de instrumento previo o complementario a una posterior operación de entrega de acciones o participaciones al socio o socios que se separan (se trataría de una permuta o canje de títulos de participación en la sociedad segregada por los de la beneficiaria; operación desde luego factible, sin entrar

a valorar su rentabilidad en términos fiscales). En este sentido: Rodríguez Díaz, en la línea mantenida por Alonso Ledesma.

Y por otra, he señalado críticas tanto a la regulación legal como a la posibilidad de que en la práctica *disparen* con instrumentos como la escisión parcial y la segregación, quienes son capaces de todo pero incapaces de obrar ortodoxamente. Afortunadamente, posibilidades de "quedarse con los activos buenos y desprenderse de los tóxicos", querer llevar a insospechadas consecuencias el principio de sucesión universal… o tratar de defraudar a acreedores, *impotentes* ante pretendidas maniobras basadas en extinción de personas jurídicas o en irreales separaciones de personificación, han llevado –con excesivo esfuerzo y paciente espera, ciertamente– a que se logre hacer justicia. Y ello en base a los principios generales de la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho y del fraude de Ley (así, en el caso ERTOIL: Tribunal Supremo; la fecha de *las operaciones*, anterior al art. 259 LSA, citado). Resalta esta fundamentación el magistrado F. de B. Villena Cortés.

VIII. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA MEDIANTE TRANSMISIÓN DE TODO EL PATRIMONIO: LA FILIALIZACIÓN TOTAL

El Preámbulo de la Ley –como se transcribió en su momento– ya anuncia que al supuesto en cuyo estudio entro: "se aplicarán las normas de la escisión", y el art. 72, que lo regula, dice: "se aplicarán también en cuanto procedan, las normas de la escisión". Estamos, por tanto, ante un supuesto asimilado a la Escisión, con la dificultad para el intérprete de precisar qué es y no es aplicable al supuesto del régimen legal de la Escisión, sin perjuicio de que la Ley de ME en aspectos concretos prevé su inaplicación, al menos a *contrario sensu*.

Conforme al art. 72, ya transcrito, son sus notas características las siguientes:

1. Una sociedad transmite en bloque todo su patrimonio, sin extinguirse.
2. La sociedad que lo recibe, la beneficiaria, es de nueva creación.
3. La transmitente recibe a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria.

A la vista de lo expuesto, así como teniendo en cuenta lo ya señalado al tratar el art. 71, Segregación, cabe ahora realizar algunas consideraciones:

Primera.– La transmisión total del patrimonio, en bloque, recibiendo de la sociedad de nueva creación todas sus participaciones, convierte a la primera en *sociedad holding o de cartera* desarrollando entonces las actividades que constituyen su objeto social de modo indirecto, a través de la sociedad filial, íntegramente participada ("filialización total"). Ésta ha de ser siempre una y ser de nueva creación en todo caso, conforme al precepto regulador del supuesto. Con lo que el supuesto no es confundible con la Segregación (en ésta, como se ha estudiado, la parte o partes del patrimonio que se traspasan han de formar una unidad económica; en la que ahora trato se transmite en bloque todo el patrimonio).

Segunda.– Al decir el artículo 72 que "transmite en bloque su patrimonio a…", *omite* que es: por *sucesión universal*, como se prevé expresamente en todos los supuestos de escisión –ya estudiados–. Con todo –como expone Rodríguez Artigas– la aplicación de las normas de la Escisión a esta operación lleva consigo, como en todo supuesto de modificación estructural con transmisión, el traspaso en bloque por sucesión universal del patrimonio. Los efectos propios de la misma se producen, por tanto.

Tercera.– La contraprestación que la transmitente recibe *diferencia el supuesto del art. 72* en estudio de la figura *de la Cesión global*: en ésta la contraprestación no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario (art. 81).

Cuarta.– La razón de ser de la regulación de la operación en estudio, separada de la Escisión y de la Segregación, se debe sin duda a que no existe en puridad en ella división del patrimonio en varias partes. Esté o no justificada la autonomía reguladora, lo que importa es destacar ahora que este tratamiento formal, semejante al que en sede de Fusión se sigue en el art. 53 (operación asimilada a la fusión), se suma al de los supuestos ya estudiados de la segregación –con la necesaria existencia de "unidad económica" y su precisión ante el término fiscal de "rama de actividad"–, la aportación no di-

neraria como supuesto no confundible, así como la Cesión Global. Pero lo demás ya es incierto, tanto que "el intérprete ha de determinar *qué normas de la escisión son aplicables*" (Alonso Espinosa y L. Sánchez), lo que al menos, como señala Ferrando Villalba, permite un cierto margen de flexibilidad.

A MODO DE CONCLUSIÓN

He tratado de poner de manifiesto los caracteres esenciales de las distintas modalidades de la Escisión, antesala de su régimen legal (arts. 73 a 80) no tratado aquí y ahora.

Lo apuntado revela la complejidad de la figura, en sus varias modalidades, máxime al no armonizarse con la regulación sustantiva el régimen fiscal especial, de neutralidad. Esfuerzo de coordinación imprescindible que al estar sin hacer frena la aplicación de figuras como las estudiadas aquí y en todo caso produce incertidumbre en algunos supuestos, padeciendo en definitiva la necesaria seguridad jurídica.

PACTOS SUCESORIOS, PACTOS DE FAMILIA Y EMPRESA AGRARIA

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid

Resumen: La legislación en materia de estructuras agrarias se presenta desfasada en alguno de sus textos, dispersa y fragmentada. Sería necesario abordar las oportunas modificaciones para la actualización y modernización del Derecho agrario, sin perder de vista el objetivo de una simplificación legislativa. Y de este proceso debería formar parte una reflexión sobre los instrumentos que favorezcan la viabilidad de las explotaciones agrarias. Un momento de particular trascendencia para su destino es el de la sucesión *mortis causa*, respecto al cual podrían valorarse otros instrumentos alternativos.

Palabras clave: pactos sucesorios, pactos de familia, sucesión *mortis causa*, explotación agraria.

Abstract: Some of the regulations concerning the legislation on agricultural structures are outdated, dispersed and fragmented. It would be necessary to address the necessary modifications to the upgrade and modernization of agricultural law, without losing sight of the goal of simplification. And in this process it should be included, among other things, a reflection on the instruments that favor the maintenance of agricultural holdings. One of the moments of transcendence for the agricultural holdings destination, is the *mortis causa* succession, where some alternative instruments to ordinary hereditary succession may be valued in order to the particularities presented in the field of agriculture.

Key words: wills act, inheritance, family provision, real estate, contract concerning succession, agricultural holdings.

SUMARIO

I. JUSTIFICACIÓN

II. EL MANTENIMIENTO DE LA UNIDAD DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA

III. LA ELECCIÓN DEL SUCESOR

IV. CONDICIONES DE LA EMPRESA AGRARIA

V. MEDIDAS PREPARATORIAS

VI. LA PROMOCIÓN DEL SISTEMA DE CONTRACTUALIZACIÓN EN EL DERECHO AGRARIO

VII. PACTOS DE FAMILIA Y *TRUST*

VIII. LA CUESTIÓN SUCESORIA Y EL CONTEXTO ACTUAL AGRARIO

BIBLIOGRAFÍA

I. Los problemas en torno a la transmisión de la empresa han sido advertidos en el ámbito comunitario sobre todo a partir de los años 90, en especial por la preocupación de garantizar el traspaso generacional y el mantenimiento del empleo; el 7 de diciembre de 1994 la Comisión Europea, en una Recomendación (n. 94/1069/CE), pide a los Estados miembros nuevos tipos de medidas para afrontar de manera más racional la transferencia de pequeñas y medianas empresas. Una exhortación a los Estados miembros que retorna en 1998, en una Comunicación (n. 98/C93/02), con referencia al recurso del pacto de empresa o pacto de familia. Cabría también reseñar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo de las Regiones, sobre la aplicación del Programa comunitario de Lisboa para el crecimiento y el empleo y para la transmisión de empresas a través de la continuidad mediante la renovación, COM(2006)117 final. Y en España, en 2001, la ponencia de la Comisión de Hacienda del Senado emite un informe recomendando, a propósito de los problemas sobre las

empresas familiares, la formalización de protocolos familiares, aprobándose el RD 171/2007, de 9 de febrero, relativo a su publicidad.

Este interés afecta especialmente a la empresa agraria, pues los procesos de transmisión son claves en la vida de la explotación, cualquiera de las diversas situaciones o supuestos en los que acontece condicionan su destino. La empresa agraria tiene además una especialidad determinada por su objeto, un objeto sumamente complejo (1), cuyos aspectos sucesorios han llamado siempre la atención de los agraristas.

La definición de explotación agraria (2) ha estado inveteradamente fundada sobre los elementos de la familia y la tierra, con la finalidad de mantener el patrimonio familiar; si bien, cada una de las legislaciones cuenta con sus propias dificultades para gestionar ambas variables. En todo caso, han sido principios básicos de su formulación técnica, así como de su fundamento ideológico-social: el vínculo familiar de la propiedad y la figura del heredero privilegiado (3). Principios que han debido impregnarse de una visión economicista de la empresa.

---

(1) Los principios de un buen funcionamiento dependen de una estrategia de producción, de comercialización financiera, de la calidad del suelo, de las técnicas, de la elección de la producción, de los efectos climáticos… Sobre su complejidad y sus dificultades, *vid*. Guilloteau, J. C., "Les exploitations agricoles en difficulté, actuelles ou prévisibles", RDR, núm. 220, 1994, pp. 57 y ss.; AAVV, *L´entreprise et ses partenaires*, 79 Congrès des notaires de France, t. I, Avignon, 1983; AAVV, *Propriétés incorporelles de l´entreprise,* Lille, 2009; De Schutter, O., *Droit de l´agriculture, sécuriser le commerce des produits agricoles*, París, 2012.

(2) Sobre su noción puede verse Navarro Fernández, J. A., *Introducción al Derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrícola*s, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; *La explotación agraria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

(3) Apuntados por De los Mozos y de los Mozos, J. L., "Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en Derecho de colonización)", ADC, 1974, p. 532. Puede verse también Luna Serrano, A., "Régimen de tierras en la LRDA, la sucesión mortis causa del concesionario de tierras de reforma agraria", *Estudios monográficos IRYDA*, 1975, pp. 125 y ss.; Martín-Ballestero Hernández, L., "La indivisibilidad de las unidades familiares agrarias en su transmisión sucesoria", *Bol. oficial del Col. de Abogados de Zaragoza*, 1973, núm. 48.

Diversas imágenes justifican el interés por el Derecho sucesorio agrario, así, si pensamos en que la agricultura europea es ante todo una agricultura de propietarios y este instrumento representa una forma de acceso; en efecto, la mayoría del territorio es cultivado en propiedad y aunque desde los años 80 se ha intensificado el arrendamiento, más tarde en nuestro caso, coincidiendo con una legislación más flexible, suficientemente se ha explicado que, incluso en esta fórmula, los titulares se han comportado como cuasipropietarios (4). Garantizar la transmisión a través de esta vía sucesoria implica simplificar el proceso de acceso a la propiedad; si bien, la necesidad de pagar la parte correspondiente al resto de coherederos por quien asume la titularidad de la empresa agraria aumenta el coste de acceso a la explotación o a la tierra, incluso aunque se pague a precio inferior de mercado; y, puesto que el sucesor habrá venido compartiendo las tareas agrarias, la continuidad en la práctica de una agricultura profesionalizada es un valor añadido en la sucesión, que se complementa con el mantenimiento de una tradición orgullosa de su profesión; sin duda, la formación y la profesionalización son un factor estratégico en el desarrollo de la agricultura, pues solo una fuerte competencia técnica permite afrontar la concurrencia con otros países. En todo caso, esta posición de sucesor se hace más económica que las fórmulas societarias u otras fórmulas para el acceso a los recursos agrarios, que tienen que invertir tres veces más que los herederos que adquieren la explotación. Por tanto, una primera consideración se impone: reducir los costes de acceso a los medios de producción en el ámbito agrario, obteniendo el mejor rendimiento del patrimonio heredado, lo que resulta más económico que conceder ayudas directas a la instalación (5); pero bien entendido que la política agraria debe fomentar medidas a favor de la explotación individual o familiar cuando esta esté en condiciones de eficiencia y de competitividad.

(4) *Vid.* AAVV, *La transmission des exploitations agricoles et l´installation des agriculteurs dans la CEE*, Rapport de synthese, 1991, p. 32.

(5) *Vid.* Amat Llombart, P., "Régimen de la Ley 19/1995 y el RD 613/2011 sobre inversiones en explotaciones agrarias y ayudas a la primera instalación de agricultores jóvenes", *Rev. general informática de Derecho*, 2003, pp. 1-17; Bodiguel, L., "Les aides à l´installation en agricultura après la réforme (2008-2009)", *Rev. de Droit rural*, núm. 373, 2009, étude 9; Melliand, M. L., *Guide de l´installation des jeunes agriculteurs*, París, 2012.

A pesar de ello, podría parecer que el tema de la transmisión *mortis causa* de la explotación agraria no se destaca por su importancia, al menos en la actualidad, en cuanto hay un sector de la población activa agraria muy envejecida y un bajo porcentaje de jóvenes agricultores, representando estos alrededor de un 10 %. Algunas cifras, en efecto, podrían corroborar esta percepción. Así, la superficie del territorio rural ocupa más de las 2/3 partes del territorio, sin embargo, solo integra al 20 % de la población, sin contabilizar las zonas periurbanas, y la población activa agraria se sitúa sobre el 4 % de la población activa total; la distribución de la superficie rural por CCAA coloca a Castilla y León como la más extensa, con una superficie rural del 96,5 %, seguida de Aragón, Castilla-La Mancha y Navarra, pero ninguna de las comunidades autónomas de España se sitúa entre las 15 regiones más ricas de la UE; en la UE de los 27 el ámbito rural representa el 90 % del territorio y el 56 % de la población. Desde 1999 a 2008 se reduce en España el porcentaje de población residente en municipios rurales hasta un 20 %. Y desde 1973 a 2003 se reduce en un 20 % el porcentaje de población que trabaja en el sector agrario. A pesar de lo cual, ha habido un aumento de la productividad debido a un uso más intensivo de las tierras. A su vez, se ha acelerado el envejecimiento de la población rural, así mismo en relación con la media europea. El sector agrario ocupa a un cuarto del total de los trabajadores del medio rural, hace solo unas décadas había una clara primacía a favor de la actividad agraria como actividad económica principal en los municipios rurales. Así, en Castilla y León el 27,6 % de los titulares de explotaciones agrarias superan los 55 años y solo el 6,8 % tiene menos de 35 años. Si bien, Andalucía presenta un número de titulares de explotaciones agrarias con menos de 35 años del 15 % y el de titulares de explotaciones agrarias con edad superior a 55 años es del 55 %. Y en cuanto a su cualificación, el 87 % de los jefes de empresas agrarias tiene una experiencia exclusivamente práctica, el 1 % tiene una formación universitaria, el 2 % tiene formación profesional agrícola, y el 10% restante tiene otros tipos de formación agrícola. La dimensión de las explotaciones agrarias en España es bastante pequeña, con un 52 % de explotaciones con menos de 5 has. de superficie agrícola utilizada y un 57 % de explotaciones con menos de 8 unidades de dimensión económica. La evolución de las explotaciones agrarias muestra una notable desaceleración en la

desaparición de explotaciones de menos de 50 has. y un incremento del número con más de 50 has. Así mismo, las 3/4 partes de las tierras agrarias españolas son explotaciones en régimen de propiedad, a excepción de Cantabria y Castilla y León. Se ha producido un notable incremento de mujeres titulares de explotaciones agrarias, desde un 20 % en 1982 hasta un 28,8 % en 2007 (6). Durante el 2009 la rama de actividad agraria a precios básicos disminuyó en valor un 10,7 %, debido al descenso de la producción vegetal de un 11,9 % y de la producción animal de un 9,4 %. El sector agrario y la industria alimentaria representan el 6,6 % del total de ocupados nacionales, descendiendo en 2009 en un 5,2 %, por debajo del conjunto de la economía española (7). Este descenso se produjo en un contexto depresivo de los precios de las materias primas que se ha corregido sobradamente en años sucesivos, lo que hace que el sector en su conjunto, aunque con la excepción de alguna producción ganadera, resista mejor la crisis en la actualidad que otros sectores productivos.

Pues bien, en parte por estos datos, porque más del 50 % de titulares de explotaciones agrarias medianas o pequeñas no tienen ni siquiera sucesor y los agricultores menores de 35 años solo representan un 12,5 %, como, en el otro extremo, por el hecho de que las grandes empresas ya tienen resuelto el problema de la transmisión a través de vías sofisticadas, podría verse el problema planteado en este trabajo como algo colateral o de menor trascendencia; salvo que entendamos que una forma de elevar aquella cifra, en parte, viene también de la mano de una legislación práctica que favorezca y facilite hábilmente la sucesión (8). ¿Pensamos en la promoción de los pactos sucesorios y de los pactos de familia? La Ley 49/1981, de

(6) Datos estadísticos obtenidos del Programa de desarrollo rural sostenible, 2010-2014.

(7) Datos proporcionados por el *Boletín mensual de estadística* del MAGRAMA.

(8) "La planificación sucesoria o, lo que es lo mismo, la habilidad para diseñar el traspaso en la dirección y propiedad de una empresa a la siguiente generación, constituye el núcleo de los negocios familiares", Blumenritt, T., "The relationship between boards an planning in family businesses", *Family Business Review*, vol. XIX, núm. 1, pp. 65 y ss.; Luzu, F.–Le Gall, N., "Transmettre sur plusieurs générations", *Revue Lamy Droit civil*, núm. 95, p. 75.

24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, aludía a los pactos sucesorios, diluyendo determinadas prohibiciones, sin embargo, no tuvieron una especial repercusión práctica, pero por una serie de problemas asociados al medio agrario. Por ello, podría valorarse la utilidad de una posible regulación abierta sobre los pactos de familia (9) y alguna reflexión sobre los pactos sucesorios, debiendo entenderse que es necesario coordinarlo, en este caso, con una ambiciosa reforma de las estructuras agrarias, y, de cualquier modo, verlo como un aspecto complementario de una actividad empresarial en un mercado cada vez menos asistido y siempre más competitivo, también a nivel internacional (10).

(9) El preámbulo del RD 171/2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, toma en cuenta la realidad económica, jurídica y social española, para considerar que las peculiaridades de la empresa familiar y la lícita autorregulación de sus propios intereses, especialmente en relación con la sucesión de este tipo de empresas, exige la eliminación de obstáculos y la dotación al operador jurídico de los instrumentos necesarios.

(10) Parte de los problemas actuales tienen su explicación en políticas erróneas adoptadas en el seno de la PAC; las dificultades también están en la variedad del sector agrícola; por otro lado, están las deficiencias estructurales agrarias en el ámbito de cada Estado miembro; para España habría que sumar un problema añadido: el de la estructura del Estado, el reparto de competencias sobre agricultura entre el Estado y las comunidades autónomas, a quienes les corresponde la gestión y la aplicación efectiva de la política agraria, generando diversos regímenes entre comunidades, que fragmenta la legislación y la uniformidad; a lo que se superpone las consecuencias de los acuerdos internacionales, como ha expresado Costato, L., "La agricultura como sustento del desarrollo económico y la cohesión social: Europa, África e Iberoamérica", III Foro Internacional del Observatorio de Legislación Agraria. MAGRAMA, 2009, "la voluntad de los Estados y de la Comunidad Europea puede solo en una moderada parte condicionar la orientación del territorio y la misma protección del medio ambiente, porque las reglas del Tratado de Marrakech y las consiguientes políticas estatales y comunitarias se dirigen en dirección al desincentivo frente a la racionalidad del cultivo y de la protección del medio ambiente, impulsando en dirección opuesta a los agricultores que cultivan en regadíos y secanos, todos inmersos en el mercado mundial incontrolado e incontrolable".

II. Nuestro Código Civil, de un modo u otro, ha intentado favorecer la indivisión de los elementos patrimoniales productivos; los arts. 1056, 831, 841 y 1062 del CC son una muestra de ello, también a la indivisibilidad se refieren los arts. 821 y 829 del CC, podría citarse, de igual modo, el art. 1406 del CC, relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales; y la legislación agraria, así mismo, lo ha contemplado desde un punto de vista sustantivo y fiscal (11). No obstante, el propio Código Civil contiene una previsión muy genérica, al referirse, por ejemplo, en el art. 1056, al mantenimiento indiviso de una explotación económica o al mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo. Su fórmula impide hacer más eficaz los objetivos del precepto (12), a pesar del avance que ha tratado de imprimirle la reforma de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada de la Nueva Empresa. Se circunscribe a la voluntad del testador que "quiera mantener indivisa una explotación económica…", lo que no se relaciona bien con la especial trascendencia de las funciones de la agricultura (13). Como ha destacado ya Ballarín Marcial, "el padre no puede interpretar a su gusto el derecho a hacer la distribución de bienes entre sus hijos, pues deberá atender no sólo a su particular interés sino

(11) A los aspectos insatisfactorios del régimen se refirió, entre otros, Vattier Fuenzalida, C., "La nueva disciplina de la transmisión mortis causa de la explotación agrícola en el Derecho español", *Rivista di Diritto agrario*, 1982, pp. 28 y ss.; "La transmisión mortis causa de la explotación agraria", MAPA, 1982, pp. 105 y ss.; "Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar", RCDI, 1983, pp. 871 y ss.

(12) El precepto se sigue centrando en el instrumento particional, Egea Fernández, J., "Protocolo familiar y pactos sucesorios (La proyectada reforma de los heredamientos)", *Indret*, 2007, p. 17.

(13) Funciones claramente destacadas por el ministro francés de Alimentación, Agricultura y Pesca, en su discurso de presentación de la futura Ley de modernización de la agricultura y la pesca para el 2013 en la Asamblea permanente de las *Chambres d´agriculture*; *vid.* así mismo, Ballarín Marcial, A., *El papel del Derecho agrario. La modernización de la agricultura,* Madrid, 2008, pp. 193 y ss.; Lamo de Espinosa, J., "Transformaciones y modernización de la agricultura española: 1978-2003", *Rev. española de economía política*, 2004; Sanz Jarque, J. J., *Derecho agrario*, Reus, Madrid, 1985.

al interés general que se manifiesta en las normas sobre la función social de la propiedad, concretamente en el art. 33 de la CE" (14).

Así mismo, el precepto dispone, en compensación con la atribución de la empresa a un solo heredero, que se pague en metálico la legítima a los demás interesados, pero para ello tiene que ser posible realizar el abono con efectivo hereditario o extrahereditario y la realidad muestra que en ocasiones este requisito se complica. Es el problema que se presenta en el Derecho común por cualquiera de las vías que se adjudique (15). Establecer por el testador, o por el contador-partidor por él designado, un periodo de tiempo para cumplir esta obligación a cargo del favorecido, determinar, por tanto, un aplazamiento para el pago, puede frustrar también la finalidad del precepto, pues las rentas de la explotación durante este periodo pueden no ser suficiente garantía para ello y puede desincentivar las posibilidades de aceptación del designado. Sin duda, podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Y más complicado lo hace el precepto cuando prescribe que si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia.

Por ello, una normativa realista para el mantenimiento unitario de la explotación agraria en el momento de la transmisión *mortis causa* pasa por una política de créditos a favor del sucesor en la explotación, para garantizar el pago de las legítimas a quienes no asumirán la titularidad de la empresa agraria, como complemento de otras reducciones impositivas (16); política que resulta más rentable que

---

(14) Ballarín Marcial, A., "La sucesión *mortis causa* en la explotación agraria", DAA, 2000, p. 28.

(15) A las opciones se refieren ampliamente Millán Salas, F., *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agraria*, Madrid, 1999; Cazorla González, M. J., *El Derecho sucesorio agrario español*, Granada, 1998; Torres García, T. F./Domínguez Luelmo, A. A., "El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos*, t. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 802 y ss.

(16) El presidente N. Sarkozy anunció para su país un plan de financiación ambicioso para la agricultura francesa para apoyos excepcionales. *Vid.* en "Un nouvel avenir pour notre agricultura", *Rev. de Droit rural*, núm. 377, 2009, *alerte* 90. El informe del Instituto Montaigne de 2005, *"Ambition pour l´agriculture, libertés pour les agriculteurs"*, p. 20, declara que en Francia

un plan de mejoras; resulta más económico apoyar la instalación de un sucesor en la explotación, como continuación de la actividad, que la actual política de prejubilaciones o la de financiación a las nuevas instalaciones, porque a través de esta última se produce el efecto de la subida del precio de la tierra, con perjuicio para el agricultor profesional. Un sistema de ayudas a través de la política de créditos compensaría los difíciles criterios a cumplir para la conmutabilidad de las legítimas en dinero o para garantizar su aplazamiento (17).

El crédito del *salaire différé* del Derecho francés es otro instrumento al servicio de estos fines; beneficia en el momento de la sucesión a quienes han participado en la explotación sin haber sido remunerados previamente, lo que contrarresta las dificultades para pagar al resto de legitimarios (18); así, la partición es el momento de "compensar este sacrificio", pues este crédito es al mismo tiempo "un medio de disminuir el montante que costará para el descendiente transferir la explotación en su único beneficio" (19); por tanto, para corregir las desigualdades en el momento de la partición (20);

---

una buena parte de las explotaciones agrarias francesas no serían rentables sin las ayudas públicas.

(17) Sobre la modalidad de pago o el dispositivo específico fiscal, si bien temporal, introducido en la Ley de orientación agraria francesa de 5 de enero de 2006, para promover la sustitución de los agricultores que cesen en su actividad por jóvenes que asumen su explotación, el denominado plan crédito transmisión, *vid.* VVAA, *Propriétés incorporelles de l´entreprise*, Lille, 2009, pp. 542 y 543.

(18) "El contrato del *salaire différé* es un mecanismo que permite a la política agraria hacer contribuir al Derecho de sucesiones gracias a una institución jurídica original, falsamente contractual pero verdaderamente sucesoria", Castella, C., "Retour sur le contrat de salaire différé du descendant au vu de la jurisprudence récente: observations sur la pérennité d´une singularié du monde agricole", *Rev. de Droit rural*, núm. 383, 2010, étude 10.

(19) Como dice Krajeski, *Droit rural*, Défrenois, París, 2009, p. 226.

(20) El momento concreto se describe en el art. L. 321-17 *Code rural, modifié par Loi núm. 2006-728 du 23 juin 2006-art. 13 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007, "Le bénéficiaire d'un contrat de salaire différé exerce son droit de créance après le décès de l'exploitant et au cours du règlement de la succession; cependant l'exploitant peut, de son vivant, remplir le bénéficiaire de ses droits de créance, notamment lors de la donation-partage à laquelle il procéderait. Toutefois, le bénéficiaire des dispositions de la présente sous-section, qui ne serait pas désintéressé par l'exploitant lors de la donation-partage comprenant la majeure partie des biens, et alors que*

pero el legislador también puede valorar la mejor oportunidad de ser tenida en cuenta en un momento más actual (21), por ejemplo, en el momento de la cesación de la actividad del titular (22). En todo caso, una figura que ha generado un importante volumen de supuestos contenciosos (23); y desfasada para otros, lo que no es entendido necesariamente así por quienes proponen la extensión de esta figura para organizar la remuneración de otros servicios realizados por los herederos.

Ciertamente, su objeto es revalorizar el trabajo agrario, hacer menos pesada la carga salarial sobre las explotaciones, impidiendo el éxodo rural y facilitando la transmisión empresarial agraria,

---

ceux non distribués ne seraient plus suffisants pour le couvrir de ses droits, peut lors du partage exiger des donataires le paiement de son salaire. Les droits de créance résultant des dispositions de la présente sous-section ne peuvent en aucun cas, et quelle que soit la durée de la collaboration apportée à l'exploitant, dépasser, pour chacun des ayants droit, la somme représentant le montant de la rémunération due pour une période de dix années, et calculée sur les bases fixées au deuxième alinéa de l'article L. 321-13. Le paiement du salaire différé ou l'attribution faite au créancier, pour le remplir de ses droits de créance, ne donne lieu à la perception d'aucun droit d'enregistrement. Les délais et modalités de paiement sont fixés, s'il y a lieu, dans les conditions prévues à l'article 924-3 du code civil".

(21) No obstante, *vid.,* sobre el pago anticipado, art. L. 321-17 del *Code rural.*

(22) En el 105 Congreso de notarios de Francia, celebrado en Lille, en el 2009, dedicado a las propiedades incorporales, su segunda comisión propuso que el beneficiario de un contrato de trabajo de *salaire différé* pueda renunciar al beneficio total o parcial de su crédito en la forma prevista por los arts. 930 y ss. del *Code civil*, sin que esta renuncia constituya una liberalidad cualquiera que sea la modalidad de la renuncia. Puede verse en JCP N, 2009, núm. 23, p. 29; y en VVAA, *Propriétés incorporelles de l´entreprise*, Lille, 2009, pp. 396 y ss., donde ampliamente explican la adaptación de esta figura según la nueva evolución de la familia, de las explotaciones y de la sociedad.

(23) *Vid.* Casatella, C., "Retour sur le contrat de salaire différé du descendant au vu de la jurisprudence récente: observations sur la pérennité d´une singularié du monde agricole", *Rev. de Droit rural*, núm. 383, 2010, étude 10. *Vid.* también Roussel, F., "Charge et risque de la preuve du réglement du salaire différé du vivant de l'ascendant exploitant", RDR, núm. 385, 2010, comm. 89; Le Guidec, R., "Droit patrimonial de la famille", RDR, núm. 388, 2010, chron. 2; del mismo autor, "Salaire différé: arrêt sur image", RDR, núm. 403, 2012, repère 5; Lebel, Ch., "Recherche candidat prioritaire à la reprise d'exploitation", RDR, núm. 396, 2011, alerte 109.

aunque al mismo tiempo sea una complejidad en la reglamentación de la sucesión del agricultor; responde a una clara preferencia por el carácter familiar de la agricultura, afianzando los medios para la adquisición de la explotación y reuniendo la aportación necesaria para la entrada en la GAEC. Por tanto, si por un lado permite la consecución de objetivos actuales, no coincide con otros igualmente presentes, como el de favorecer la evolución de las explotaciones agrarias hacia el fenómeno de la empresa en el sentido propuesto por la Ley de orientación agraria, de 5 de enero de 2006, que invita al mundo rural a promover una empresa más profesionalizada, saliendo de una agricultura puramente familiar, pasando de la agricultura de tipo familiar a la "empresa" agraria; el objetivo es favorecer la constitución de unidades económicas viables, permanentes, de un gran valor patrimonial y fácilmente negociable. En definitiva, dicha institución satisface intereses contradictorios.

En definitiva, estas medidas ofrecen diversas soluciones, pero también son advertibles sus deficiencias, que favorecen un movimiento de expansión hacia instrumentos más flexibles. Teniendo en cuenta que las reglas sucesorias para el medio agrario deben establecerse acompañadas de estrategias complementarias o alternativas, como las de carácter también fiscal. Estos aspectos colaterales son tan importantes o más que las propias reglas o principios del Derecho sucesorio, porque el éxito en el mantenimiento de la unidad en el momento de la transmisión está subordinado a condiciones que el Derecho de sucesiones por sí solo no puede garantizar satisfactoriamente (24).

III. Otro aspecto a considerar son las cualidades del sucesor para garantizar la mejor viabilidad de la explotación. La preferencia por el descendiente agricultor profesional, o el cónyuge viudo, estaba presente en el art. 32 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en relación con la transmisión de la concesión de tierras destinadas a constituir explotaciones familiares. El régimen tenía previsto, si fueran varios los descendientes agricultores, suceder al padre en la

(24) En el Derecho francés puede verse Roche, D., "La fiscalité agricole à travers la loi de finances 2010 et la loi de finances rectificative pour 2009", *Rev. de Droit rural*, núm. 381, 2010, étude 4.

concesión quien hubiera sido beneficiado por este en testamento, y, en su defecto, el elegido de común acuerdo entre ellos. Si no hubiese acuerdo, se adjudicaría por el Instituto a uno de los derechohabientes que lo soliciten con un orden de preferencia: al que viniera cooperando habitualmente en el cultivo; al de mayor edad.

La Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, derogó parcialmente los arts. 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, al establecer un régimen sucesorio único para las explotaciones familiares agrarias, tanto las constituidas por particulares, como por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. Su régimen específico, bastante extenso, distingue entre la sucesión testada e intestada. En defecto de pacto sucesorio, la sucesión en la explotación familiar se defería, conforme al art. 21 de la citada Ley, a la persona que el causante hubiere designado en testamento, debiendo recaer sobre alguno de los herederos forzosos si los hubiera, salvo que se hubiera nombrado a otro, siempre que existiendo legitimarios hubieran renunciado o convenido sobre sus derechos o incurrido en justa causa de desheredación o que se respeten sus legítimas. Para garantizar el destino único de la explotación los cónyuges podían otorgar testamento abierto mancomunado. "A falta de pacto sucesorio o de disposición testamentaria al respecto, la explotación familiar agraria se atribuirá íntegramente al heredero legítimo más próximo que ostente la cualidad de colaborador de la misma. Concurriendo tales circunstancias en varios herederos la explotación se atribuirá al que hubiera permanecido más tiempo colaborando en la explotación. De no existir herederos legítimos que sean colaboradores en la explotación, sucederá en la titularidad de la misma el heredero legítimo que se comprometa a continuarla, y en caso de ser varios, se estará al acuerdo de la mayoría. De no existir ninguno que se comprometa a continuarla o de no llegarse a un acuerdo en el plazo de tres meses desde que se abra la sucesión, se entenderá que desean anular las obligaciones impuestas por esta Ley. De no existir herederos legítimos, sucederán en la explotación los colaboradores de la misma, prevaleciendo entre éstos, de ser varios, el orden de antigüedad en la explotación. Si hubiere varios con la misma antigüedad, se tomará el acuerdo por mayoría" (25).

(25) "El sucesor en la titularidad de la explotación deberá efectuar el

La Ley 19/1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias, reconoce la insuficiente dimensión de muchas explotaciones como uno de los problemas que condicionan su viabilidad futura, y propone medidas para dinamizar los mercados de la tierra, para permitir un más fácil acceso a la propiedad y al arrendamiento (26). De este modo, se proponen incentivos fiscales a las transmisiones de fincas rústicas por compra, sucesión o donación, en el caso de constitución o consolidación de explotaciones prioritarias, al tiempo que se contemplan

pago del haber hereditario correspondiente a los demás coherederos en la explotación, en el plazo máximo de diez años, contados desde la apertura de la sucesión, debiendo abonar, al menos, el sesenta por ciento del haber durante los primeros cinco años". En el supuesto de que antes de transcurridos quince años desde la sucesión, la explotación fuera enajenada, expropiada o dejara de constituir la explotación familiar agraria del adjudicatario o sus sucesores, los legitimarios o, en su caso, los herederos abintestato distintos al que suceda en la titularidad de la explotación ostentarán frente a esta un derecho de reembolso. "En el caso de que no existan bienes independientes de la explotación familiar, o no sean éstos suficientes para el pago de las legítimas de los herederos que no reciban aquélla, la explotación quedará afecta a su pago total o parcial, hasta un límite máximo equivalente al tercio de su valor. Para garantizar el pago de las porciones legitimarias que afecten a la explotación familiar se establece hipoteca legal, cuya constitución podrá ser exigida por el heredero o herederos forzosos a quienes no hubiere correspondido suceder a su causante en la titularidad de la explotación". "La sucesión en la explotación podrá deferirse a favor de dos o más personas que reúnan las condiciones de esta Ley, cuando los elementos que se asignen a cada una de ellas sean suficientes para constituir otras tantas explotaciones familiares independientes. El colaborador que suceda en la explotación deberá compensar económicamente a los demás colaboradores por su dedicación a aquélla". "Cuando forme parte de una explotación familiar agraria una finca rústica arrendada, la sucesión en el arrendamiento se regirá por la presente Ley, con exclusión de la legislación arrendaticia rústica".

Caballero González, J. M., "Los colaboradores en el proyecto de Ley del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores", MAPA, 1982, pp. 95 y ss.; "Modernización de la explotación y de la actividad agraria", DAA, núm. 31, pp. 11 y ss.

(26) Carretero García, A., "Comentario a la ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias", ADC, abril-junio, 1998, pp. 671 a 696.

incentivos especiales en la transmisión íntegra de explotaciones, o cuando se efectúan en beneficio de agricultores jóvenes (27).

(27) Arts. 9 a 11, art. 20 y Disposición Adicional cuarta de dicha Ley.

En cuanto al patrimonio agrario en régimen de concesión puede verse la Disposición final segunda de la citada Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias: art. 32.1. "Por muerte del concesionario se transmitirá la concesión al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, siempre que esta última situación se demuestre fehacientemente y, en su defecto, a uno de los hijos o descendientes que sea agricultor. 2. Cuando existieren varios descendientes agricultores, sucederá en la concesión el que haya sido designado por el concesionario en testamento y, en su defecto, el elegido de común acuerdo entre ellos. Si no hubiese acuerdo se transmitirá al que viniere cooperando habitualmente en el cultivo de la explotación, y si fueren más de uno, será preferido el que hubiere cooperado durante más tiempo. 3. A los efectos de la partición de la herencia se considerará que sólo forma parte del caudal relicto por el concesionario el importe de lo que se determina en el apartado 3 del artículo 33. 4. En defecto de cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, ni hijos, ni descendientes, la concesión se transmitirá al designado por el concesionario en su testamento o al que fuere judicial o notarialmente declarado heredero, si fuere agricultor, y si lo fueren varios, se observará el orden de preferencia establecido en el apartado 2 de este artículo. 5. En todo caso deberá practicarse la notificación de la transmisión, a la que hace referencia el apartado 2 del artículo 31". Y en virtud del art. 35, "Por muerte del propietario la explotación no podrá ser objeto de división, y la transmisión «mortis causa» de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación".

La Disposición final segunda modifica la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en los siguientes términos: se modifican el apartado 3 del artículo 28, y los artículos 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, quedando redactados de la siguiente forma: Art. 28.3. "No será necesaria autorización para transmitir «inter vivos» la explotación en su integridad o gravar todo o parte de cualquiera de los elementos inmobiliarios que integran la misma, una vez que hayan transcurrido ocho años, a contar desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública de transmisión de su propiedad, siempre que se haya satisfecho la totalidad del precio que pudiera haber quedado aplazado. Los cambios de titularidad deberán hacerse constar en escritura pública". Art. 32, "1. Por muerte del concesionario se transmitirá la concesión al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, siempre que esta última situación se demuestre fehacientemente y, en su defecto, a uno de los hijos o descendientes que sea agricultor. 2. Cuando existieren varios descendientes agricultores, sucederá en la concesión el que haya sido

El art. 24 e) de la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, a propósito de la terminación del arrendamiento, expresa una preferencia por el joven agricultor. El arrendamiento termina por muerte del arrendatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos. En tal caso, a falta de designación expresa efectuada por el testador, tendrá preferencia el que tenga la condición de joven agricultor, y si hubiera varios, será preferente el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger entre ellos, por mayoría, al que se subrogará en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido. Si se da esta última circunstancia, será necesaria la correspondiente notificación por escrito al arrendador, en el plazo de un año desde el fallecimiento (28). Ello se

---

designado por el concesionario en testamento y, en su defecto, el elegido de común acuerdo entre ellos. Si no hubiese acuerdo se transmitirá al que viniere cooperando habitualmente en el cultivo de la explotación, y si fueren más de uno, será preferido el que hubiere cooperado durante más tiempo. 3. A los efectos de la partición de la herencia se considerará que sólo forma parte del caudal relicto por el concesionario el importe de lo que se determina en el apartado 3 del artículo 33. 4. En defecto de cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, ni hijos, ni descendientes, la concesión se transmitirá al designado por el concesionario en su testamento o al que fuere judicial o notarialmente declarado heredero, si fuere agricultor, y si lo fueren varios, se observará el orden de preferencia establecido en el apartado 2 de este artículo. 5. En todo caso deberá practicarse la notificación de la transmisión, a la que hace referencia el apartado 2 del artículo 31".

Y en virtud del art. 35, "Por muerte del propietario la explotación no podrá ser objeto de división, y la transmisión «mortis causa» de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación".

(28) El artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 preveía para la sucesión en el arrendamiento un orden de preferencia, salvo en el apartado d) del artículo 71, a favor del legitimario o cooperador de hecho en el cultivo de la finca que designe el arrendatario en su testamento; en segundo lugar el cónyuge supérstite no separado legalmente o de hecho; después, el heredero o legatario que al abrirse la herencia fuere subarrendatario de la finca o cooperador de hecho en su cultivo; y finalmente, cualquiera de los restantes herederos, pero debiendo ser el sucesor "profesional de la agricultura". Un precepto no exento de dificultades aplicativas, porque, qué se entiende por cooperador de hecho, ¿basta cualquier tipo de colaboración?, ¿y si el cooperador de hecho no es legitimario?, ¿y si resultase la empresa más rentable al continuar el heredero o legatario que al abrirse

relaciona con una de las principales preocupaciones de este texto, igual que se establecen algunas prioridades a favor del agricultor profesional (29), se trata de poner en juego algunos mecanismos en la regulación arrendaticia para coadyuvar a la "necesaria renovación generacional".

La crítica que se pudiera hacer a un orden prefijado reside en que puede frustrar la preferencia óptima, la solución óptima siempre sería a favor de aquel que garantice en cada caso la mejor rentabilidad en la continuación de la explotación.

Esta preferencia a favor del joven agricultor y entre varios el más antiguo, sin embargo, puede no ser la solución más realista en todas las situaciones; la eficiencia y rentabilidad de la empresa agraria requiere, al menos, propiciar la transmisión del arrendamiento a favor del sucesor con posibilidades ciertas de hacerse cargo del mismo, de asegurar las mejores condiciones de competitividad de la explotación; y en este orden de ideas cabría valorar la introducción de algún matiz en la regla para la elección del que se estime más cualificado.

Como se puede observar, el artículo 24 e) prescinde de la preferencia de género. Es una realidad que, con frecuencia, la mujer, cuando no es titular de una explotación (30), viene realizando también funciones y tareas en la explotación agraria, de hecho algunas legislaciones cuentan con un estatuto específico a favor del cónyuge colaborador de la explotación, y entre nosotros trata de hacerlo la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre Titularidad Compartida de las Explotaciones Agrarias. El legislador tenía fácil la posibilidad de haber optado por tener en cuenta esta preferencia por la mujer en la sucesión de la explotación, (31) pero el texto es

---

la herencia fuere subarrendatario de la finca, fuera o no cooperador de hecho?; y, en cualquier caso, si el objetivo es el mantenimiento unitario de la empresa no hay por qué exigir que el sucesor, fuera de las preferencias en el orden del parentesco, tenga que ser un profesional de la agricultura.

(29) *Vid.* Carretero García, A., *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en Derecho español y comunitario,* Comares, Granada, 2003.

(30) Más del 70 % de los titulares de explotación agraria son hombres, ocupando la proporción de mujeres titulares de una empresa agraria el 23 % total de la superficie.

(31) *Vid.* art. 1 de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias: "1. El objeto de esta Ley es la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias con el

muy significativo de su especial preocupación por la incorporación de los jóvenes a la agricultura.

En general, los criterios que han ido adoptando las sucesivas legislaciones a lo largo de las diversas reformas para la elección del sucesor, ya a favor del cooperador de hecho en la explotación, a favor del joven agricultor o de cualquier próximo parentesco, no están exentos de generar dificultades. No es fácil aportar un criterio sobre la elección del sucesor plenamente satisfactorio para garantizar la continuación rentable de la empresa, que no resulta una forma empresarial más en el mercado, porque la agricultura ocupa un sector estratégico; lo que explica que los mecanismos de transmisión unitaria hayan encontrado primeramente justificación en el ámbito agrario y en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, para extenderse posteriormente a otras formas de indivisión y a otras actividades empresariales. La crítica que se puede hacer a un orden preferencial reside en que puede frustrar la designación óptima, que solo la representa aquel que garantice en cada caso la mejor alternativa en la continuación de la explotación.

Por tanto, el sucesor debería garantizar una continuación viable de la empresa agraria y en el caso de que él no lo designe y se solicitase por los herederos, planteando demandas concurrenciales, por tanto, en caso de desacuerdo, en el juicio divisorio podría deferirse a quien asegure tal finalidad (32) y, mientras, si es el caso, ponerla en administración (33). Como nada impide su atribución en común, o una atribución preferencial en nuda propiedad o en usufructo, o

---

fin de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria. 2. En caso de no constitución de titularidad compartida, su objeto es la regulación de los derechos económicos generados a favor del cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, frente al titular de la explotación agraria, como contraprestación por su actividad agraria, efectiva y regular en la explotación, en la manera y con los efectos previstos en el capítulo IV de esta Ley".

(32) *Vid.* art. 1059 CC y arts. 782 y ss. de la LEC.

(33) *Vid.*, en el Derecho francés, arts. 831 y 832-3 *Code civil*. Sobre ello, Saint-Amand, P. J., "Le renforcement du champ d´application de l´attribution préférentielle", JCP N, 2006, 1300; así mismo, Le Guidec, R., "La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique", JCP G, 2006, I, 160; Crevel, S., "Le noveau régime de l´attribution préférentielle des biens agricoles", *Rev. de droit rural*, mai 2007, p. 19.

a través de un arrendamiento, aunque este no garantiza de igual modo que la adquisición en propiedad el no desmembramiento de la explotación (34).

Para asegurar la mejor continuación en la titularidad de la explotación cabe exceder el ámbito estrictamente familiar y adjudicarse a favor de un tercero que garantice simplemente la continuación en las mejores condiciones de viabilidad y sostenibilidad, como apuntan los últimos reglamentos comunitarios. Por lo tanto, el adjudicatario no tendría que ser necesariamente miembro en la indivisión, ni sería un requisito haber participado en la actividad agraria de esa explotación.

La transmisión de una explotación fuera del marco familiar impide el desmantelamiento de las explotaciones sin sucesor y que los jóvenes que se instalen fuera del marco familiar tengan que reconstruir una empresa a cada generación; por lo que, como expresa la Ley de orientación agraria francesa, de 5 de enero de 2006, se trata de promover la constitución de unidades económicas sólidas y autónomas y facilitar la transmisión en los momentos difíciles de cambios de titular, pasando de una "lógica patrimonial y familiar a una lógica empresarial" (35).

La importancia de la rentabilidad económica de la explotación agraria, más que cualquier otra consideración de orden familiar, dada la trascendencia y la especialidad de los fines que tiene la agricultura, hace que deba poderse adjudicar incluso a un extraño, a cualquiera que no sea legitimario (36); buena parte de la doctrina

(34) El régimen de la atribución preferencial del Derecho francés –por aplicación del art. 830 del *Code civil, "dans la formation et la composition des lots, on s'efforce d'éviter de diviser les unités économiques et autres ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait la dépréciation*– se aplica a las indivisiones sucesorias, de los arts. 832 y ss. del *Code civil*, a las indivisiones poscomunitarias, art. 1476 CC, a las indivisiones entre esposos con separación de bienes, art. 1542, y a las indivisiones postsocietarias, art. 1844-9 CC y art. L. 322-13 *C. rur.*

(35) Como expresa su Exposición de Motivos.

(36) El Derecho francés contempla expresamente, utilizando la vía del nuevo art. 815-5-1 del *Code civil*, introducido por la loi núm. 2009-626, de 12 de mayo de 2009, la venta de la empresa a un tercero; permitiendo obtener en determinadas condiciones, a petición de comuneros titulares de al menos 2/3 de los derechos indivisos, la autorización judicial para vender un bien indiviso.

entiende que la amplia redacción del art. 1056 CC parece permitir que la empresa o el conjunto de participaciones o acciones de la sociedad de capital puedan adjudicarse, en efecto, a cualquier persona; así, Fernández-Tresguerres manifiesta que "cualquier testador que deba pagar derechos legitimarios… podrá hacer uso de esta facultad si concurren los restantes requisitos establecidos en el precepto. El testador puede designar heredero a cualquier persona, no necesariamente descendientes, incluso a un extraño, quedando en virtud de este precepto facultado para el pago a todo interesado en la sucesión" (37). Si bien, no faltan autores que, fijándose en que "la Ley 7/2003… tiene por trasfondo y eje la empresa familiar… una interpretación que propiciara la transmisión de la propiedad fuera de la familia (entienden) resultaría ilógica" (38). Pero conviene tener presente a este respecto que hay determinados sectores de la economía, como el sector agrario, donde la rentabilidad es más importante que cualesquiera otras consideraciones. En este sentido,

(37) Fernández-Tresguerres García, A., "La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La Sociedad Familiar", *La Ley*, núm. 5939, 23 de enero de 2004; en igual sentido, Millán Salas, F., "La partición hecha por el testador al amparo del nuevo art. 1056.2 del Código civil", AC, 2003-4, p. 1183. *Vid.* también Ripoll Soler, A., "El art. 1056.2 CC: tradición sucesoria y vanguardia societaria al servicio de la empresa familiar", *La Notaría*, núm. 13, enero 2005, p. 22, "cualquiera puede ser beneficiario de la disposición del art. 1056.2 sin necesidad de que exista vínculo de parentesco. Es más puede serlo un tercero que ni siquiera sea un heredero … cuando el art. 1271 excepciona de los contratos sobre la herencia futura yuxtapone la partición de un caudal a otras disposiciones particionales, lógicamente si la partición de un caudal era el ámbito objetivo del 1256 antes de la reforma, otras disposiciones particionales es lo que se añade y lo que delimita y determina la nueva facultad configurada por el legislador de 2003".

(38) Así, Palazón Garrido, M. L., "La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código civil", en Sánchez Calero, F. J.–García Pérez, R. (coords.), *Protección del patrimonio familiar,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 316 y ss.; Torres García, T. F., "Una aproximación al artículo 1056.II Código civil (Posible sucesión mortis causa de la empresa)", *Homenaje al Prof. M. Cuadrado Iglesias*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 1665, comentando la posición jurídica del adjudicatario y los demás interesados, expresa que "excluidos los extraños, como posibles destinatarios necesariamente ha de ser adjudicada la explotación económica o las acciones a un legitimario".

el interés de la familia y la conservación de la empresa, que están presentes en el art. 1056.2 del CC, no pueden tener el mismo valor, al menos si se piensa en el principio de la competitividad y en la riqueza nacional.

IV. La atribución unitaria y preferente a favor de un determinado sucesor se justifica claramente cuando la explotación está en actividad, porque constituya una unidad económica o una unidad de producción (39), pero también debería contemplarse cuando se pretenda aglutinar bienes con vocación agraria, en una futura estructura con finalidad mercantil; es decir, bienes autónomos y económicamente viables según parámetros actuales, o con posibilidades de ponerse al servicio de una actividad agraria para que esta se cree al fallecimiento del causante, pudiéndose conseguir el mismo efecto si parte de los bienes de naturaleza agraria se unen a los ya propios para constituir una explotación agraria; nada impediría que en el testamento el causante hubiera determinado la aplicación de la atribución preferencial a pesar de la falta de dicha unidad económica, o respecto de un conjunto que fue calificado de agrario y que en el momento de su fallecimiento lo dejó completamente abandonado, pero sirve a tales objetivos, que sería puesto en marcha por el suce-

(39) Barabé-Bouchard, V./Hérail, M., *Droit rural*, ed. Ellipses, París, 2007, p. 92, "los bienes deben formar un conjunto coherente económicamente, lo que el antiguo art. 832 del *Code civil* traducía por la exigencia de que la explotación referida constituya una unidad económica. Esta exigencia ha desaparecido de la letra del nuevo art. 831 de la Ley de 23 de junio de 2006, pero no su espíritu, porque ello queda sobreentendido por la exigencia de una verdadera empresa. La apreciación de esta unidad es bastante flexible, porque no se hace sobre la única consideración de los bienes objeto de la solicitud, sino también teniendo en cuenta bienes que pertenecen ya al peticionario o al cónyuge".

Catala, P., "Attribution préférentielle", *J. Classeur*, *Code civil*, 2007, p. 8, "la empresa susceptible de atribución debe simplemente comportar una cierta consistencia material y jurídica que caracterice su existencia en el sentido de la ley". En la p. 9 del mismo texto puede verse jurisprudencia advirtiendo que la viabilidad de una explotación agrícola no es una condición legal de la atribución preferencial.

sor (40). Al referirse a estas condiciones se entiende que se deben incorporar todos los elementos, corporales o incorporales, mobiliarios o inmobiliarios, afectos a la constitución o inminente existencia de la empresa agraria (41).

De otro lado, el mantenimiento de la unidad en el momento de la sucesión *mortis causa* no significa que no pueda el testador haber dispuesto la parcelación de la explotación, dando lugar a varias empresas agrarias, otorgándolas a varios coherederos; en el Derecho agrario esto se justifica especialmente bien por la diversidad de conjuntos concurrenciales que forman parte del objetivo común, así estarían las empresas de transformación o las de comercialización... y por la ampliación del número de actividades conexas (42). La idea sirve también para evitar los problemas del pago de las legítimas, las cuestiones en torno a los plazos para hacerlas efectivas (43) y su posible fraccionamiento o no (44).

(40) El art. 1056.2 del CC, respecto de la explotación económica, presupone la existencia de la empresa como tal, definitivamente organizada.

(41) Para la aplicación de esta atribución preferente en el Derecho francés se hace una especial distinción en función de su superficie, que distingue, cuando no excede de una cierta superficie la atribución preferencial es de derecho (art. 832-1 *Code civil*), y facultativa en otro caso (art. 832-3).

(42) *Vid.* Russo, L., "Patto di famiglia e azienda agricola", *Riv. Dir. Civ.*, 2007, p. 326, sobre el cambio de calificación jurídica con posterioridad a su cesión.

(43) *Vid.* art. 828 del *Code civil: "Lorsque le débiteur d'une soulte a obtenu des délais de paiement et que, par suite des circonstances économiques, la valeur des biens qui lui sont échus a augmenté ou diminué de plus du quart depuis le partage, les sommes restant dues augmentent ou diminuent dans la même proportion, sauf exclusion de cette variation par les parties".*

(44) En el art. 832-4 del *Code civil* está previsto que *"Les biens faisant l'objet de l'attribution sont estimés à leur valeur à la date fixée conformément à l'article 829. Sauf accord amiable entre les copartageants, la soulte éventuellement due est payable comptant. Toutefois, dans les cas prévus aux articles 831-3 et 832, l'attributaire peut exiger de ses copartageants, pour le paiement d'une fraction de la soulte, égale au plus à la moitié, des délais ne pouvant excéder dix ans. Sauf convention contraire, les sommes restant dues portent intérêt au taux légal. En cas de vente de la totalité des biens attribués, la fraction de la soulte y afférente devient immédiatement exigible; en cas de ventes partielles, le produit de ces ventes est versé aux copartageants et imputé sur la fraction de la soulte encore due".*

La idea de la figura del *fonds agricole* del Derecho francés, definida como el conjunto de bienes necesarios para el ejercicio de la actividad agraria con un estatuto particular que consagra una unidad económica, también podría formar parte de la atribución preferencial de manera independiente. El reconocimiento de esta opción como medio para transmitir más fácilmente este conjunto afecta, por tanto, a la modalidad *mortis causa* (45).

V. Si lo justifica el interés de la explotación, se determinaría un plazo en el que esta se pudiera mantener sin asunción concreta por el definitivo sucesor, bien porque a quien correspondiera asumirla no pudiera llevar a cabo la actividad durante un tiempo, por garantizar mejor el valor de los bienes de la empresa agraria, o por cualesquiera otras circunstancias, para lo que se adoptarían medidas provisionales para la explotación (46). Este mismo mecanismo debería hacer posible a la vez el mantenimiento en la indivisión y la escisión parcial de la empresa, si fuera el caso, para dar lugar a otra explotación agraria (47).

Un administrador se encargaría de preparar la empresa para su destino final. Los arts. 812 a 812-7 del *Code civil* contemplan expre-

(45) El *fonds agricole* "permite identificar el valor económico de la explotación, clarificar los vínculos entre el patrimonio privado y profesional y *facilitar las transmisiones de explotaciones*", Deswarte, Ph., "Pourquoi le fonds agricole ne se développe-t-il pas?", *Rev. Droit rural*, 2009, dossier 3, doc. 562; "Hay una voluntad de crear una unidad jurídica de la explotación agraria o de la empresa no como sujeto de derecho sino como objeto de derecho *con el objeto de facilitar la trasmisión de las explotaciones agrícolas*", Bosse-Platière, H., "De l´exploitation à l´entreprise agricole. Regards sur la loi d´orientation agricole du 5 janvier 2006", *Rev. Droit rural,* 2007, étude 17.

(46) Posibilidad a la que se refieren ampliamente Sebillote-Legris, J./ Quilici, S., "Entreprise, indivisión et démembrement de propriété", JCP N, núm. 38, 2006, 1299.

Vid. arts. 820-824 del *Code civil*.

(47) El art. 4.3 de la Ley de modernización de explotaciones agrarias de 1995, refiriéndose a las explotaciones agrarias que pertenezcan a una comunidad hereditaria, contempla el supuesto del pacto de indivisión por un periodo mínimo de seis años, respecto de su consideración de explotación prioritaria.

samente la figura del mandato póstumo (48), como desarrollo del contrato de mandato, previsto para el supuesto de un patrimonio complejo, como las situaciones que comprendan una empresa, o cuando los herederos son demasiado jóvenes o inexpertos, cuando haya herederos con discapacidad o para los supuestos de desacuerdo familiar; a estos efectos, el causante ha podido designar uno o varios mandatarios encargados de administrar o de gestionar, para después de su fallecimiento, todo o parte del patrimonio hereditario por cuenta y en interés de uno o varios herederos concretos, debiendo rendir cuentas de su gestión a los herederos. La duración de este mandato en el Derecho francés no puede exceder, en principio, de dos años, a contar desde la muerte del mandante, siendo prorrogable, por una o varias veces, judicialmente. Tratándose de una explotación agrícola el interés es evidente, pues permite considerar la cesión de la explotación en las mejores condiciones; permite, así, a los herederos llegar a la edad o a las competencias necesarias, como en el caso del joven agricultor que no está en condiciones todavía de asegurar la gestión de la empresa, a la espera, por tanto, de una cesión oportuna (49).

(48) Se contemplan tres variedades de mandato para la administración de la sucesión: el mandato con efecto póstumo, el mandato convencional y el mandato sucesorio judicial.

(49) Este instrumento –comenta Martin, J., "La transmission de l´entreprise agricole… en faire-valoir indirect", *Rev. de Droit rural*, núm. 369, 2009, doss. 11– ha sido expresamente previsto por el legislador francés en las hipótesis en las que los bienes transmitidos por causa de muerte comprenden una empresa. Se dispone, de este modo, de otros instrumentos, además de los clásicos que proporciona el Derecho de sociedades, vinculado específicamente a atender el interés de la sucesión –art. 785 *Code civil*–, garantizando a corto plazo la continuación de la empresa en las mejores condiciones dependientes de la sucesión, hasta el punto que de gestión fiducia lo califican Prieur, J./Clermon, M., "La gestión de l´entreprise par un mandataire", JCP N, núm. 38, 2006, 1297.

Cabe también el mandato convencional entre herederos de común acuerdo (arts. 1984 a 2010 *Code civil*), y el mandato judicial (art. 813 *Code civil*). Como señala Levillain, N., "Loi du 23 juin 2006: principales nouveautés relatives aux successions", JCP N, 2006, act. 446, el legislador francés ha querido aumentar el recurso al mandato de gestión. Práctica que se completa, sin duda, con la loi núm. 2007-308, de 5 de marzo de 2007, reguladora del mandato de protección futura, cuya utilización no sería descartable en las condiciones particulares que establece la misma para los casos de gestión

La utilización del *trust* para estos supuestos se adaptaría mejor y permite mayor versatilidad que la simple institución del mandato, por ejemplo, que por su propia naturaleza se sujeta a ciertas limitaciones; de esta manera, la propia regulación francesa exige que este mandatario no pueda efectuar más que actos conservativos del art. 784 del *Code civil* o de administración provisional en tanto que ningún heredero haya aceptado la sucesión, lo que puede resultar contrario a las actuaciones requeridas para la mejor eficiencia de la marcha de la empresa, de igual modo que por ello su actuación puede ser poco efectiva en los casos de sucesiones contenciosas.

Si el adjudicatario ya hubiera venido participando en la empresa continuaría en la gestión sin que ello pudiera interpretarse necesariamente como una aceptación tácita, con independencia del tipo de actos y operaciones corrientes necesarias que necesitara realizar para el desarrollo de las actividades mercantiles (50).

---

de la explotación agraria. A esta relación se refiere Pernaza, F., "Les relations juridiques à l´épreuve du vieillissement dans le système juridique italien", *Droit et vieillissement de la personne,* sous la direction de J. R. Binet, Actes du colloque Facultè de droit et de science économique de Besançon 18 y 19 octobre, 2007, Litec, París, 2008, pp. 224 y ss.

Leprovaux, J., "La place de la famille dans la mise en oeuvre du mandat de la protection future et du mandat à effect posthume", RJPF, 2006, núm. 9, p. 6; Mallet, E., "Le mandate à effect posthume. Formules", JCP N, 2006, 1372.

(50) Expresamente en el Derecho francés se contempla que *"le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité: 1.° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis; 2.° Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration; 3.° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision; 4.° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers. Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3.°. Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux"* (art. 815-3 CC).

VI. La doctrina agrarista ha venido valorando como opción que puede reducir los conflictos en la transmisión *mortis causa* de la empresa agraria la figura de los pactos sucesorios; la contractualización aporta en algunos supuestos una respuesta a los problemas que suele plantear la sucesión de la explotación (51), y cualquiera de estos instrumentos atribuye, para su éxito, una función considerable a la tarea asesora del notario. Si la sucesión no se prepara puede revelarse difícil frente a determinadas situaciones.

El sistema necesita una amplia oferta de instituciones para favorecer las atribuciones preferenciales (52). El legislador es consciente de la necesidad de instrumentos alternativos de transmisión de la riqueza.

En este ámbito, nuestra doctrina había recomendado vivamente el desarrollo de las facilidades de la sucesión contractual en forma indirecta, aprovechando también las posibilidades de desarrollo sistemático de las normas del Código Civil "de acuerdo con los precedentes del antiguo Derecho de Castilla" (53). "Tradicionalmente los pactos sucesorios fueron el mecanismo de cohesión de la explotación familiar agraria" (54). Los arts. 1341.2, 831 y 841 del CC

(51) Ferrer Vanrell, M. P., "Los protocolos familiares y la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios", AC, núm. 12, 2009, "esta es una cuestión principal porque una de las causas de la disolución de las empresas familiares es la sucesión; esta preocupación está plasmada en el Foro de Lille… (recomendándose en dicho Foro) la supresión de las prohibiciones legales de los pactos sucesorios, por ser un instrumento que facilita la continuidad de la empresa familiar… Las reformas del Código civil, en esta materia, han sido escasas… estas modificaciones no allanan el problema de la revocabilidad de las disposiciones *mortis causa*, porque la modificación del segundo párrafo del art. 1271 no ha abierto la posibilidad de los pactos sucesorios".

Simó Santonja, V., *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

(52) *Vid.* Cerdá Gimeno, J., "De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar", RJN, núm. 62, 2007, pp. 89-144.

(53) De los Mozos y de los Mozos, J. L., *La sucesión en el Derecho agrario*, Madrid, 1977, p. 287; del mismo autor, "Hacia un Derecho agrario sucesorio (aspectos de la conservación de la explotación en el CC, en los Derechos forales y en el Derecho de colonización)", ADC, 1974, pp. 523 y ss.

(54) Ferrer Vanrell, M. P., "Los protocolos familiares y la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios", AC, núm. 12, 2009; Serrano de Nicolás, A., "Pactos

militan en la misma línea en cuanto a la consideración de los bienes futuros, y Ballarín Marcial, entre otros, contempla el art. 1056.2 CC como "un ejemplo más, excepcional también, de contrato sucesorio" (55), y ello "por la necesidad en la que se encuentra todo intérprete de dar algún sentido y utilidad a la norma que interpreta… nos hallamos en un momento especialmente delicado por lo que se refiere a las estructuras agrarias… todo lo cual debe llevar al intérprete a plantearse de un modo muy distinto la valoración del precepto y su interpretación a fin de lograr que sirva a aquellas reformas que son las demandadas en este momento por la ciencia agroeconómica"; insistiendo que su dicción literal, así como el interés público en el llamado principio de conservación de la empresa, permiten sostener la admisión del contrato sucesorio como excepción en dicho precepto (56). Como sabemos, bien presentes han estado en este tema los debates doctrinales. Pero, para Roca Sastre, "es inútil construir sobre la base del Código civil una doctrina general sobre el contrato sucesorio" (57). Por lo que la propuesta ha sido la aproximación en esta materia del Derecho común a la regulación de los territorios con Derecho civil propio, es decir, el mismo planteamiento para los pactos sucesorios o la sucesión contractual y la posibilidad del testamento mancomunado también en el Derecho común (58).

---

sucesorios de atribución particular: su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código civil de Cataluña", *Rev. general de Derecho romano,* 2011, pp. 11, 20, 24, los pactos de atribución particular son la vía más propia para ordenar la sucesión respecto de la empresa o negocio familiar.

(55) Ballarín Marcial, A., Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación con el título *La modernización jurídica de la agricultura y del desarrollo rural.*

(56) Ballarín Marcial, A., "La sucesión mortis causa en la explotación agraria", RDAA, núm. 36, 2000, p. 30, "el hijo que haya llevado o participado en la llevanza de la explotación tiene un derecho de atribución respecto de sus hermanos", donde defiende que el padre puede atribuirla por contrato sucesorio incluso a uno solo de sus hijos.

(57) Roca Sastre, R., "Anotaciones", en Ennecerus, Kipp y Wolf, *Tratado de Derecho civil*, Derecho de sucesiones, V-II, Barcelona, 1951, p. 218.

(58) Así, entre otros, García Vicente, J. R., "El testamento mancomunado. Razones para la derogación del art. 699 del CC", *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil,* Murcia, 2006, pp. 289-298.

Recientemente se han ido poniendo de relieve por la doctrina las innumerables dificultades del Protocolo Familiar (59) cuando pretende imponer obligaciones de testar (60); así, destaca Tena Arregui que "mientras subsista la prohibición del pacto sucesorio en el Derecho común las disposiciones testamentarias que se incumplan o no respeten los pactos del Protocolo Familiar son plenamente válidas y eficaces" (61), y Huerta Trólez (62) considera las disposiciones de testar nulas y sin efecto alguno (63). En todo caso, para una ver-

(59) Para su definición puede verse el art. 2 del RD 171/2007; así mismo, Carballo Casado, C., "Aspectos tributarios del patrimonio familiar", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, dir. Martínez Díe, Consejo General del Notariado y Edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 115; Gomá Lanzón, I., "El Protocolo Familiar", en la misma obra, pp. 127 y 137.

(60) Ferrer Vanrell, M. P., "Los protocolos familiares y la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios", AC, núm. 12, 2009, ep. I,1), "este importante aspecto sucesorio del Protocolo Familiar… puede obtener mejor resultado en el ámbito de los pactos sucesorios en los derechos civiles territoriales que lo admitan… La sucesión contractual es el elemento idóneo para facilitar la continuidad de la empresa familiar al designar de forma irrevocable al sucesor, al margen del Protocolo Familiar. En concreto, las instituciones sucesorias propias de la Compilación balear sobre sucesión contractual son las adecuadas para conseguir los objetivos perseguidos". *Vid.*, así mismo, Egea Fernández, J., "Protocolo familiar y pactos sucesorios (La proyectada reforma de los heredamientos)", *Indret*, 2007, p. 7, "el protocolo es un instrumento muy útil… pero hay que tener en cuenta que es, a la vez, un documento jurídicamente incompleto, que necesita de un desarrollo posterior"; Vicent Chuliá, F., "Organización jurídica de la empresa agraria familiar", *Rev. de Der. patrimonial*, 5/2000.

(61) Tena Arregui, R., "Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, dir. Martínez Díe, Consejo General del Notariado y Edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 64.

(62) Huerta Trólez, A., "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio", *Rev. jur. general, Bol. del ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* núm. 27, 2003, p. 100; en el mismo sentido, Gomá Lanzón, I., "El Protocolo Familiar", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, dir. Martínez Díe, Consejo General del Notariado y Edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 164.

(63) *Vid.*, por su parte, Ripoll Soler, A., "El art. 1056.2 CC: tradición sucesoria y vanguardia societaria al servicio de la empresa familiar", cit., p. 23, "el art. 1056.2 es justo reflejo del art. 1271 CC. Ambas normas deben

dadera utilidad de un pacto de esta naturaleza no parece suficiente ni siquiera que hagan referencia a la transmisión *mortis causa* de la empresa o del control del grupo refrendando su validez siempre que vayan acompañados u homologados del correspondiente testamento, y mayor utilidad tendrían si pudieran referirse al mismo tiempo a la universalidad de la herencia, y, por tanto, no solo a unos derechos existentes en la misma.

Cierto sector doctrinal reiteradamente ha sugerido la renovación del marco normativo del Derecho de sucesiones, relacionándolo con la libertad de disposición del causante, y con el aseguramiento de un margen de actuación personal lo más amplio posible, si bien, no parece que puedan eliminarse todo tipo de límites en la libertad de testar sin afectar al principio de justicia o a la protección de los derechos de familia; así mismo, se ha venido insistiendo en un mayor elenco de instrumentos formales aptos para determinar el destino de los bienes para después de la muerte (64), o, incluso, antes, en consideración a esta (65).

En algunos supuestos, las necesidades del ámbito agrario pueden encontrar cierto acomodo en el desarrollo del sistema contractual (66). Si bien, nada como el *trust* permitiría el doble objetivo de la

---

verse desde la perspectiva del llamado protocolo familiar", "la nueva solución legal implica la admisión de la posibilidad de que un pacto que afecte a la transmisión mortis causa de la empresa forme parte del protocolo familiar".

(64) Sánchez Aristi, R., "Propuesta para una reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios", *Derecho de sucesiones, presente y futuro, XII Jornadas de la APDC*, Murcia, 2006, pp. 477 y ss., donde presenta un texto de reforma para la incorporación del pacto sucesorio.

(65) Para Pacheco Caballero, F. L., "Para después de los días y no de otra manera. Origen y desarrollo de la sucesión contractual en Aragón", *Initium, Rev. Catalana d´historia del Dret*, 2007, p. 144, el desarrollo de formas de sucesión contractual dirigidas a que parte del patrimonio o un bien determinado permanezca indivisible a favor de uno de los descendientes debe implicar también una reducción significativa de la parte de legítima.

(66) Lewkowicz, G./Xifaras, M., "Repenser le contrat, Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles", en *Repenser le contrat*, VVAA, dir. Lewkowicz/Xifaras, Dalloz, París, 2010, p. 1, el contrato es un instrumento contractual decisivo, es un verdadero instrumento de gobierno, hasta el punto de que es corriente evocar un movimiento expansivo de contractualización. A lo que cabe añadir que la complejidad del régimen de determinadas instituciones, o su inadaptación a las necesidades actuales y la frecuencia de regulaciones lagunosas ha conducido a la omnipresencia del contrato. *Vid.*

clarificación entre el patrimonio profesional del agricultor y el patrimonio personal y el mantenimiento de la unidad de la explotación en los momentos de la transmisión; encontrando en este ámbito otra de sus mejores utilidades (67).

VII. El Derecho italiano regula de manera específica *il patto di famiglia*, tomando en cuenta la existencia únicamente de una empresa y en torno a ella configura un régimen jurídico particular, derogando determinados principios del Derecho sucesorio ordinario (68). El objetivo: resolver el problema que generan en el momento trascendental del traspaso seis millones de empresas, de la cuales el 92 % son de carácter familiar, el 50 % se extinguen con la segunda generación y solo el 15 % supera la tercera generación (69).

---

también Arnaud, A., *Entre modernité et mondialisation, Leçons d´histoire de la philosophie du droit et de l´État*, París, LGDJ, 2004, pp. 257 y ss.

(67) "El sistema está claramente colisionando con las nuevas instancias y las nuevas exigencias que se manifiestan en un cuadro de progreso que podrá fácilmente definirse como proceso de comercialización del Derecho privado en general y del Derecho sucesorio en particular", Calderini, V., "Profili del trasferimento dell´azienda nel patto di famiglia", *Rass. di dottrina e di giurisprudenza civ.*, 2008-1, p. 33.

(68) Al *pacte de famille* se refiere en Derecho francés, entre otros, Le Guidec, R., "La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique", JCP G, 2006, I, 160.

(69) Reconocido en Italia mediante la *legge 14 febbraio 2006*, n. 55, donde se ha implantado con carácter general para cumplir con la misma filosofía con relación a cualquier tipo de empresa. No obstante, por el momento no es un instrumento muy utilizado, pese a que despertó de inmediato el interés de toda la doctrina. Una completa referencia bibliográfica en Di Sapio, A., "Costruzione, decostruzione e ricostruzione del patto di famiglia dalla prospettiva notarile", *Vita notarile*, II, 2008, pp. 1648 y ss.; un compendio de las diversas interpretaciones doctrinales en Donegana, L., "Casi e problema di interesse notarile-Documenti-Attualità", *Riv. del notariato*, núm. 62, 2008, pp. 965 y ss.

De otro lado, el *patto di familia* del Derecho italiano se distingue del *masso chiuso* y del compendio único, a pesar de que tengan la misma finalidad de evitar la fragmentación, si bien los tres pueden combinarse para dar la respuesta práctica a los diferentes problemas del ámbito rural. Sobre las diferencias entre estas figuras, véase Guzzon, M. C., "Applicabilità del patto di familia all´impresa agrícola", *Agricoltura*, núm. 2009, pp. 10 y ss.

El pacto de familia (70) puede estar configurado como un contrato por el cual el propietario o titular de la explotación agraria (71) (72) transfiere en todo o en parte la empresa (73) a uno o más descendientes, al cónyuge o a un tercero (74), con efectos *inter vivos* o *mortis causa*; con efectos, por tanto, inmediatos o diferidos al momento de la muerte del disponente (75); pudiendo modularse

---

(70) Que sería un tipo de pacto sucesorio, entendiendo por tal "toda convención que tenga por objeto la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos relativos a una sucesión todavía no abierta y que haga surgir un *vinculum iuris* del cual la sucesiva disposición testamentaria represente el cumplimiento", Cass. 6.1.1981, n. 63, in *Giust. Civ. Mass*., 1981.

(71) En el caso de bien en comunidad con el cónyuge participan ambos en la misma posición y con la misma función, a través del mismo pacto de familia único.

(72) El art. 768 bis del *Codice civile* italiano utiliza el término empresario no en sentido técnico o estricto. En este sentido, Balestra, L., "Il patto di familia", *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 29, expresa que la circunstancia de que la nueva normativa explícitamente califique al disponente como empresario no puede inducir a excluir la configurabilidad de un pacto de familia cuando el titular no sea un empresario, como sucede en el caso de arriendo de la *azienda*, puesto que lo que viene en consideración por el pacto de familia es el bien y no la específica cualidad del titular, por tanto, la función propia de este pacto.

(73) La regulación italiana del pacto de familia se refiere también a las participaciones societarias, pero esto puede encontrar solución fácilmente a través del Derecho societario, por tanto, para este caso no se hace tan imprescindible este instrumento, en cuanto pueden encontrar mejor solución en el ámbito simplemente de la regulación del Derecho mercantil; por otro lado, plantea la duda de qué tipo deban ser estas participaciones, si de control o gestión empresarial o cuotas de inversión…; y al mismo tiempo, para algunos casos, puede ser un problema para el propio pacto de familia cuando cláusulas estatutarias subordinen la trasferencia de acciones a ciertas limitaciones, como acuerdos de los órganos sociales o de determinados tipos de socios.

Un análisis de la regulación italiana en Cian, M., "La nozione di partecipazione societarie nella disciplina dei patti di famiglia", *Rivista di Diritto societario*, 2008/4, pp. 767 y ss.; Palazzo, A., "La circolazione delle partecipazioni societarie e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria", *Riv. Not.*, 2007, I, pp. 1375 y ss.

(74) El art. 768 bis del *Codice civile* se limita a los descendientes, a uno o más descendientes.

Vid. art. 431-2 del *Codi civil.*

(75) *Vid.* art. 431-29 del *Codi civil,* en el caso de que la transmisión

con relación a las diversas instancias a las que interese responder o en función de las necesidades concretas de cada caso (76) (77).

Su objetivo es garantizar, al mismo tiempo, el traspaso generacional de la empresa (78) y el mantenimiento de su unidad.

Con independencia de su tipo de eficacia, no es incompatible con una política de créditos y ayudas económicas que no podrían ser vistas como una carga presupuestaria, en cuanto que lo que produciría, precisamente, es la liberación de partidas públicas más onerosas, como hemos apuntado.

Este acuerdo no impediría, a falta de un descendiente que pudiera continuar con garantías al frente de la explotación, la posibilidad de decidir a favor de un tercero persona física o jurídica, o la aportación a una sociedad y, por tanto, la explotación indirecta o la agrupación agrícola para la explotación en común, como podría atribuirse a un heredero o varios en arrendamiento o transmitir la nuda propiedad con reserva del usufructo. El pacto debe permitir el mayor juego posible a los intereses del titular actual de la explotación. Y aunque se

---

de las atribuciones particulares se realice en el momento del otorgamiento se considera una donación. De otro lado, en el caso de atribución particular el otorgante limita su facultad de disposición, pudiendo disponer de estos bienes con el consentimiento del favorecido cuando tenga la condición de parte en el pacto; si se trata de terceros no otorgantes –*vid.* art. 431-2– no adquieren ningún derecho hasta el momento de la muerte del causante –art. 431-3.

(76) *Vid.* art. 431-6.1 del CC de Cataluña, sobre la necesidad de establecer la finalidad de la atribución particular y posibilidad de imponerle cargas al favorecido, Serrano de Nicolás, A., "Pactos sucesorios de atribución particular: su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código civil de Cataluña", *Rev. general de Derecho romano*, 2011, p. 24. Siendo una de las posibilidades de revocación el incumplimiento de las cargas o imposibilidad de alcanzar la finalidad del pacto. Sobre modificación y resolución de los pactos sucesorios, incluso de los de atribución particular, *vid.,* del mismo autor, pp. 32 y ss.

(77) *Atto pubblico*, exige el art. 768 ter *Codice civile. "Documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altre pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l´atto è formato"* (art. 2699 CC).

(78) "Instrumento jurídico de gestión del traspaso generacional", como lo llaman Macchia, E./Vedana, F., "Il patto di familia: caratteristiche del nuovo instituto e possibile ruolo della società fiduciaria", *Trust e attività fiduciaria*, aprile, 2007, p. 317.

pudiera entender, cuando se hace referencia a la empresa, que debe estar operativa y no tratarse, por tanto, de bienes productivos inutilizados, tratándose de bienes agrícolas debería poderse aplicar cuando haya una capacidad productiva potencial.

Ello se puede tratar como anticipación sobre todo el patrimonio o refiriéndolo a una determinada categoría de bienes: la empresa, y en concreto a la empresa o explotación agraria (79).

A su vez, la modalidad de la forma mercantil de la empresa puede encontrar soluciones a los problemas de traspaso generacional en el ámbito del Derecho de sociedades, si bien no sea lo mismo el problema de la sucesión del empresario individual que el de una sociedad (80).

En cuanto a los intervinientes en el contrato, habría varias alternativas: en cualquier caso, siempre el disponente, titular de la explotación agraria, y aquel a quien se hace la designación; la opción es la participación o no de los que sean legitimarios en el momento que se abriera la sucesión del patrimonio del empresario (81). Si estos intervienen, en todo caso, el pacto supone el acuerdo de los participantes, no sobre la asignación de la explotación, el disponente es libre de transferir a quien cumpla las condiciones suficientes, sino sobre la atribución y valoración de los bienes y de las cuotas de liquidación (82). En este último caso, el acto tendría un carácter divisorio y liquidatorio; los no beneficiarios, a los que no se les ha asignado la sucesión en la explotación, intervendrían en el acto a los fines de fijar los valores de la liquidación, si bien, referente al único bien al que se refiere el pacto: la empresa agraria; es decir, no se satisface la cuota de legítima completa, sino la parte que a cada uno de los legitimarios corresponde o les correspondería respecto

(79) Para "optimizar las propias exigencias de redistribución de la riqueza productiva familiar", con palabras de Avagliano, M., "Patti di familia e impresa", *Familia*, 2006, p. 807.

(80) "La trasferencia de la *azienda* o de las participaciones societarias debe ser compatible con las disposiciones en materia de empresa familiar en el respeto de las diferentes tipologías societarias" (art. 768 bis *Codice civile*).

(81) Aquí utilizamos el término empresario no en sentido técnico, sino como titular de la explotación.

(82) Para el caso de que interviniera un menor, incapacitado o incapaz sería necesaria autorización judicial para cualquier tipo de renuncia que no estuviera debidamente compensada.

del bien objeto del pacto de familia. Podría concebirse que los no asignatarios también puedan intervenir para renunciar a su parte en relación con este bien considerado (83), como solidaridad familiar para facilitar la transmisión a favor de uno de ellos y para facilitar la continuación de la actividad agraria. Facilitaría la operación que los bienes recibidos no estuvieran sujetos ni a colación ni sometidos a la acción de reducción; con lo cual, el legislador tendría que decidir si el pacto de familia y la sucesión ordinaria son dos masas diversas del todo autónomas.

Los no asignatarios también tendrían la facultad, a través de un negocio sucesivo, de adherirse al pacto, con lo que tendría la misma eficacia vinculante que en el primer caso; así, la asignación a los legitimarios no destinatarios de la empresa puede venir dispuesta en un sucesivo contrato expresamente vinculado al pacto de familia.

En su caso, la liquidación a los otros herederos forzosos se haría con una suma de dinero o con bienes por el valor de su cuota de legítima, en relación con el valor de la empresa; lo que podría estar a cargo del propio disponente o por parte del mismo designado adjudicatario; en este último supuesto es cuando la política de créditos o el plan de ayudas estatales a la instalación favorecen la posibilidad de que uno de los descendientes pueda asumir la titularidad de la explotación, porque le resulta factible el pago al resto de legitimarios.

Si se hace obligatoria la intervención de los legitimarios existentes al momento de la realización del pacto, los no participantes se refieren a los que vengan después, que pueden obtener el pago del valor de sus cuotas, pero solo a la apertura de la sucesión. Si cuando se abra la sucesión del empresario hay nuevos legitimarios, estos podrían pedir su cuota correspondiente de legítima, pero que puedan impugnar el pacto de familia en el caso de que se desatiendan sus derechos depende de si el legislador decide hacer comunicantes ambas masas patrimoniales, así debería ser teniendo en cuenta el principio de igualdad entre todos los legitimarios (84).

(83) El art. 768 *quater*, párr. 2.º, del *Codice civile*, prevé la posible renuncia de los participantes no asignatarios de la *azienda* a la liquidación de la cuota o de parte de ella, referida a la entidad del actual patrimonio que está tomando en consideración dicho pacto.

(84) *Vid.* en el Derecho italiano el art. 768 *sexies Codice civile*.

La intervención de todos los legitimarios existentes al momento de la firma del acuerdo o de todos los implicados sería la mejor opción a efectos de evitar futuros conflictos que puedan comprometer el buen funcionamiento y la marcha de la actividad empresarial agraria, en definitiva, el propósito que se persigue con dicho negocio (85). El inconveniente: que arriesga a que no se pueda llevar a cabo por la oposición de un legitimario a cuyo favor no recae la asignación de la empresa; problemas, por tanto, para la supervivencia de la misma (86); pero las repercusiones y las consecuencias sobre la legítima hacen más propicia su intervención, aunque alguna relatividad podría haber sobre esto, en todo caso, cuando sea el propio disponente quien se haga cargo del pago de la cuota a los herederos forzosos (87). La trascendencia se revela, así mismo, en cuanto su intervención tendría carácter confirmativo de los valores acordados para cada una de las cuotas de los no beneficiarios y sobre el valor de la empresa, que debe ser tomado en cuenta en el momento de celebración del pacto, y no a valores diferidos al momento del fallecimiento del causante, momento en el que no caben tampoco contratos vinculados a este originario pacto; la intervención de todos contribuye al mantenimiento de la estabilidad y de respeto de

(85) Art. 769 *quater Codice civile* establece la obligación para los legitimarios del donante, su cónyuge y sus descendientes de participar en el pacto de familia; participación que la doctrina italiana interpreta de diverso modo: como nulidad del contrato en el caso contrario o como simple condición de vincularidad al pacto, o como eventual y externa. Sobre ello, Lombardi, G./Misto, G., "Il patto di famiglia: l´impreditore sceglie il propio successore", *Corr. Giur.*, núm. 5, 2006, 719; Gazzoni, F., "Appunti e spunti in tema di patto di famiglia", *www.juricium.it*.

(86) Como señala Oppo, G., "Patto di familia e diritti della famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 441, condicionar el pacto a la adhesión de todos significaría frustrar el intento de la ley, centrado sobre la voluntad dispositiva del empresario; así, el disenso de un participante de las condiciones del pacto no debería impedir su conclusión. Se considera que el pacto está abierto a todos los familiares con derechos sucesorios; que el empresario tiene poder de disposición; que participantes y no participantes conservan los eventuales derechos correspondientes como legitimarios.

(87) Sobre estas cuestiones en el Derecho italiano a propósito del *patto di famiglia, vid.* Cataudella, A., "Parti e terzi nel pattto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2008-I, pp. 179 y ss.; *vid.*, así mismo, De Simone, A./Forino, C., "Gli effetti della mancata participazione di un legittimario al patto di famiglia", *Notariato*, núm. 6, 2006, pp. 703 y ss.

las cláusulas sobre el destino y gestión de la explotación. En todo caso, quedaría pendiente el problema respecto de los legitimarios no actuales no intervinientes en este pacto, respecto de los cuales no quedan precluidas dichas cláusulas, puesto que no están vinculados por el pacto, en cuanto no han intervenido no están afectados por la estimación que se haya hecho de la explotación, en cuyo caso, como recurso ulterior cabría acudir a la autoridad judicial, que lo determinaría al momento de la realización del pacto.

La circunstancia de que los legitimarios sobrevenidos no tengan tal cualidad en el momento de realizar el pacto no puede comportar una diferencia de trato respecto de los que hayan intervenido en el mismo. Si no hubiera bienes en el momento del fallecimiento del causante, su derecho hereditario no satisfecho se convertiría en un derecho de crédito frente al designado en el pacto y los no beneficiarios que recibieron sus respectivas cuotas. Si bien, para mantener la finalidad del pacto y su viabilidad, en caso de lesión económica, la esencia del pacto de familia exigiría, de forma coherente, no el ejercicio de la acción de rescisión por lesión, sino una acción de complemento, lo que no puede ser de otro modo en el caso de que se haya pactado con efectos inmediatos. Un supuesto de incumplimiento no debería dar lugar a la resolución del pacto, salvo por parte del disponente; de manera que la falta de pago de las sumas a liquidar por parte del beneficiario puede ser resuelta a través de la exigencia frente a otros bienes de este o sobre el embargo de las rentas de la explotación. La finalidad normativa tiene que ser la de atribuirle un carácter definitivo, si bien, ciertamente, se daría la paradoja de que los vicios del consentimiento darían lugar a una anulabilidad o nulidad, en función de cómo afectaran al negocio, y no se hablaría de normal resolución por incumplimiento (88).

Los legitimarios actuales en el momento de realizar el pacto pueden salvaguardar también sus derechos condicionando sus posibles renuncias a determinados criterios. Su crédito respecto del disponente o del beneficiario, según lo acordado, es, por supuesto, cedible, pudiendo utilizarse por el acreedor que actúa en vía subrogatoria. De otro lado, el pago que les hiciera el disponente puede hacerlo

(88) Sobre ello puede verse Mazzù, C., "Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari", *Notariato*, núm. 4, 2008, p. 426.

también por vía de compensación, expromisión, delegación o cesión de créditos (89).

El momento de la firma del pacto para acordar la valoración de la explotación y determinar las respectivas cuotas puede servir, sin duda, para buscar el momento más propicio para darle el valor más favorable y, por tanto, más económico a favor de la explotación y facilitar el pago de las legítimas (90) con una asignación más baja, lo que no parece probable causa de impugnación por fraude por parte de los futuros legitimarios.

El momento a considerar de la fecha del pacto es también un medio o posibilidad de manipulación de cara a dejar la explotación fuera de la liquidación a efectos de un supuesto de concurso. Y la posibilidad de determinar el momento del traspaso de la explotación, con independencia de la fecha de la firma del pacto, es un modo de manejar, de igual modo, las expectativas de los acreedores en beneficio del causante o legitimarios. Si bien, en teoría, los acreedores tienen a su disposición el juego de la acción revocatoria o, mejor debería llamarse, acción en perjuicio de acreedores. El pacto de familia no puede ser un instrumento que, facilitando y promoviendo la unidad o integridad de la explotación, lesione derechos de los acreedores.

De otro lado, para su mayor funcionalidad, el pacto de familia no debería servir solo como única posibilidad para transmitir la explotación a los descendientes, sino a favor de quien con mayor éxito pueda hacerse cargo de ella.

Como contrato, puede modificarse en cualquier momento, con la participación de los mismos sujetos que intervinieron (91), si hay

---

(89) Incompatibilidades, en relación con los fines del pacto de familia dirigido a la estabilidad de la explotación, serían la reserva de usufructo a favor del disponente, la reserva de la facultad de disponer, con condición de reversibilidad a favor del disponente. *Vid.,* sobre estas cuestiones, Ieva, M., "Il patto di familia", *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 54.

(90) Algunos autores en la doctrina italiana han entendido que estas atribuciones pueden ser calificadas como liberalidades directas cuando se hacen por el propio disponente para facilitar la conclusión del pacto de familia, pero no pueden ser comprendidas en el perímetro objetivo del contrato como señalado por el legislador. *Vid.* Ieva, M., "Il patto di familia", *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 51.

(91) En el caso de que uno de los participantes hubiera muerto después de la estipulación legitimarios en el contrato modificativo o extintivo serían sus herederos.

nuevos legitimarios pueden intervenir también, en cuyo caso este sería un nuevo acuerdo y entre los que participaron en el pacto originario tendrían que dejarlo sin efecto (92). Los pactos válidamente otorgados dejarán sin efecto cualquier disposición adoptada con anterioridad en lo que fueran incompatibles con ellos, y las cláusulas contenidas en un testamento posterior no podrán afectar a lo convenido en el pacto. Y como cualquier contrato, está sometido a las condiciones de validez propias de cualquier negocio jurídico (93), pudiéndose resolver por el disponente si se adoptó en consideración a una obligación asumida por el designado y antes de la muerte de aquel resulta incumplida o inválida o si este incurre posteriormente en causa de indignidad o de desheredación. Y nada impide que se acuerden, así mismo, medios de fiscalización o control para el seguimiento de la eficiencia de la gestión empresarial; pudiéndose prever su resolución en caso de incumplimiento de las obligaciones del beneficiario respecto a la liquidación de las cuotas de los no asignados, como por la falta de correcta administración de la empresa. En todo caso, como expresa Palazzo, sobre *il patto di famiglia* en el Derecho italiano, la sobrevivencia del contrato está vinculada a la continuación de la vida empresarial, *"perché la cessazione dell´attività imprenditoriale senza continuazione, che dovesse seguire alla risoluzione, comporterebbe l´applicazione ai beni oggetto del patto di famiglia delle regole della successione ordinaria"* (94). "El pacto de familia está caracterizado por la estabilidad del efecto traslativo" (95).

---

(92) Distinto es, evidentemente, como expresa Balestra, L., "Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione", *Riv. Trim. di dir. e proc. civile*, 2007, p. 1060, el acuerdo sucesivamente entre el asignatario y uno de los legitimarios no asignatarios que tenga por objeto "la novación de la obligación correspondiente al primero por efecto del pacto de familia", o bien el acto de perdón de la deuda respecto del asignatario por parte de uno de los legitimarios no asignatarios.

(93) Sobre los vicios del consentimiento puede verse Sicchiero, G., "Il patto di familia", *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, pp. 69 y ss.

(94) Palazzo, A., "Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato", *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 268; Avagliano, M., "Patti di famiglia e impresa", *Riv. notariato*, 2007, p. 9, se exige que asegure la estabilidad de su adquisición y su no aleatoriedad; *vid.* también sobre este punto Pretelli, "La nuova disciplina…", cit., p. 402.

(95) Di Sapio, A., "Costruzione, decostruzione e ricostruzione del patto di famiglia dalla prospettiva notarile", *Vita notarile*, II, 2008, p. 1645.

Este sistema no produce una desigualdad con los legitimiarios sobrevenidos, puesto que estos tienen derecho a su respectiva cuota, si bien no a plantear el valor de la empresa acordado en el pacto de familia, salvo supuestos de fraude.

Desde el punto de vista del Derecho sucesorio tradicional este instrumento puede verse como una especie de sucesión anómala anticipada. Puede considerarse como un contrato sucesorio dispositivo. En todo caso, cuál sea su naturaleza jurídica depende de lo que hayan querido constituir las partes y a lo que hayan querido responder en cada caso; los pactos pueden ser institutivos, dispositivos o renunciativos. No lo incluiríamos dentro del contrato de donación, en todo caso (96), para empezar no tiene por qué tener una *causa donandi* (97) (98), y en el caso de participación de todos los legitimarios no tiene un carácter bilateral, y es prioritario el traspaso generacional por encima de cualquier característica de enriquecimiento del beneficiario; lo que es preferente es la anticipación al fenómeno sucesorio y, si tiene por objeto la empresa, es preferente la extracción de un bien o de una serie de bienes respecto del principio de unidad de la sucesión, con efectos distributivos, liquidatorios y divisorios; desde este punto de vista constituiría un nuevo negocio

(96) Sin embargo, si se concluyese un pacto entre disponente y beneficiario, descendiente, por ejemplo, sin otros participantes y sin cargo para este de pago de cuotas de legítima sí sería una donación sujeta a las reglas ordinarias, no, por tanto, un pacto de familia.

(97) Andreoni, M. C., "Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale", *www.filodiritto.com*, señala que la iniciativa del disponente no es la del *animus donandi*, sino la del *animus producendi*.

Gerbo, F., "Il patto di famiglia: problema dogmatici. Loro riflessi redazionali", *Riv. del notariato*, 2007, p. 1275, "la causa del pacto no es aquella de enriquecer al asignado con el propio empobrecimiento, sino aquel diverso de preservar el complejo productivo de bienes o las participaciones societarias con univocidad de gestión".

(98) Si bien, no faltan autores entre la doctrina italiana que lo califican como donación modal, *vid.* la amplia exposición que hace sobre esta corriente Merlo, A., "Appunti sul patto di famiglia", *Le società*, núm. 8, 2007, pp. 947 y ss.; Caccavale, C., "Le categorie dell´onerosità e della gratuità nei trasferimenti attualti nell´ambito del patto di famiglia: prime considerazioni", *Riv. dir. privato*, 2007, p. 748. También parece claro en este ordenamiento el intento legislativo de clasificar el pacto de familia como una donación.

con una estructura compleja, con un encuadramiento sistemático propio del Derecho de contratos, de familia, y especialmente del Derecho de sucesiones, y ello aun cuando el pacto tenga efectos actuales o inmediatos, pues es una forma separada y anticipada de disponer de una parte del patrimonio, que de otro modo formaría parte de la masa hereditaria, y porque tiene trascendencia respecto a las posibilidades o no de actuación respecto a la acción de reducción de donaciones y la colación y porque la esencia del propio pacto consiente el diferimiento de la explotación al momento del fallecimiento del disponente; y puesto que sus efectos pueden ser anteriores, así mismo, los legitimarios pueden disponer de sus derechos correspondientes sobre una sucesión todavía no abierta. En definitiva, es una figura contractual dotada de una *ratio* autónoma.

Pero a pesar de sus ventajas, que serían mayores si tuviera la virtualidad de planificar toda la sucesión de una persona (99), presenta algunos límites difíciles de valorar a la hora de su configuración (100), por ejemplo, la naturaleza de los bienes, las cualidades personales de los herederos, la deslocalización de la actividad empresarial, debido a la ampliación y a la internacionalización…; todo ello evidencia claramente la necesidad de que sea considerado simplemente como un instrumento más para resolver algunos de los problemas de la explotación agraria en el orden sucesorio (101).

Para la eficiencia de los objetivos del traspaso generacional y la unidad empresarial en el momento de la transmisión, debería te-

(99) La incapacidad para esto, así como su estructura compleja, en la regulación en el Derecho italiano, es lo que le ha hecho en este ordenamiento escasamente utilizable, *vid.* Padovini, F., "Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento", *Riv. del notariato*, núm. 62, 2008, p. 1027.

(100) Bien evidente en la regulación del *patto di famiglia* del Derecho italiano, *vid.* Salvatore, L., "Il traspasso generazionale nell´impresa tra patto di familia e trust", *Notariato*, núm. 5, 2007, pp. 554 y ss.; Di Sapio, A., "Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, pp. 289 y ss.; Avagliano, M., "Patti di famiglia e impresa", *Riv. notariato*, 2007, pp. 1 y ss.; *ib.* en la revista *Famiglia*, 2006, pp. 815 y ss.

(101) Balestra, L., "Il pato di famiglia a un anno dalla sua introduzione", *Riv. Trim. di dir. e proc. civile*, 2007, p. 727, desde hace tiempo la doctrina ha dirigido los estudios hacia las instituciones alternativas al testamento en función de la naturaleza de los bienes, que exige un tipo de transferencia

nerse en cuenta la versatilidad propia del *trust*. De manera que la recepción del *trust* en nuestro ordenamiento presenta al Derecho agrario, sin duda, como uno de los ámbitos para su mayor utilidad. El *trustee* mantiene la administración y el control con los poderes de propietario de la empresa, garantizando su unidad, así mismo, podrían confiarse el resto de bienes que fueran necesarios aportar en su momento, como cuota a los legitimarios, o solo la empresa, cuyas rentas sirvieran para el pago de los legitimarios. El vínculo de destino a un fin determinado que genera el *trust* satisface el destino final de los bienes empresariales a favor del asignatario definitivo y del resto de legitimarios con otros tipos de bienes, como podrían garantizarse primero las rentas al mismo disponente de los elementos patrimoniales y en su momento la atribución última de los bienes a los herederos forzosos. En el ámbito del *trust*, puede decidirse, bajo criterios objetivos o según las disposiciones de quien fue el titular de la explotación, quién será el beneficiario definitivamente para hacerse cargo de ella, entregando al resto de legitimarios su propia cuota con otros bienes, o continuar a través del *trust* la gestión de la empresa sin designación de adjudicatario y resolver con el pago de las legítimas. Por tanto, no es su única función el encargo de distribuirla al beneficiario o beneficiarios predeterminados a la muerte del constituyente. Las peculiaridades de la propia explotación, su forma de gestión, la complejidad de los objetivos y la decisión sobre un ulterior adjudicatario determinarán la forma y la organización del *trust*, que deberá considerar el contenido detallado y los desarrollos sucesivos necesarios: el fin, la duración, un posible término anticipado, deberes, responsabilidades, poderes del *trustee*, dimensión y derechos de los beneficiarios; pudiendo hacer aconsejable en función de esto un control sobre el mismo (102). La institución tiene la ventaja de que la muerte del disponente no asume función causal en

---

adecuado a las variadas necesidades; Palazzo, A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.

(102) Salvatore, L., "Il traspasso generazionale nell´impresa tra patto di famiglia e trust", *Notariato*, núm. 5, 2007, pp. 560 y ss., quien de igual modo se plantea la utilización de este instrumento para la consecución de tales objetivos que venimos considerando, afirma que el modelo unitario, frente a un modelo atomístico, resulta ser la única aproximación que consiente reconstituir la efectiva voluntad del disponente en el momento que viene constituido el *trust*.

el ámbito del negocio, no hay un efecto sucesorio a su muerte respecto de este patrimonio segregado por el *trust.* No presupone un acuerdo entre el constituyente y los beneficiarios, si bien, no puede lesionar los intereses legitimarios de estos o sus expectativas sucesorias. El *trust* es relevante, de igual modo, por la trascendencia que representa a favor de la explotación agraria a través de su consideración como un patrimonio separado y autónomo, aunque no tenga una determinada forma mercantil, así respecto de la explotación agraria individual o familiar; lo que es especialmente importante, no solo respecto de los fines sucesorios ordinarios, sino a efectos de mantener su intangibilidad respecto de los acreedores ordinarios tanto del beneficiario como del disponente.

VIII. La cuestión sucesoria en el ámbito agrario es un aspecto más de las diversas vicisitudes que afectan a la explotación agraria en un contexto más amplio de complejidades y dificultades para el mundo rural. Las estadísticas agrarias manifiestan una progresiva desaceleración o reducción de activos agrarios, incluso entre aquellos países europeos fuertemente agrícolas; como hemos visto, en veinte años en España se ha reducido en un 20 % el porcentaje de población que trabaja en el sector agrario; a su vez, se ha acelerado el envejecimiento de la población rural, igualmente en relación con la media europea; el sector agrario ocupa a un cuarto del total de los trabajadores del medio rural, hace solo unas décadas había una clara primacía a favor de la actividad agraria como actividad económica principal en los municipios rurales. En efecto, la coyuntura actual es complicada, pues viene marcada por una acelerada desaparición de explotaciones agrarias o, como se lee en otros textos, de activos agrarios, que ha tenido lugar con especial incidencia a partir del año 2006, unido a una política de precios de fuertes desequilibrios. La realidad es la existencia de una notable reducción de la superficie agraria, una reducción, en nuestro caso, con un desigual reparto por comunidades autónomas, y un minifundio enormemente perjudicial. La superficie agrícola francesa, por ejemplo, pierde cerca de 70.000 has. por año, en beneficio, entre otros, de las zonas urbanas. No obstante, la disminución del número de activos agrarios tiene como contrapartida el aumento del tamaño medio de la explotación, y, como es natural, el aumento del tamaño de la explotación va acom-

pañado de la forma mercantil de sociedad, representando el 34 % de las explotaciones profesionales, por ejemplo, en Francia (103). Por esta vía podría continuarse con una exposición exhaustiva del mundo agrario en cifras, pero estas son suficientes para percibir un panorama que debe afrontar importantes retos.

Parte del problema tiene su explicación en las deficiencias estructurales agrarias, hace tiempo que se debería haber abordado una profunda reforma estructural, una proyección legislativa especial, que podría materializarse, a semejanza del Derecho francés, en una ley de orientación agraria o una ley de ordenación rural; recordemos que la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, ha sido superada por diversos reglamentos comunitarios; obedece a la política de estructuras instaurada por el Reglamento (CE) núm. 2328/91, que ha sido sustituido por los Reglamentos 950/1997, 1257/1999 y 1698/2005, modificado en 2009; es de fecha anterior, pues, a los importantes cambios en el Derecho de la UE en materia de desarrollo rural; y recordemos que la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural, tiene un escaso tratamiento de las cuestiones agrarias; de otro lado, contamos con una Ley preconstitucional, que es la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, que hay que reordenar en aquellas cuestiones aún vigentes. En definitiva, se podría decir que la legislación estatal en materia de estructuras agrarias está anticuada, dispersa y fragmentada. Es imprescindible, por tanto, abordar las necesarias modificaciones para la actualización del Derecho agrario, al tiempo que una simplificación. Es necesaria una solución integrada y ambiciosa. Se trataría de promover un nuevo texto normativo de modernización, entre cuyos objetivos se encuentre el desarrollo empresarial, superando el nivel de tecnificación de las explotaciones agrarias, situando al sector en las líneas de orientación a las que deberá responder en un futuro, capacitándolo para la absorción de los nuevos retos. El 18 de noviembre de 2010 la Comisión Europea aprobó la Comunicación COM (2010) 672 final, titulada "La PAC en el horizonte 2020: responder a los retos futuros en el ámbito territorial, de los recursos naturales y alimentarios", preocupada por el futuro a largo plazo de la PAC, ante factores tales como la crisis del sector agrario y las nuevas competencias por

(103) VVAA, *Propriétés incorporelles de l´entreprise,* Lille, 2009, p. 359.

desarrollar, lo que conduce a la necesaria elección de estrategias adecuadas para la futura reforma de la PAC. Sus desafíos para el 2014-2020 se centran en la seguridad y suficiencia alimentaria, el cumplimiento de los compromisos medioambientales y el desarrollo rural. Las políticas de desarrollo rural y de cohesión territorial, como parte integrante de la PAC, muestran su utilidad, asimismo, en tanto refuerzan el sector agrícola de la UE; ambos elementos interactúan entre sí y se condicionan recíprocamente, aunque el desarrollo particular de cada uno de ellos requiere de respectivas políticas específicas (104); los objetivos netamente agraristas son una prioridad esencial, pues la despoblación de las zonas rurales se acelera ante la reducción de la actividad agraria, implicando consecuencias medioambientales, agroalimentarias y sociales muy negativas. A ello debe añadirse la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), SEC(2011) 1153, SEC(2011) 1154 (105).

Por tanto, la eficiencia de las políticas territoriales en el ámbito rural precisa previamente de unas reformas estructurales en el ámbito agrario; no pueden superarse las desigualdades entre el medio rural y urbano, y reducirse las disparidades existentes, sin tomar como baza prioritaria hacer de la agricultura un sector ampliamente competitivo y rentable, atractivo y orgulloso de su tradición. Le corresponde como funciones que le son reconocidas a la agricultura: la suficiencia alimentaria, el equilibrio territorial, acciones de interés general en beneficio de todos los usos del espacio rural, además de la conservación del paisaje, la gestión del suelo y la defensa de la biodiversidad.

La necesidad de reconstruir el Derecho agrario sobre unas bases más sólidas obliga a una reflexión y a nuevas propuestas de

(104) De la Cuesta Sáenz, J. M., "Desarrollo rural sostenible y pago único", *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 37-60, 2009.

(105) Vattier Fuenzalida, C., "El desarrollo rural, entre el fracaso estatal y la nueva PAC", en Observatorio de Legislación agraria, web MARM; Amat Llombart, P./Muñiz Espada, E., "Community law on rural development under the challenge of the priorities of european union and international law", *International journal of land law and agricultura sciences*, núm. 7, 2012.

las que no puede dejar de formar parte el ámbito sucesorio (106), puesto que representa un momento importante sobre el destino de la explotación agraria, que constituye el principal elemento patrimonial del agricultor y, por tanto, junto con el resto de empresas, un importante elemento de la riqueza nacional. Uno de los problemas a los que se enfrenta la empresa agraria es la dificultad de mantenerla y transmitirla *mortis causa* de manera unitaria y asumir la sucesión por uno de los descendientes (107). Desde luego que no es una cuestión que afecte por igual a todas las explotaciones, cada una responde en el momento oportuno a esta cuestión según sus propias condiciones, y no hace falta decir que las grandes empresas agrarias tienen su mejor opción en medidas alternativas a la sucesión tradicional. El 30 % de las instalaciones de menores de 40 años tienen lugar fuera del marco familiar, reparemos, pues, en el mayor coste de esta vía; forzoso es este incremento dado que el traspaso de la explotación de generación en generación cada vez es más difícil por la insuficiencia de descendientes dispuestos a asegurar el reemplazo.

Como señaló Carrozza, lejos queda la visión bucólica de la *azienda* agraria, no es, por tanto, la especie pobre del género empresa

(106) *Vid.* Garrido de Palma, V. M., "Oportunidad de un Derecho sucesorio agrario", *Rev. de Derecho notarial*, núm. 104, pp. 211 y ss.

(107) Queda por hacer de la explotación una verdadera unidad jurídica, en especial para las que no tengan una determinada forma mercantil, independientemente de cada uno de los bienes que lo constituya; lo que permitiría la transmisibilidad *inter vivos* de la explotación agraria en un verdadero acto unitario; esto implicaría, así mismo, la revalorización del patrimonio profesional del agricultor, facilitando su cesión y favoreciendo el crédito a la agricultura, mediante la posibilidad de ofrecer este patrimonio unitario bajo una única garantía; el problema, en todo caso, es que aunque se dispusiera de una garantía eficiente para ello, con lo que no se cuenta hasta el momento –se está pensando en una única que abarca todo el patrimonio agrario, todos los elementos de la empresa con independencia de cada uno de los bienes que lo constituyan–, los bancos serían reacios a conceder crédito sobre ella, dado que la agricultura es un sector intervenido sometido a múltiples variables, así, por la evolución de la demanda internacional, por la influencia de normas como las de la calidad, las reglas relativas a la producción o las exigencias derivadas del medio ambiente, es decir, por la influencia de variables difícilmente previsibles.

(108); en este sentido, nada distinto, por tanto, de cualquier otra actividad mercantil, si bien, con la "prerrogativa de poseer un objeto inconfundiblemente típico", por ello dispone de una definición específica. Este objeto particularmente propio le concede una posición preferente en la estrategia económica, lo que justifica, dentro de una propuesta de reforma de estructuras agrarias, una reflexión para garantizar la integridad y la unidad de la explotación en el momento de su cesión *mortis causa*.

BIBLIOGRAFÍA

Albertini, L.: "Conclusione e formazione progressiva del patto di famiglia", *Giustizia civile*, 2007, II, pp. 311 y ss.

Álvarez González, S./Rodríguez-Uría Suárez, I.: "La Ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones", *La Ley*, núm. 7726, 2011.

Álvarez González, S. (ed.): *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, De conflicto legum, 2009.

Amadio, G.: "Il patto di famiglia e funzione divisionale", *Riv. not*., 2006, I, pp. 871 y ss.

— "Divieto dei patti successori ed attualità divisionale", *Patti di famiglia per l´impresa,* Giufrè, Milano, 2006, pp. 75 y ss.

— "La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanza di reforma", *Riv. not*., 2007, núm. 4, pp. 803 y ss.

Amat Escandell, L.: "Limitaciones a la libertad de testar y a los derechos de los legitimarios en la legislación de la Reforma Agraria", *III Jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, 1978.

Amat Llombart, P.: "Régimen de la Ley 19/1995 y el RD 613/2011 sobre inversiones en explotaciones agrarias y ayudas a la primera instalación de agricultores jóvenes*", Rev. general informática de Derecho*, dic. 2003, pp. 1-17.

(108) Como ha expresado Carrozza, A., "Il registro delle imprese e le imprese agricole", *Riv. di dir. agrario*, 1996, pp. 330 y ss., hoy la empresa agraria tiene todos los títulos para considerarse y ser tratada legislativamente como una verdadera empresa, "muy alejada de la visión bucólica del cultivo del suelo y del pastoreo". No es la especie pobre del género empresa. El progresivo avance que se ha hecho hacia una auténtica empresa, con las características y las exigencias de cualquier clase de empresa, no destruye, en cualquier caso, su prerrogativa de poseer un objeto inconfundiblemente típico.

Amat Llombart, P.: "El derecho agrario y su noción en el pensamiento de la doctrina jurídica", *Rev. general informática de Derecho,* mar. 2003, pp. 1-18.
— "La Ley de orientación agrícola de 5 de enero de 2006 frente a los retos de la agricultura francesa del s. xxi", Observatorio de legislación agraria, dir. Muñiz Espada, MARM.
Ambrosoli, I./Basile, F.: "Le nuove norme in materia di patto di famiglia", *Fam. pers. Succ.*, 2006, pp. 375 y ss.
Andrini, M. C.: "Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale", *Vita not*., 2006, pp. 31 y ss.
Audier, J.: *Droit rural*, Dalloz, París, 2009.
Avagliano, M.: "Patti di famiglia e impresa", *Riv. notariato*, 2007, pp. 1 y ss., y en *Familia*, 2006, pp. 803 y ss.
Bacabé-Bouchard, V./Herail, M.: *Droit rural*, ed. Ellipses, París, 2007.
Balestra, L.: "Il pato di famiglia a un anno dalla sua introduzione", *Riv. Trim. di dir. e proc. civile*, 2007, pp. 727 y ss.
— "Prime osservazioni sul patto di famiglia", *Nuova giur. civ. comm*., 2006, II, pp. 374 y ss.
— "Il patto di famiglia", *Le nuove legi civili commentate*, 2007, pp. 25 y ss.
— "Attività d´impresa e rapporti familiari", *Trattato teorico-pratico di Dirito privato*, dir. da G. Alpa e S. Patti, Cedam, Padova, 2009.
Ballarín Marcial, A.: "Los pactos sucesorios sobre la explotación agraria familiar", *Rev. de Derecho agrario y alimentario*, núm. 36, 2000, pp. 27 y ss.
— "La sucesión mortis causa en la explotación agraria", RJN, núm. 38, 2001, pp. 9 y ss.
— *Estudios de Derecho y política agraria*, Madrid, 1975.
— "Introducción y crítica a la nueva Ley de modernización de explotaciones agrarias", DAA, 1995, pp. 7 y ss.
Barron Arniches, P.: *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona, 2001.
Barthe, F.: "La contribution des sûretés au financement de l´exploitation", *Rev. de Droit rural*, 2008.
Baudouin, M.: "Le Traité de Lisbonne et la Politique agricole commune", *Rev. de Droit rural*, núm. 379, 2010, alerte 1.
Blumenritt, T.: "The relationship between boards an planning in family businesses", *Family Business Review*, vol. XIX, núm. 1, pp. 65 y ss.
Bodiguel, L.: "Les aides à l´installation en agricultura après la réforme (2008-2009)", *Rev. de Droit rural*, núm. 373, 2009, étude 9.
Bolano, A.: "I patti successori e l´impresa alla luce di una recente proposta di legge", *I Contratti*, 1, 2006, 90.
Bonafini: "Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio", *Contrato e impresa,* 2006, p. 1220.
Bonilini, G.: "Patto di famiglia, e diritto delle successioni mortis causa", *Dir., fam., pers.,* 2007, pp. 390 y ss.
Bosse-Platière, H.: "De l´exploitation à l´entreprise agricole. Regards sur la loi d´orientation agricole du 5 janvier 2006", *Rev. Droit rural*, 2007, étude 17.

Brancós Núñez, E.: "Els pactes successoris en el Llibre IV del Codi civil de Catalunya", *Rev. jurídica de Catalunya*, 4-2009, pp. 9-37.
— "La revocació de les disposicions d´ultima voluntad en el Llibre IV del Codi civil", *Rev. jurídica de Catalunya,* núm. 1-2011, pp. 52 y ss.
Bublot, G./Sallets-Defourny, M.: "Reprises et successions dans les exploitations agricoles. Notions et elements de fait", *Rev. de l´agriculture*, núm. 6, vol. 39, 1986, pp. 1247 y ss.
Busani, A.: "Un patto di famiglia per la successione d´impresa", *Dir. e prat. soc*., 2006, pp. 6 y ss.
Caballero González, J. M.: "Los colaboradores en el proyecto de Ley del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores", MAPA, 1982, pp. 95 y ss.
— "Modernización de la explotación y de la actividad agraria", DAA, núm. 31, pp. 11 y ss.
Caccavale, C.: "Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie", *Notariato*, 2006, pp. 307 y ss.
— "Le categorie dell´onerosità e della gratuità nei trasferimenti attuati nell´ambito del patto di famiglia: prime considerazioni", *Riv. dir. privato*, 2007, pp. 739 y ss.
Calderini, V.: "Profili del trasferimento dell´azienda nel patto di famiglia", *Rass. di dottrina e di giurisprudenza civ.,* 2008-1, pp. 20 y ss.
Calò: "Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?", *Nuova giur. civ. comm*., 1997, II, pp. 217 y ss.
Calsac, R.: "Les donations et les successions après la loi du 23 juin 2006", *RD rural*, 2007, núm. 355, coll. 27.
— "Les donations et les successions après la loi de 23 juin 2006", *Rev. de Droit rural*, 2007, coll. 27.
Cano Martínez de Velasco, J. I.: *La prohibición de los contratos sucesorios*, Bosch, Barcelona, 2002.
Carretero García, A.: *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en Derecho español y comunitario,* editorial Comares, Granada, 2003.
— "Comentario a la ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias", ADC, abril-junio, 1998, pp. 671 a 696.
— "Elementos básicos y aspectos civiles de la ley 19/1995 de modernización de las explotaciones agrarias", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 26, 1999, pp. 237 a 270.
Carrozza, A.: "Il registro delle imprese e le imprese agricole", *Riv. di dir. agrario,* 1996, pp. 330 y ss.
— "Per un diritto ereditario agrario", *Riv. dir. civ.*, 1978, pp. 758 y ss.
— "La disciplina delle successioni mortis causa in agricultura", *Giurisprudenza agraria italiana*, 1979, pp. 584 y ss.
Castán Vázquez, J. M.: "Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español", ADC, 1964, p. 380.
Castella, C.: "Retour sur le contrat de salaire différé du descendant au vu de la jurisprudence récente: observations sur la pérennité d´une singularité du monde agricole", *Rev. de Droit rural*, núm. 383, 2010, étude 10.

Catala, P.: "Attribution préférentielle", *J. Classeur*, *Code civil*, 2007, fasc. 100.
Cataudella, A.: "Parti e terzi nel pattto di famiglia", *Riv. dir. civ*., 2008-I, pp. 179 y ss.
Cazorla González, M. J.: *El Derecho agrario sucesorio español*, Comares, Granada, 1998.
Cerdá Gimeno, J.: "La prohibición de la sucesión contractul desde la perspectiva de la argumentación jurídica", RDP, 2006, pp. 3-34.
— "De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar", RJN, núm. 62, 2007, pp. 89-144.
Cian, M.: "La nozione di participazione societarie nella disciplina dei patti di famiglia", *Rivista di Diritto societario*, 2008/4, pp. 767 y ss.
Cognolato: "La nuova disciplina dei patti di famiglia: tratti essenziali e principali problemi", *Studium iuris*, 2006, p. 777.
Condó, G. F.: "Il patto di famiglia", *Federnotizie*, 2006, pp. 59 y ss.
— "Rapporto tra istituzione di un trust e normativa in materia di successione", *Trust e attività fiduciarie*, 2008, pp. 357 y ss.
Consolo, C./Dalla Massara, T.: "Libertà testamentaria, protezione dei figli e deflazione delle liti", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, pp. 269 y ss.
Corrente, F.: "Il patto di famiglia: una nuova legge al sevizio delll´impresa", *Gazz. Not.,* 2006, 1-3, pp. 90 y ss.
Cossials Ubach, A. M.: *Régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC*, Barcelona, 2009.
Costato, L.: *Corso di diritto agrario italiano e comunitario*, Giuffre, Milán, 2008.
— "Imprenditore agricolo, novità codicistiche, e polemiche retro", *Riv. dir. civ*., 2006, pp. 89 y ss.
Crevel, S.: *Ecrits droit rural, droit privé applicable aux collectivités publiques, droit du marché de l´art*, Thése, 2009.
— "Le noveau régime de l´attribution préférentielle des biens agricoles", *RD rural,* 2007, étude 18.
Cuenca Anaya, F.: "Transmisión mortis causa de la explotación familiar agraria", Conferencia pronunciada en el I Congreso de Derecho agrario de Sevilla, 1982.
De la Cuesta Sáenz, J. M.: "El contrato de asesoramiento de las explotaciones agrarias", Libro *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez,* Universidad de Valencia, 2008, pp. 309 y ss.
— "Algunos problemas jurídico civiles generados por la ayuda única de la Política Agrícola Común", *Aspectos de la normativa agraria en la Unión Europea y en América Latina,* Logroño, 2006, pp. 39 y ss.
— *Arts. 3, 28, 29, 30, 31, 32 y DA. 4.ª, Comentario a la Ley de Arrendamientos rústicos,* Dykinson, Madrid, 2006.
— "Explotaciones agrarias prioritarias", VII Congreso nacional de Derecho agrario, Valencia, 1999.
De los Mozos y de los Mozos, J. L.: "La partición de la herencia por el propio testador", RDN, 1960, pp. 99 y ss.
— "Hacia un Derecho agrario sucesorio (aspectos de la conservación de la

explotación en el CC, en los Derechos forales y en el Derecho de colonización)", ADC, 1974, pp. 523 y ss.
— *La sucesión en el Derecho agrario*, MAPA, Madrid, 1977.
De Nova-Delfini-Rampolla-Venditti: *Il patti di famiglia*, Ipsoa, Milano, 2006.
De Schutter, O.: *Droit de l´agriculture, sécuriser le commerce des produits agricoles*, L.G.D.J., París, 2012.
De Simone, A./Forino, C.: "Gli effetti della mancata partecipazione di un legittimario al patto di famiglia", *Notariato*, núm. 6, 2006, pp. 703 y ss.
Del Pozo Carrascosa, P./Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E.: *Derecho civil de Cataluña, Derecho de sucesiones,* Madrid, M. Pons, 2009.
Delfini: "Il patto di famiglia introdotto dalla L. n. 55 del 2006", *Contratti,* 2006, pp. 513 y ss.
Delfosse, A./Peniguel, J. F.: *La réforme des successions et des libéralités*, Litec, París, 2006.
Delgado de Miguel, J. F.: *Estudios de Derecho agrario*, Montecorvo, Madrid, 1993.
Delle Monache, S.: "Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia", *Riv. Notar*., 2006, I, pp. 890 y ss.
— "Il patto di famiglia", *Le nuove legi civili commentate*, a cura di G. Cian, A. Maffei Alberti, P. Schlesinger, Cedam, Padova, 2007, pp. 21 y ss.
— "Abolizione della successione necessaria?", *Riv. Notar*., 2007, pp. 824 y ss.
Demars, L.: "La devolution successoriale des exploitations agricoles: noveau régime et institution d´un droit commun de l´attribution préférentielle (loi núm. 61-1378 de 19 dic. 1961)", *Revue pratique de legislation agricole*, 1962, pp. 47-87.
Deswarte, Ph.: "Pourquoi le fonds agricole ne se développe-t-il pas?", *Rev. de Droit rural*, núm. 369, doss. 3.
Di Bitonto, C.: "Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni di impresa", *Le società*, 2006, pp. 797 y ss.
Di Mauro: "I necessari partecipanti al patto di famiglia", *Fam. pers. e succ*., 2006, pp. 539 y ss.
Di Sapio, A.: "Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, pp. 289 y ss.
— "Costruzione, decostruzione e ricostruzione del patto di famiglia dalla prospettiva notarile", *Vita notarile*, II, 2008, pp. 1633 y ss.
Donegana, L.: "Casi e problema di interesse notarile-Documenti-Attualità", *Riv. del notariato*, núm. 62, 2008, pp. 965 y ss.
Dosios Probst, S.: *La loi sur le droit foncier rural: objet et conditions du droit à l´attention dans une successions ab intestat,* Schulthness, Universitè de Lausanne, 2002.
Doyharçabal Casse, S.: "Pactos sobre sucesión futura o sucesión contractual en la legislación francesa y española aragonesa", *Rev. de Derecho y ciencias penales*, núm. 10, 2008, pp. 23-33.
Dupeyron, Ch., Theron, J. P., Barbieri, J. J.: *Droit agraire*, Economica, París, 1988.
Egea Fernández, J.: "Protocolo familiar y pactos sucesorios (La proyectada reforma de los heredamientos)", *Indret*, 2007, pp. 8 y ss.

— "El nou règim jurídic de la successió contractual", *Rev. jur. de Catalunya*, núm. 1-2009.

Espejo Lerdo de Tejada, M.: *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

— "La reforma del Código civil por la Ley de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa", *Libro homenaje al Prof. Puig Ferriol*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1260 y ss.

— "Donaciones mortis causa. Posibilidades actuales en el Código civil y propuestas de reforma", *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Murcia, 2006, pp. 241-289.

Espín Cánovas, D.: "La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código civil español", RDP, 1979, pp. 309 y ss.

Fernández Costales, J.: "La eficacia protectora del Derecho sucesorio en la continuidad de la explotación agraria", RDP, 1979, pp. 31 y ss.

Fernández del Pozo, L.: "El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral", *Cuadernos Civitas*, 2008, pp. 12 y ss.

Fernández-Tresguerres García, A.: "Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar", *Rev. de Der. de sociedades*, núm. 19, 2002, pp. 89-113.

— "La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La Sociedad Familiar", *La Ley*, núm. 5939, 23 de enero de 2004.

Ferrer Riba, J.: "El nuevo Derecho catalán de sucesiones", *InDret*, 4/2008.

Ferrer Vanrell, M. P.: "Los protocolos familiares y la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios", AC, núm. 12, 2009.

Font i Segura, A.: "La Ley aplicable a los pactos sucesorios", *InDret*, mayo, 2009.

Fossar: "La explotación agraria y el párr. 2 del art. 1056 del Código civil", ADC, 1963, p. 378.

Foyer, J.: "Attribution préférentielle en vue de constituer un groupement foncier agricole ou de donner à bail", *J. Classeur, Code civil*, 2007, fasc. 140.

— "L´immeuble, le fonds de commerce et le fonds agricole", *Études de Droit privé*, Economica, París, 2008, pp. 161 y ss.

Friedmann: "Primi osservazioni sui patti di famiglia", *Federnotizie*, 2006, pp. 61 y ss.

Fugardo Estivill, J.: *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Barcelona, Bosch, 2010.

Gain, M. O.: *Le droit rural, l´exploitation agricole et les terres*, Litec, París, 2008.

Garrido de Palma, V. M.: El Protocolo familiar, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, 13 de noviembre de 2003.

Garrido de Palma, V. M.: "Oportunidad de un Derecho sucesorio agrario", *Rev. de Derecho notarial*, núm. 104, pp. 211 y ss.

Garrido Melero, M./Fugardo Estivill, J. M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, ed. Bosch, Barcelona, 2005.
Gazzoni, F.: "Appunti e spunti in tema di patto di famiglia", *Gist. Civ*., 2006, pp. 217 y ss.
Gerbo, F.: "Il patto di famiglia: problema dogmatici. Loro riflessi redazionali", *Riv. del notariato*, 2007, pp. 1269 y ss.
Gilardeu, J. M.: *Les successions dans agriculture,* ed. France agricole, París, 2003.
Ginés Castellet, N.: "Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación", AC*,* núm. 5, 2011.
Grimaldi, M.: "Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles", JCP N, núm. 22, 2006, 1387.
— "Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006", JCP N, núm. 40, 2006, 1320.
— "Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successiones et des libéralités", *D.* 2006, chron. p. 2550.
Guzzon, M. C.: "Applicabilità del patto di famiglia all´impresa agricola", *Agricoltura*, núm. 2009, pp. 10 y ss.
Huerta Trólez, A.: "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio", *Rev. jur. general, Bol. del ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, 2003, p. 70.
Iannicelli, M. A.: "Il divieto dei patti successori: prospettive di revisione legislativa", *Famiglia, persone e successioni*, 2008, pp. 361 y ss.
Ieva, M.: "Il patto di famiglia", *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, pp. 40 y ss.
Inzitari, B.: *Il patto di famiglia-Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006,* n. 5, Torino, 2006.
Julien, J.: "Les nouvelles règles en matière de partage. À propos de la loi du 23 juin 2006", *Droit de famille*, núm. 12, 2006, étude 58.
Krajewski, M.: *Droit rural*, Défrenois, París, 2009.
Lamarca i Marqués, A.: "El llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions", *Rev. activitat parlamentaria*, núm. 16, 2008.
Lamo de Espinosa, J.: "Transformaciones y modernización de la agricultura española: 1978-2003", *Rev. española de economía política*, 2004.
Landini, S.: "Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?", *Famiglia*, 2006, I, pp. 851 y ss.
Larronso Lizarraga, J.: *El nuevo Derecho sucesorio catalán. Análisis del libro IV del Código civil de Cataluña*, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
Laus, F.: "Profili oggettivi di tutela dei legitimari nel patto di famiglia", *Riv. del notariato*, núm. 62, 2008, pp. 717 y ss.
Le Guidec, R.: "La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique", JCP G, 2006, I, 160.
— "Successions et libéralités", JCP G, núm. 7, 2010, 203.
Le Guidec, R./Bosse-Platière, H.: "Droit patrimonial de la famille", *Rev. de Droit rural*, 2007, chron. 2.
Leprovaux, J.: "La place de la famille dans la mise en oeuvre du mandat

de la protection future et du mandat à effect posthume", RJPF, 2006, núm. 9.
Leva, M.: "Il trasferimento di beni produttivi in funzione successoria", *Riv. Not*., núm. 6, 1997, pp. 1371 y ss.
Levillain, N.: "Loi du 23 juin 2006: principales nouveautés relatives aux successions", JCP N, 2006, act. 446.
Llopis Giner, J. M.: "La libertad del testador, su facultad de partir. Comentario al nuevo art. 1056.II del Código civil", en Reyes López (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales,* Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.
Lombardi: "Il patto di famiglia: l´imprenditore sceglie il propio successore", *Corr. Giur.*, 2006, p. 720.
Lorvellec, L.: *Ecrits de droit rural et agralimentaire*, Dalloz, París, 2002.
Lucchini Gustalla, E.: "Il patto di famiglia", *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, pp. 38 y ss.
Luna Serrano, A.: "La transmisión mortis causa de las fincas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización", en *Estudios Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965, pp. 507 y ss.
— "La successioni mortis causa dell´assegnatario di terre di reforma. Natura e oggetto", *Riv. dir. civ.*, 1974, pp. 594 y ss.
— "Régimen de tierras en la LRDA, la sucesión mortis causa del concesionario de tierras de reforma agraria", *Estudios monográficos IRYDA*, 1975, pp. 125 y ss.
Luzu, F.-Le Gall, N.: "Transmettre sur plusieurs générations", *Revue Lamy Droit civil*, núm. 95.
Macchia, E./Vedana, F.: "Il patto di familia: caratteristiche del nuovo istituto e possibile ruolo della società fiduciaria", *Trust e attività fiduciaria*, aprile, 2007, pp. 315 y ss.
Mallet, E.: "Le mandat à effect posthume. Formules", JCP N, 2006, 1372.
Manes, P.: "Prime considerazini sul patto di famiglia", *Contratto impresa*, 2006, p. 561.
Martin, J.: "La transmission de l´entreprise agricole… en faire-valoir indirect", *Rev. de Droit rural*, núm. 369, 2009, doss. 11.
Martín-Ballestero Hernández, L.: "La indivisibilidad de las unidades familiares agrarias en su transmisión sucesoria", *Bol. oficial del Col. de Abogados de Zaragoza*, 1973, núm. 48.
Mazzú, C.: "Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari", *Notariato*, n. 4, 2008, pp. 419 y ss.
Melliand, M. L.: *Guide de l´installation des jeunes agriculteurs*, éd. France agricole, París, 2012.
Merlo, A.: "Appunti sul patto di famiglia", *Le società*, núm. 8, 2007, pp. 947 y ss.
Millán Salas, F.: *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agraria*, Madrid, 1999.
— "La partición hecha por el testador al amparo del nuevo art. 1056.2 del Código civil", AC, 2003-4, pp. 1179 y ss.

Minervini-Di Mauro-Verdicchio: *Il patto di famiglia*, Milano, 2006.
Monassier, B./Soreau, P. A.: "Transmission d´entreprise et droits du conjoint survivant", JCP N, núm. 38, 2003, 1510.
Monnet, J.: "Droit des sociétés et réforme du droit des successions-dispositions spécifiques", *Droit de sociétés*, núm. 3, 2007, repère 3.
Navarro Fernández, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrícolas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
— *La explotación agraria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
Nenert, J. L.: *L´attribution préférentielle de l´exploitation agricole*, París, 1999, Thése.
Nieto, J.: "Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar", *La Notaría*, 2003.
Oberto, G.: "Lineamenti essenziali del patto di famiglia", *Fam. e dir*., 2006, pp. 413 y ss.
Oppo, G.: "Patto di famiglia e diritti della famiglia", *Riv. dir. civ*., 2006, I, pp. 439 y ss.
Pacheco Caballero, F. L.: "Para después de los días y no de otra manera. Origen y desarrollo de la sucesión contractual en Aragón", *Rev. Catalana d´historia del Dret*, 2007, pp. 119-197.
Padovini, F.: "Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento", *Riv. del notariato*, núm. 62, 2008, pp. 1007 y ss.
Palazón Garrido, M. L.: "La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código civil", en Sánchez Calero, F. J.–García Pérez, R. (coords.), *Protección del patrimonio familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
— *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
Palazzo, A.: "Testameto e istituti alternativi", in *Trattato teorico-pratico di diritto privato,* diretto da Alpa e Patti, Padova, 2008.
— "La circolazione delle partecipazioni societarie e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria", *Riv. Not*., 2007, I, pp. 1375 y ss.
— "I trusts in materia successoria", *Vita not*., 1996, pp. 671 y ss.
— *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983.
— "Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato", *Riv. dir. civ.,* 2007, II, pp. 261 y ss.
Palma, G.: "Il diritto ereditari: problemi e prospettive", *Rass. dir. civ*., 2006, pp. 1185 y ss.
Pansier, J.: "La réforme de l´attribution préférentielle", AJF, 2006, núm. 9, p. 18.
Parente, F.: "Le disposizioni in forma indiretta connesse alla morte", *Rass. di dir. civ.*, 2008, pp. 107 y ss.
Pernazza, F.: "Les relations juridiques à l´épreuve du vieillissement dans le système juridique italien", *Droit et vieillissement de la personne,* sous la direction de J. R. Binet, Actes du colloque organisé à la faculté de droit

et de science économique de Besançon les 18 et 19 octobre, Litec, París, 2008.
Petrelli, G.: "La nuova disciplina del patto di famiglia", *Riv. Not*., 2006, I, pp. 427 y ss.
Piccoli, P.: "Trusts, patti successori, fedecommesso", *Vita not*., 1996, pp. 136 y ss.
Pischetola, A.: "Prime considerazione sul patto di famiglia", *Vita not*., 2006, pp. 457 y ss.
Prieur, J./Clermon, M.: "La gestión de l´entreprise par un mandataire", JCP N, núm. 38, 2006, 1297.
Puig Ferriol, L.: "Els pactes successoris (II)", en Puig Ferriol y Roca Trías, *Institucions del Dret civil de Catalunya, vol. III, Dret de successions*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
Ragonese, F.: "Patto di famiglia, circolazione d´azienda e partecipazioni social in ámbito familiare", *Dir. e pratica società*, 6 nov. 2006, p. 20.
Reverte Navarro, A.: "Sucesión mortis causa", en *Empresa y sucesión legitimaria (Notas al nuevo art. 1956 del CC),* Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2004, pp. 15 y ss.
Ripoll Soler, A.: "El art. 1056.2 CC: tradición sucesoria y vanguardia societaria al servicio de la empresa familiar", *La Notaría*, núm. 13, enero 2005, pp. 18 y ss.
Rizzi, G.: "Il patto di famiglia", *Notariato*, 2006, pp. 40 y ss.
Roca Sastre, R.: "La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales", *Estudios de Derecho privado*, II, Madrid, 1948.
Roche, D.: "La fiscalité agricole à travers la loi de finances 2010 et la loi de finances rectificative pour 2009", *Rev. de Droit rural*, núm. 381, 2010, étude 4.
Rodríguez Aparicio, J. A.: "El Protocolo Familiar", *El buen gobierno de las empresas familiares*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
Rodríguez Aparicio, J. A./Agustín Torres, C.: "La empresa familiar y el Derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios", *La empresa familiar, Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 1999, pp. 40 y ss.
Roussel, F.: "Successions agricoles", *J. Classeur, Code civil*, 2009, fasc. 160.
Russo, L.: "Patto di famiglia e azienda agricola", *Riv. Dir. Civ*., 2007, pp. 323 y ss.
Sagaut, Jr.: "La donation-partage transgénérationnelle. Formules", JCP N, 2006, 1321.
Saint-Amand, P. J.: "Le renforcement du champ d´application de l´attribution préférentielle", JCP N, 2006, 1300.
Saint-Amand, P. J./Tirard, J. M.: "Transmission d´entreprises: enjeux fiscaux et patrimoniaux", *Dr. et Patrimoine*, 2006, p. 80.
Salvatore, L.: "Il traspasso generazionale nell´impresa tra patto di famiglia e trust", *Notariato*, núm. 5, 2007, pp. 553 y ss.
Sánchez Aristi, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem,* Comares, Granada, 2003.
— "Propuesta para una reforma del Código civil en materia de pactos su-

cesorios", *Derecho de sucesiones, presente y futuro, XII Jornadas de la APDC*, Murcia, 2006, pp. 477 y ss.

Sánchez Crespo-Casanova, A.: "El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional", *Rev. jur. general, Bol. del ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* núm. 27, 2003.

Sanz Jarque, J. J.: *Derecho agrario*, Reus, Madrid, 1985.

— "La profesionalidad del agricultor, nuevo requisito para ser arrendatario", REAS, 1981, pp. 197 y ss.

Sebillote-Legris, J./Quilici, S.: "Entreprise, indivisión et démembrement de propriété", JCP N, núm. 38, 2006, 1299.

Serrano de Nicolás, A.: "Pactos sucesorios de atribución particular: su relación con otras instituciones sucesorias del propio Código civil de Cataluña", *Rev. general de Derecho romano,* 2011.

Sicchiero, G.: "Il patto di famiglia", *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, pp. 63 y ss.

— "La causa del patto di famiglia", *Contratto e impresa*, 2006, pp. 1274 y ss.

Simó Santonja, V.: *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales,* Tirant lo Blanch*,* Valencia, 2002.

Storck, M.: "L´indivision susccessorale et la transmission d´entreprises", LPA, 28 de junio de 2007, p. 11.

Tassinari, F.: "Il patto di famiglia: presupposti soggettivi oggettivi e requisiti formali", in Patti di famiglia per l´impresa in *I quaderni della fondazione per il notariato,* núm. 2-3, 2006, pp. 153 y ss.

Tomaselli, S.: *Il patto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2006.

Torres García, T. F.: "Una aproximación al artículo 1056.II Código civil (Posible sucesión mortis causa de la empresa", *Homenaje al Prof. M. Cuadrado Iglesias*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 1653 y ss.

— "Legítima. Legitimarios y libertad de testar. Síntesis de un sistema", APDC, Universidad de Murcia, 2006, pp. 191 y ss.

— "La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión mortis causa del titular. Art. 35 LRYDA", ADC, 1980, pp. 335 y ss.

Torres García, T. F./Domínguez Luelmo, A. A.: "El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria", *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos,* t. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 767 y ss.

Tua López, X.: "La regulación de los protocolos familiares", *Noticias jurídicas*, marzo, 2007.

Vademecum de l´entreprise agricole, sous la direction de M. Vanlerberghe et S. Willekens, Cer France, París, 3.ª ed.

Vallet de Goytisolo, J.:"La agricultura y la explotación familiar", *Riv. di diritto agrario*, 1966, fasc. 12, p. 16.

Vattier Fuenzalida, C.: "La nueva disciplina de la transmisión mortis causa de la explotación agrícola en el Derecho español", *Rivista di diritto agrario*, 1982, pp. 28 y ss.

— "La transmisión mortis causa de la explotación agraria", MAPA, 1982, pp. 105 y ss.

— "Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre la explotación agrícola familiar", RCDI, 1983, pp. 871 y ss.
— *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, Madrid, 2012.
— "El desarrollo rural, entre el fracaso estatal y la nueva pac", en Observatorio de Legislación agraria, dir. Muñiz Espada, web MAGRAMA.
Vicent Chuliá, F.: "Organización jurídica de la sociedad familiar", *Rev. de der. patrimonial*, núm. 5, 2000, pp. 30 y ss.
— *El buen gobierno de las empresas familiares*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
Vitucci, P.: "Ipotesi sul patto di famiglia", *Riv. dir. civ.,* 2006, pp. 462 y ss.
VVAA: *La transmission des exploitations agricoles et l´installation des agriculteurs dans la CEE*, Rapport de synthèses, 1991.
VVAA: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, dir. Martínez Díe, Consejo General del Notariado y Edit. Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
VVAA: *Propriétés incorporelles de l´entreprise*, Lille, 2009.
VVAA: *Tratado de Derecho de sucesiones*, dir. Gete-Alonso y Calera, Navarra, Civitas, 2011.
VVAA: *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, coord. Viñas, R./Garriga, G., Madrid, M. Pons, 2009.
VVAA: *Comentarios al Código civil de Cataluña*, t. II, coords. Puig Blanes, F./Sospedra Navas, F., Navarra, 2011.

DEBERES Y OBLIGACIONES DEL TUTOR EN EL DERECHO TARDO-MEDIEVAL (*)

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valencia

Resumen: El presente trabajo aborda las tres fundamentales obligaciones a las que estaba sometido el tutor durante la Edad Media y Moderna: el deber de suministrar alimentos, la realización del inventario de los bienes del menor y la redención de las cuentas, lo que permitía al menor, una vez alcanzada la mayoría de edad, reclamar por la gestión dolosa o fraudulenta.

Palabras clave: *ius commune,* tutela, alimentos, inventario de los bienes, redención de cuentas.

Abstract: This paper addresses the three fundamental obligations to which the guardian was subject during the Middle Ages and Modern: food sumistrar duty, the inventory of the assets of the child and the redemption of the bills, which allowed the minor, upon reaching adulthood, claim for willful or fraudulent management.

Key words: *ius commune*, protection, food, inventory of assets, redemption of accounts.

(*) El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: *La jurisdicción voluntaria: un mandato legislativo pendiente de cumplimiento. Cuestiones generales.* Ministerio de Educación y Ciencia, Ref. DER 2008-0640-c02-01. Proyecto dirigido y coordinado por el profesor Antonio Fernández de Buján.

SUMARIO

1. SUMINISTRAR ALIMENTOS

2. LA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO DE LOS BIENES
   2.1. Origen. *De iure*
   2.2. Vigencia en el Derecho de los Reinos hispano-medievales: *De foro*
      2.2.1. Obligatoriedad
      2.2.2. Requisitos que debían concurrir en el inventario
      2.2.3. El valor probatorio del inventario: la omisión dolosa

3. REDENCIÓN DE CUENTAS
   3.1. Obligatoriedad
   3.2. Eximentes
   3.3. Procedimiento
   3.4. Obligaciones
   3.5. Procedimiento de reclamación

1. SUMINISTRAR ALIMENTOS

Dentro de la tradición romanística (1), el deber de atender y de suministrar alimentos a un menor se entendió como un acto de piedad y de afecto (2), por lo que se asumía que quien lo prestaba

(1) En torno a la tutela y a la curatela en el ámbito del Derecho romano, Fernández de Buján, A.: *Derecho Privado Romano*. Madrid, 2011, 3.ª ed., pp. 63-73.

(2) D. 3,5,34; D. 10,2,50; C. 2,18,11-13-15; Saxoferrato, B. de: *In primam et secundam Codices partem commentaria.* Augustae Taurinorum, 1584. *De negotiis gestis, Lex Alimenta,* núm. 1: *Quod mater expendit circa personam filii in dubio non versus facere animo repetendi secus in eo quod expendit circa res*; Ubaldis, B. de: *In I. II et III Codicis Partem Commentaria.* Venetiis, 1615. *De negotiis gestis, Lex* 11, núm. 1: *Mater non repetit alimenta praestita filio*; Barbosa, A.: *Collectanea docturum, tam veterum quam recentiorum, in jus pontificium quam recentiorum, in jus pontificium universum. Tomus Primus, in quo duo priores decretalium libri continentur*. Lugduni, 1679. Lib. 2, Tít. 18, *Lex* 18, núm. 1: *Alimentorum expensas*

no buscaba su posterior reclamación o reintegro (3). Así, se admitía que el padre o la madre, en relación con sus hijos o hijastros (4); el hermano, en atención a su hermano; los abuelos para con sus nietos o biznietos; el marido con su mujer; o, incluso, el señor con sus siervos, cuando les alimentaban no tenían ninguna intención de reclamarles lo entregado, porque *intelligatur facere pietatis causa, et donandi animo* (5).

Frente a este criterio general, la propia doctrina tardo-medieval vino a reconocer que tanto en el Derecho como en la praxis se les permitía que pudieran reclamar la cuantía de los alimentos aportados siempre que lo expresaran mediante el oportuno protesto, porque así se evitaban, como sostuviera Bártolo, las conjeturas o las presunciones sobre una posible donación (6). Protesto que se debía

---

pietatis praesumptione factas mater juris titulo non recuperat; Cáncer, J.: *Variarum Resolutiones iuris caesarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae.* Tours, 1635. *Pars* 1, Cap. 16, núm. 25: *Vitricus aluit privignum, vult postea ab eo dicta alimenta repetere, an possit? Respondeo quod non, nisi animo repetendi ea dedisse constiterir.* Partidas 5,12,37.

(3) Iranzo, J. J.: *Praxis protestationum*. Valencia, 1667. Cap. 15, núm. 1: *Alimenta praestita a personis, in quibus consideratur affectio, sanguinisque connexio, cesnetur donata.*

(4) Fernández de Buján, A.: *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*. Madrid, 1984, estudio que, por su rigor y su claridad, constituye un punto de referencia ineludible para abordar la presente cuestión.

(5) Iranzo, J. J.: *Praxis*, Cap. 15, núms. 2-3: *Veluti pater, mater, vitircus, maritus prout constat ex praedictis juribus, et foris… quam tales personae sint descendentes, ut filii, nepotes, et pronepotes… late differit, an vitricus repetat alimenta privigno suo praestita sine protestatione.*

(6) Iranzo, J. J.: *Praxis*, Cap. 15, núm. 3: *Quoties igitur alimenta praesumuntur praestita pietatis, affectionis, consanguinitati, ad illa repetenda, necessaria est protestatio. Quia ubi alimenta praestans protestatur, et declarat expresse se velle conservari indemnem, et repetere expensas alimentorum, versamur in claris, et consequenter non potest esse locus conjectutis, et praeumptionibus, quippe protestando alimentans, explicat animum suum recuperandi expensas, remque alioquim dubiam, facit certam; sicque mediante sua protestatione, excluditur praesumptio donationis*; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae*. Valencia, 1690. *Pars* 1, Cap. 10, núm. 7: *Ne ergo alimenta praestita a supradictis personis, intuitu pietatis, et donandi animo, erogata censeantur, sed animo repetendi expensum, debet persona alens protestationem emittere, et declarare non praestare alimenta pietatis intuitu, sed repetendi animo, quo facto repetionem habebit expensi.*

realizar en sede judicial (7) y con anterioridad a la entrega de los alimentos (8), porque, una vez que se adjudicaban, ya no se podía solicitar su posterior reintegro (9).

En torno a la necesidad de interponer el oportuno protesto para la reclamación de los alimentos, la doctrina tardo-medieval expuso una excepción: no era necesario el protesto cuando –*de iure*– no se presumía la donación de los alimentos (10). El supuesto en el que no se presumía que se hubieran entregado alimentos a un menor por mero cariño o caridad era el propio de los tutores y de los curadores, quienes podían libremente solicitar su reclamación sin necesidad de interponer el oportuno protesto judicial (11).

En torno a los alimentos, la literatura jurídica nos informa de que el tutor y el curador, al principio de su administración (12), debían obtener del juez una tasación de los gastos en la alimentación o en la educación de los menores, para así tener una conciencia clara de la cantidad anual que disponían para este apartado (13). No obstante,

(7) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 10, núm. 12: *Sed in nostro Regno hujusmodi protestatio repetendi alimenta praecisse debet judicialiter fieri, et apud acta judicii continuari.* Por el contrario, en la mayoría de los reinos hispanos se permitía realizarlo *extra judicium.* Cfr. núm. 10: *Poterant de jure communi protestari alimenta extra judicium.*

(8) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 16, núm. 29: *Istam protestationem faciendam esse a principio.*

(9) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 10, núm. 9: *nam alimentis praestitis absque protestatione, intelligitur dantem illa intuitu pietatis fecisse, et hac de causa adquiritur jus alimentato, non solvendi illa; unde licet postea protestentur, nihil operabitur protestatio in praejudicium juris quaesiti alimentato.*

(10) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 16, núm. 23: *Certum est, quod ubi de iure non praesumitur donatio alimentorum, non esse necessariam protestationem, cum tunc protestatio nihil operetur.*

(11) Galganettus, L.: *De tutela et cura tutoribus, et curatoribus, tractatus absolutissimus.* Venetiis, 1617. Lib. 2, Cap. 19, núm. 4: *Tutor sine iudicis decreto expendens pro pupillis alendis tantum recuperat, quantum iudex derevisset.*

(12) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 2: *Hanc alimentorum taxationem tenentur tutores, et curatores facere statim in administrationis suae innitio, et si facta non fuerit justa de causa, ne secreta patrimonii minoris pandantur.*

(13) D. 27,2,3; C. 5,50,2; Simoncellus, O.: *Tractatus caeterisqve solemnitatibvs in contractibus Minorum, aliorumve his similium adhibendis.* Colo-

los *doctores legum,* siguiendo las reglas del Derecho (14), reconocían que, si bien la mayoría de las veces se dejaba al arbitrio del juez la fijación de los bienes, en la praxis esta máxima se podía exceptuar cuando un tutor o un curador, en virtud de una justa causa, alimentaba a su arbitrio a sus pupilos, lo que permitía que no se desvelaran los secretos de su patrimonio o la existencia de alguna deuda (15).

Para fijar adecuadamente los gastos que el tutor podía realizar, el juez se ajustaba a los siguientes criterios:

[1] La edad del pupilo, *nam parvulis alimenta parva dantur, maioribus majora* (16).

---

niae Agrippinae, 1584. *Praefatio* núm. 63: *requiritur decretum quando decernuntur alimenta pupilos; tunc debet Decretum Iudicis inervenir, et pro modo facultatum, secundumque conditionem ac aetatem illius qui debentur alimenta decerni*; Galganettus, L.: *Tractatus*, Lib. 2, Cap. 19, núm. 4: *ex iudicis decreto dare debuerit*; Barbosa, A.: *Collectaneae*, Lib. 5, Tít. 50, *Lex* 2, núm. 1: *Tutori consulitur ut alimenta pupillo praestanda faciat taxari apraetore*.

(14) D. 27,2,1-2; C. 5,50,2; Montanus, P.: *Tractatus novus, de jure tutelarum et curationum: in quo universa tutelaris mater*. Mestelodami, 1671. Cap. 32, Regula 9, núm. 143: *Et licet hoc faciat sine decreto, suo arbitrio: tamen non aliter, quam bonus vir arbitrabitur, idque ne secreta patrimonii, et suspectum aes alienum pandatur*; Barbosa, A.: *Collectaneae*, Lib. 5, Tít. 50, *Lex* 2, núm. 5: *Iudex licet alimenta non taxet, sed tutor, aut curator suo propio iudicio ea minori tribuat, quando videt non expedire ut patrimonii quantitas intelligatur, tunc nihilominus est ipsi quod in alimentis debite expendisso constiterit, aut vir prudens fuerit arbitratus.*

(15) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 10, núm. 35: *Quod procedet indifficilius, quando tutor, aut curator in administrationis suae principio (prout apud nos solet fieri) petierit coram judice, nam etsi tutori alimenta praestita minori debeantur, etiam si taxata non fuerint a principio, aut per in curiam, aut ne secreta patrimonii minoris panderentur*; núm. 36: *Tamen si alimentorum taxatio in judicio petita fuerit, juxta consilium Imperatoris Alexandri... cum haec taxatio ad alium finen non petatur, nisi ut de impensis ratio habeatur... satis emissa censebitur protestatio repetendi alimenta a tutore taxationem petente, cum protestatio non consistat in alio, quam in animi declaratione, et animus, tam verbis protesti, quam facto taxationem petendi declaratur*; Cap. 21, núm. 3: *Vel omissa fuerit alia de causa, vel sine ea, debent accepto ferri omnes quantitates, quas tutores, et curatores expenderint in minorum alimenta, et in ipsa rationum redditione administrationis, aut quolibet in tempore, debet taxatio expensi arbitrio boni viri fieri, et admitti in calculo quod expensum fuerit.*

(16) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 21,

[2] El patrimonio del pupilo (17). Este comprendía tanto el valor de las propiedades, como sus frutos y réditos (18), de forma que si disminuía o aumentaba, en idéntica proporción debía aumentar o disminuir la asignación por alimentos (19).

En torno a este criterio, la doctrina advierte de un problema frecuente en el ámbito de la práctica jurídica: el tutor, al tener como principal obligación velar por los intereses del menor, no podía enajenar sus bienes, aunque su patrimonio no diera para pagar los gastos de alimentación o de educación (20), ni siquiera cuando esta pudiese ser la voluntad paterna (21). Para evitar el gravamen que esta circunstancia acarreaba al tutor, en la praxis vemos cómo se le permitió que pudiera ordenar al menor la entrada al servicio de un tercero (22) –con la limitación de que atendiera a su categoría social

---

núm. 4: *Attendi debet primo pupilli aetas. Parvulo enim parva alimenta sunt praestanda, et prout aetas crescit, praestantur majora pro incremento aetatis*; núm. 14: *A triennio, usque ad septennium aetatis, mediocra alimenta erunt infanti taxanda, nam cum infantia, tam in masculis, quam in foeminis, usque ad semptennium duret*; núm. 22: *A septenio usque ad pubertatem, et pubertate usque ad majorem aetatem, pinguiora alimenta debent minori taxari, quia prout aetas crescit, crescere etiam debent alimenta.*

(17) D. 27,2,2,1; D. 27,2,3,1.

(18) Cáncer, J.: *Variarum*, *Pars* 1, Cap. 16, núm. 23: *Circa praedicta observare oportet, alimenta debere praestari juxta personarum dignitatem, et quantitatem patrimonii*; núm. 24: *Quod dixi habendam esse rationem quantitatis patrimonii, intellige quoad fructus, qui ex bonis quot annis percipuntur, non quoad valorem patrimonii.*

(19) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, *Pars* 1, Cap. 21, núm. 29: *Et si facta taxatione alimentorum, redditus bonorum patrimonii pupilli diminuti fuerit, diminui etiam debent alimenta; et ex adverso, si redditus augeantur, augeri poterunt alimenta.*

(20) Partidas 6,16,20; López, G.: *Las siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono. Salamanca*, Portonariis, 1555. Reed. 1992. *Partidas*, 6,16,20, Glo. *Del moço: Sed quid si pupillus habet ita modicum patrimonium, quod redditus non sufficiunt alimenta nunquid poterit tutor ponere manum ad proprietatem*; Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 16, núm. 24: *bona siquidem pro alimentis alienari non debent.*

(21) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 31: *Et hoc debet facere tutor, etiam si pupilli pater expresse disposuerit, quod singulis annis erogaretur certa summa ad alendum pupillu, nam si summa designata reditum patrimonii excerderet, non tenetur tutor sequere voluntatem patris.*

(22) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21,

(23)– o, incluso, que le pudiera exigir que mendigara (24), cuando contaba con una edad superior a los siete años (25). Si el menor hubiera entrado al servicio de su tutor, los gastos que este hubiera podido tener eran compensados con su servicio, por lo que le estaría vedada su posterior reclamación (26).

En virtud de esta línea argumental, si el tutor o el curador hubiera contravenido las reglas y la praxis jurídicas, enajenando bienes del patrimonio del menor para poder alimentarlo adecuadamente, la ley no le facultaría para solicitar el reintegro de los gastos realizados (27). Criterio que únicamente se exceptuaba cuando el pupilo se

---

núm. 32: *Tenetur enim tutor, quando ex redditu bonorum minorem alere non potest, potius ad serviendum illum ponere, quam ad proprietates manum mittere.*

(23) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 34: *Minor nobilis potius debet servire Comiti, Marchioni, Duci, aut Regi, quam ex proprietatibus alatur.*

(24) López, G.: *Partidas*, 6,16,20, Glo. *Del moço: Sed quod potius tutor debet mittere pupillum ad mendicandum.*

(25) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 37: *Infantia dimissa, quia impubes potest jam servire, et operas praestare. Tenetur tutor mittere impuberem ad serviendum, si in redditu patrimonii non habeat unde se alat. Sed in qua aetate teneatur Tutor ponere ad serviendum minorem, non habentem sufficientem redditum ad alimenta. Aliqui tenent in quinquennio aetatis. Et haec opinio nititur in illo videlicet, quod juxta aliquos, impuberes in quinquennio aetatis servire possunt, et operas praestare*; núm. 38: *Ego autem censeo tutorem non teneri in quinquennio aetatis introducere minorem ad serviendum, sed in septennio, quia infantis nullae operae sunt, ut consultus dixit... non poterunt parvuli praestare operas, aut servire, nisi a septennio. Neque obstant fundamenta contraria, nam sunt argumenta a juribus emendatis, et a contrario sensu, quae parum faciunt contra juris rationem.*

(26) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 39: *Tenentis tutorem utentem operibus, et servitio pupilli, teneri compensare a quinquennio aetatis alimenta praestita, cum servitiis, nam etsi verum sit, quod servitia a pupillo, vel pupilla praestita tutori, compensari debeant cum alimentis, habitantum ratione valoris, et aestimationes servitii praestiti.*

(27) D. 27,2,2,1. Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 35: *Si ergo tutor, vel curator haec praestiterit alimenta pupillo ultra redditum, diminuendo, aut vendendo proprietates, non repetet impensum, quia tutori non permittitur repetere alimenta quae dedit, sed illa tantum, quae dare debuit.*

hallaba en plena infancia y carecía de un patrimonio suficiente para su alimentación. En este supuesto, al tutor se le permitía la enajenación del patrimonio del menor si el juez le otorgaba un decreto especialísimo para la enajenación de parte de su propiedad (28).

[3] La dignidad del menor (29), y no solo si este era legítimo, sino también con relación a quienes eran ilegítimos, espurios o adúlteros (30).

[4] Las costumbres del Reino (31).

2. LA REALIZACIÓN DEL INVENTARIO DE LOS BIENES

2.1. ORIGEN. *DE IURE*

En el Derecho romano (32), al margen de la posible aceptación del *beneficium inventarii* por parte de los herederos o de los acreedores, y de su exclusión de los legatarios y de los fideicomisarios particulares, hallamos en el *Codex* una mención explícita a la obligación que recaía sobre los tutores y los curadores de confeccionar

(28) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 36: *Infans qui ex redditu patrimonii nequit ali, potuerit, infantia durante, ex proprietatibus ali, decreto judicis speciali interveniente.*

(29) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 85, núm. 5: *Et prima facie videbatur dicendum, iuxta qualitatem personae taxanda fore;* núm. 40: *Tertio in taxatione alimentorum debet judex praeoculis habere dignitatem minoris alendi, et facere alimentorum taxationem juxta dignitatem, et spendorem quem pupillus habet.*

(30) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 41: *quod procedet etiam in prole illegitima, spuria, vel adulterina, nam et si jure civili attento spurii, et adulterini filii alendi a patre non esset*; núm. 42: *Tamen juxta juris Canonici aequitatem, alendi sunt filii, non tantum naturales, sed spuri, adulterini, et quilibet alii ex quolibet complexu habiti.*

(31) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 21, núm. 48: *Ultimo debet atendi in hac alimentorum taxatione consuetudo Regni, aut Provinciae ubi taxantur…*

(32) Obarrio Moreno, J. A.: *Beneficium inventarii. Origen, pervivencia y recepción en el sistema jurídico español.* Madrid, 2006. Voci, P.: "beneficio d'inventario". *Enciclopedia del Diritto*, XXII. Varese, 1072, p. 631.

un inventario solemne de todos los bienes y documentos de las personas sometidas a tutela y a curatela (33), de forma que, salvo que se pudiera alegar una justa y necesaria causa, su ausencia determinaba una conducta dolosa, lo que permitía al pupilo recurrir al *iusiurandum in litem* (34).

Esta obligatoriedad fue recepcionada tanto por la propia *communis opinio,* como por los tratados de arte de notaría y de práctica procedimental del bajo medievo.

2.1.1. El inventario en los *ars notariae*

La preocupación que sintieron los glosadores por la correcta formulación y difusión de los documentos jurídicos facilitó, a mediados del siglo XIII, el desarrollo de toda una teoría de la práctica notarial, que alcanzaría, como lo demuestran las obras de Rainiero DE PERUGIA, SALATIEL o de Rolandino PASSAGERI, el rango de *sciencia artis notariae* (35).

En torno a la institución objeto de estudio, ya en la *Summa Rolandina* hallamos referencias tangenciales en las rúbricas *Tutela testamentaria* y *Cura generalis ad causa et negotia*, donde se reflejaba la obligatoriedad que tenían los tutores y los curadores de realizar el inventario de los bienes del pupilo, o de la persona a la que, por su incapacidad, se le asistía y protegía:

> *... et inventarium facere de rebus eorum et administra sue tempore debito reddere rationem cum integra residuatione consignatione... et inventarium secundum iuris ordinem faceret et curator atque administrationis sue cum integra restitutione et consignatione omnium eorum quam praedictor occasione ad ipsum puenerint reddere rationem...* (36).

---

(33) C. 5,37,24; 5,70,7,5; C. 5,70,7; CTh. 3,30,6,pr. [=brev. 3,19,4pr.] CTh. 3.30.6.1 [=brev. 3,19,4,1].

(34) D. 26,7,7,pr.; C. 5,55,3,4-5; VOCI, P.: "v. beneficio d'inventario", ob. cit., p. 631: "La mancata redazione dell'inventario ha una conseguenza assai grave in sede di rendiconto alla fine della tutela: l'ex pupillo è legittimato a stimare lui stesso il danno subito, secondo il solito procedimento dello *iusiurandum in litem*".

(35) FIGA FAURA, L.: "Los formularios notariales y la formación del notariado en Cataluña". AAMN, XXII, vol. I, pp. 322-327.

(36) PASSAGERI, R. DE: *Summa artis notariae. Summa Rolandiana.* Venetiis, 1492.

Asimismo, vemos reflejada esta obligación en su obra *Apparatus super Summa notariae,* conocida como *Aurora –qui Aurora nuncupatur* (37)–, donde, en el *capitulo septimum,* rúbrica *Sequitur instrumentum inventarii ab herede confecti,* con idéntica claridad expositiva menciona el deber que recaía sobre la figura del tutor y del curador, quienes, como ya ha quedado demostrado, poseían la responsabilidad de realizar el inventario de los bienes del pupilo o del tutelado de acuerdo con el régimen jurídico de cada comunidad:

> *Instrumentum inventarii confectum a tutore*, *Rubrica*:
>
> *In nomine patris et filii et spiritus sanctis Amen. Cor. Tutor constitutus et decreto iudicis confirmatus dominum pupillo filii et heredi quondam An. ut patet in instrumento supra decreto eiusdem tutele descripto manu talis nota. sciens ad inventarii confectione de rebus et bonis ipsius pupilli secundum iuris ordinem se teneri: praesens inventarium mox postquam tutor fuit constitutus et confirmatus fuit tutor: de bonis et rebus creditis et debitis: atque mobilibus debitoribus hereditatis quondam dicti An. et ipsius pupilli inceptum sub anno domini Mccl. in xiiii die vi intrante aprili in hunc modu: promisso venerabilis sanctae crucis signaculo facere procuravit*.
>
> *In primis quidem dixit et asseruit in bonis et hereditate predicta se invenisse duo scrinea et totidem vegetes: et tantum frumentum: et tantum vinum: et sic de singulis ponendo primo res mobiles: secundo res immobiles scilicet domos et terras designatas per loca et latera: tertio et ultimo credita et debita. Unde nota quod curatores generales etiam de bonis rebus adulti seu muti vel surdi: et similium personarum et etiam curator datus ventri et cura. datus bonis absentis et indefensi debent inventarium facere simili modo et forma mutato nomine tutoris in curatorem et nomine pupilli in nomen adulteri seu muti et tenorem negocii: et tam tutores quam curatores generales debent inventarium conficere mox quam fuerint constituti in quam cito possunt et debet scribi dies in quo inventarium inchoatur et dies in quo terminatur sive legatur inventarium coram inventarium facit aliquis ex testamento: vel ab intestato: heredem ne inconsulte adeat hereditatem: et ex huiusmodi inventario consequitur hoc beneficium: quia postmodum ultra vires hereditarias creditoribus hereditariis non tenetur: et etiam consequitur falcidiam*.

(37) *Apparatus super Summa notariae, qui Aurora nuncupatur.* Ed. *Corpus totius artis notarie perfectum. Auctore preclaro Juris doctore Domino Bartholomeo ab Horrario Patavino.* 1528.

2.1.2. El inventario en los *libri de iudiciorum ordine*

Complementaria a la autoridad que se le atribuye a las *glossae, summae* y *commentaria* se encuentran los tratados de práctica procedimental, los cuales, si bien no ofrecen soluciones teóricas innovadoras, sí reflejan, de forma precisa y sintética, la vigencia y difusión que una institución tiene en el ámbito forense.

Dentro de los *Ordo Iudiciarius,* una exposición coherente se puede ver en la obra de Guillermo Durante, *Espejo Judicial,* donde, al analizar las personas que estaban obligadas a realizar el inventario, señalaba, en primer término, al tutor y al curador (38), quienes debían, salvo prohibición expresa del *de cuius,* realizarlo en el plazo más breve posible (39); obligación que se extendía incluso cuando las *consuetudines* del lugar no lo exigían (40). No en vano, Durante, amparándose en la autoridad textual del *Corpus Iuris Civilis* (41), afirmaba que no habiéndose realizado el *inventarium,* el tutor no solo se vería incapacitado para hacerse cargo de las cosas o de los bienes recibidos, sino que, además, sufriría la suspensión del cargo y la posterior pena de infamia (42).

---

(38) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale.* I. Basel, 1574. Reed. Aalen, 1975. *De instrumentorum editione,* núm. 1: *Et scias, quod quintuplex est inventarium, scilicet tutoris a seu curatoris, orphanotropi, praelati, haeredis, et fisci.*

(39) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale. De instrumentorum editione*, núms. 1 y 10: *Et nota, quod curatores generales de rebus omnibus, etiam adulti, seu muti, vel surdi, et similium personarum, et etiam curator ventri datus, et datus bonis absentis in defensi, debent inventarium facere simili modo et forma, mutato nomine tutoris in curatorem, et nomine pupilli in nomen adulti, seu muti, et tenore negotii: et tam tutores, quam curatores generales debent inventarium facere mox.*

(40) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale, instrumentorum editione,* núm. 8: *Quid si sit de consuetudine regionis, quod non fiat inventarium? Respondeo Non vedetur in culpa consuetudinem servans.*

(41) D. 26,7,7: *Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest; quod ex iureiurando in litem aestimatur. Nihil itaque genere ante inventarium factum eum oportet, nisi id, quod dilationem nec modicam exspectare possit.*

(42) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale, instrumentorum editione*, núm. 4: *Tutor autem et curator nil de bonis pupilli, vel adulti debent attingere, nec*

Estas garantías procedimentales se acentuaban cuando se reafirmaba la naturaleza del inventario como un instrumento público en el que se describían y consignaban los bienes, los derechos y los deberes del difunto, lo que originaba que ni las confesiones contradictorias del tutor o del curador, *extra ius vel extra inventarium,* ni perjudicaban a la veracidad de lo inventariado –aunque estas podían elevar la cuantía de los bienes hereditarios (43)–, ni lesionaban los intereses legítimos de un tercero (44), ni podían hacer un uso o una reivindicación de sus bienes, más allá de lo reflejado en el inventario (45). En este sentido, Durante señaló que la omisión de la mayoría de los bienes vulneraba las cautelas judiciales e impedía el consiguiente perfeccionamiento del *inventarium –incaute factum habetur pro infecto–*, por lo que debía ser denunciado mediante el oportuno protesto (46).

---

ullam communionem in eis vendicare, nisi prius inventario legitime facto, res eis fuerint traditae: et hoc, nisi testator inventarium conscribi vetuerit: alioquin si inventarium non facit, et removeatur, ut suspectus punitur, et infamis efficitur.

(43) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale, instrumentorum editione*, núm. 1: *Et nota, quod si tutor extra ius, vel extra inventarium confiteatur plus esse in bonis minoris, quam sit, non praeiudicat talis confessio veritati: secus, si in inventario sit confessus... Et sic statur inventario publice confecto contra tutorem, vel curatorem: non contra pupillum, vel adultum. Est ratio, quia fides ei adhibenda est contra se.*

(44) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale, instrumentorum editione*, núm. 2, donde reivindica el carácter público del *inventarium*, el cual, una vez confeccionado en su totalidad, se convierte en prueba contra la reivindicación de un tercero: *Sed nunquid in praeudicium tertii stabitur inventario? Videtur, quod sic: argum. ff. de adminsitr. tuto. chirographis. Sed illud est ita intelligendum, si totius instrumenti debiti tenor in inventario continetur, tunc enim standum est inventario, et probat contra tertium.* Únicamente, nos dirá Durante y el propio Juan Andrés, se permite al tutor ir contra el inventario cuando se aprecia un error ostensible: *tutorem contra inventarium non audiri, nisi acerrimus eius esset error.*

(45) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale, instrumentorum editione*, núm. 4: *Tutor autem et curator nil de bonis pupilli, vel adulti debent attingere, nec ullam communionem in eis vendicare, nisi prius inventario legitime facto, res eis fuerint traditae...*

(46) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale, instrumentorum editione*, núm. 6, donde advierte que únicamente excluye la confección del inventario por la omisión de la mayoría de los bienes, no por la mera ausencia de alguno de ellos: *Et haec vera sunt, si multa omisit: si vero quasi omnia posuit, et*

La forma en que se realizaba la confección del inventario nos la aporta Durante (47), y se suscribía en los siguientes términos: una vez confirmado como tutor, este procedía, en primer término, a consignar los bienes muebles; a continuación, los inmuebles; y, por último, los créditos y las deudas. Finalizado este, si no había protesto alguno, el tutor lo rubricaba, y el notario lo confirmaba mediante la siguiente fórmula:

> *Praesentibus et vocatis coram tali iudice, talibus legatariis, et me tali notario ac testibus infra scriptis: quoniam tutoribus et curatoribus necessitas imponitur a lege de minorum rebus inventarium publice scribere, idcirco ego A. tutor talium pupillorum, hoc inventarium scribo: et praemisso a me venerabili signo Crucis, quae de pupillorum bonis inveni, in eo pono. Inveni igitur instrumentum tale et tale, etcetera. Item tot equos, etcetera. Item talem vineam, etcetera. Item inveni dictos pupillos debere tali tantum, etcetera. Ego praedictus tutor omnia praemissa scribi praecepi. Ego talis iudex praesens fui, et meam autoritatem interposui: et nos M. et H. testes rogati interfuimus. Ego B. notarius hoc inventarium scripsi, et publicavi: et ad maiorem cautelam adiciatur alius notarius, quis sic subscribat: ...* (48).

2.1.3. El inventario en la escuela estatutaria

El esquema de racionalidad jurídica alcanzado por los glosadores, y, en particular, en la redacción de la *Magna Glossa,* permitió a la escuela estatutaria realizar nuevas consideraciones en torno a la *Lex Romana* y a la *Lex Ecclesiastica,* lo que, sin duda, facilitó la evo-

---

modicum quid omisit, et leve forte, vel vile, non ob hoc eum repellerem ab agendo... En análogo sentido se manifiesta cuando sostiene que ha de confeccionarse un nuevo inventario cuando al pupilo acceden nuevos bienes: *Sed nunquid inventario confecto, tenetur super rebus postea pupillo quacumque; ratione delatio novum facer inventarium?... Tu dic, quod est necesse fieri inventarium de rebus principalibus obvenientibus. Fieri tamen debet instrumentum publicum, et sic intelligi debet.*

(47) No obstante, esta fórmula fue criticada por Saxoferrato, B. de: *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatii excellentissimorum doctorum*. Tomo III. Ed. Istituto giuridico Bartolo da Sassoferrato. Il Cigno Galileo Galilei. 1996. Rúb. *De administratione et periculum tutorum et curatorum,* –D. 26,7– fo. 62, núm. 13: *Et per hoc non placet mihi forma inventarii quam Speculum poni*...

(48) Durandus, G.: *Speculum Iudiciale, instrumentorum editione*, núm. 9. Con relación a la forma del inventario de los curadores, véanse números 10-11.

lución de la experiencia jurídica romana, convirtiéndola en la *forma mentis* del jurista contemporáneo.

En este sentido, la lectura de la constitución *Scimus* llevada a cabo por los comentaristas no responde a una mera reconstrucción histórico-textual, sino al intento por dotarla de una adecuación a la nueva mentalidad jurídica, lo que sirvió de modelo a los tratadistas del beneficio de inventario, tal y como en posteriores capítulos comprobaremos.

En este sentido, autores como Albericus de Rosate o Baldus de Ubaldis fueron explícitos al mencionar a los tutores y a los curadores entre las personas que estaban obligadas por su cargo a la confección del inventario de los bienes del menor: *Inventarium debet facere: tutorum, curatorum, Orphanotroporum, praelatorum, haeredum fisci, et aliorum qui inventarium conficiendum tenetur, et eorum formis... Decedente Episcopo oeconomus et canonici de omnibus bonis ecclesiae debent facere inventarium* (49).

Con relación a la forma, la doctrina nos describe la obligación de anotar los bienes muebles, los inmuebles, los créditos, las deudas, así como las cosas ajenas –*puta res depositae, vel comodatae*– (50). Anotados y descritos los bienes, un notario –*sufficit unus notarius*

(49) Rosate, A. de: *Dictionarum, Litera* I; Ubaldis, B. de: *Consiliorum, sive responsorum*. Vol. II, *Consilia* 146, núm. 2: *Sed posito, quod esset curator, esset videndum, utrum sit generalis curator datus ad negotia, et sic ad videndum per modum voluntariae iurisdictionis, seu contractus, teneatur conficere inventarium, cum isti qui habent examinare patrimonium, incumbere ipsis viribus patrimonii, secundum quosdam tenentur inventarium conficere.*

(50) Ubaldis, B. de: *Commentaria in sextum Codicis librum*. Rúb. *De iure deliberandi. Lex* XXII. *Cum igitur,* núm. 8: *Quero: requiritur in inventario quod apponantur res mobiles et immobiles et iura;* núm. 10: *Inventarium debet facere mentionem de rebus alienis que tenebantur a testatore*; Castro, P. de: *In primam (-secundam) Codicis.* Rúb. *De iure deliberandi. Lex* 22. *Cum igitur*, núm. 5: *Fit autem inventarium super rebus quas defunctus habebat tempore mortis. Sed pone, quod habebat res alienatas commodatas, vel depositas, et sic erant in haereditate, an sint ponendae in inventario? doc. tenent, quod sic, quia etiam illae veniunt in petitione haereditatis*; Mainus, J.: *In Secundam Codicis Partem Commentaria,* Rúb. *De iure deliberandi, Scimus,* núm. 3: *Tertio requiritur quod in inventario describuntur omnes res mobiles et immobiles testatoris... in inventario debeant describi res aliene, puta res deposite penes testatorem, vel commodate.*

(51)– procedía a levantar acta pública de su cuantía (52) –*non ergo sufficit scriptura privata* (53)– en presencia de varios testigos (54), todos ellos fidedignos (55), vecinos del lugar (56), solventes y con conocimiento del tutor (57), quien deberá suscribirlo –*quod nullam*

(51) En análogo sentido, Ravanis, J. de: *Lectura Super Codice.* Rúb. *De iure deliberandi*, fo. 293v.: *Dicit litera quod debet fieri sub praesentia tabulariorum. Exigitur ne ergo quod fint ibi duo tabelliones.* Contrario a este criterio, Mainus, J.: *In Secundam Codicis Partem Commentaria*, rúb. *De iure deliberandi, Scimus,* núm. 4: *Quarto requiritur quod inventarium scribatur manu duplici notarii, et licet tex. hic dicat sub presentia tabellionum, et sic videatur plures notarios requirere...*

(52) Saxoferrato, B. de: *Consilium* 154, núm. 11; Ubaldis, B. de: *Commentaria in sextum Codicis librum*. Rúb. *De iure deliberandi. Lex* XXII. *Cum igitur,* núm. 11: *Sed nunquid potest una pars inventarii scribi per unum tabellionem, et alia pars per alium? Et dic quod non...*

(53) Castro, P. de: *In primam (-secundam) Codicis*. Rúb. *De iure deliberandi. Lex* 22. *Cum igitur,* núm. 5: *Tertium, quod requiritur, est, quod conficiatur manu publici notarii... non ergo sufficit scriptura privata...*

(54) Saxoferrato, B. de: *Consilium* 154, núm. 9: *In confectione inventarii an debent adesse tres testes*; Mainus, J.: *In primam [secundam] Codicis partem Commentaria. Scimus,* núm. 4: *Octavo requiritur presentia testium... nec invenio ab alio tactum, quod non sufficit testes esse presentes ad videndum scribi inventarium, sed etiam debent res hereditarie offerri inspiciende in presentia testium, ut magis constet de legalitate heredis. et licet glossa hic verbo ceterorum dicat quod requiruntur tres testes, dic quod duo sufficiunt per regulam... verum est quod quando creditores et legatarii essent absentes, tunc ultra duos testes debent loco legatariorum et creditorum adhiberi tres alii teste bone opinio et fama iuribus...*

(55) Saxoferrato, B. de: *Consilium* 154, núm. 10: *In confectione inventarii requiruntur teste bone opinionis et fame.*

(56) Ubaldis, B. de: *Commentaria in sextum Codicis librum*. Rúb. *De iure deliberandi. Lex* XXII. *Cum igitur*, núm. 18: *Et nota. quod vicini presumuntur cognoscere et scire res vicini... sufficit si in instrumento inventarii dicatur presentibus testibus talibus vicinis...*

(57) Ubaldis, B. de: *Consiliorum sive responsorum,* volumen IV, *consilium* 147, núm. 1: ... *duo testes adhibentur, ut probent, et tres ut eorum praesentia repleatur creditorum, et legatariorum absentia, et ergo secundum hoc sunt necessarii 5. testes; Commentaria in sextum Codicis librum.* Rúb. *De iure deliberandi. Lex* XXII. *Cum igitur*, núm. 16: *Tabellio et testes debent cognoscere contrahentes*; Castro, P. de: *In primam (-secundam) Codicis.* Rúb. *De iure deliberandi. Lex* 22. *Cum igitur*, núm. 6: *Septimo requiritur, quod adsint testes. Glossa dicit, quod requiruntur tres. Tu dic quod a probationem inventarii requiruntur duo, sed ad supplendum praesentia creditorum ultra illos duos requiruntur alii... et quod sint bonae opinionis, et*

malignitatem comisit (58)–, o, en su defecto, si este no supiera o no pudiera, procedería a la *suscriptio* un notario (59) o su procurador (60), cuando este no hubiera realizado el inventario (61).

2.1.4. Los tratados sobre la confección del inventario

Finalmente, para no hacer excesivamente prolija esta evolución, vemos en los distintos tratados sobre el inventario un análisis pormenorizado de la obligatoriedad que tenían los tutores y

eodem loco, et locupletes; Mainus, J. de: *In primam [secundam] Codicis partem Commentaria. Scimus*, núm. 4: *Nono loquitur quod testes cognoscant heredem*; Ravanis, J. de: *Lectura Super Codice*. Rúb. *De iure deliberandi*, fo. 293v.

(58) Ravanis, J. de: *Lectura Super Codice.* Rúb. *De iure deliberandi,* fo. 293v.: *Dicitur quod istud inventarium continebit quantitatem et subscriptionem heredis: et continebit illa subscriptio quod nullam malignitatem comisit: et si nesciat scribere heres vel impediatur vocandus est aliis specialis tabularibus ut per herede subscribat.*

(59) Ubaldis, B. de: *Commentaria in sextum Codicis librum*. Rúb. *De iure deliberandi. Lex* XXII. *Cum igitur*, núm. 11: *Item requiritur subcriptio heredis: tamen si nescit scribere debet uni tabellioni hoc committere; Consilia sive responsorum,* volumen IV, *consilium* 147, núm. 1; Castro, P. de: *In primam (-secundam) Codicis.* Rúb. *De iure deliberandi. Lex* 22. *Cum igitur,* núm. 5: *Quinto requiritur, subscriptio haeredii vel si nescit scribere, quod adhibeatur sencundus notarius, quae subscribitur pro eo*; Mainus, J. de: *In primam (secundam) Codicis partem Commentaria. Scimus*, núm. 4: S*exto requiritur quod heres se subscribat in inventario...*

(60) Mainus, J. de: *In primam (secundam) Codicis partem Commentaria. Scimus,* núm. 4: ... *heres posset illam subscriptionem facere fieri per procuratorem specialem, maxime quando ipse nescit scribere. movetur per huc tex. in fi. ubi datur facultas heredi conficiendi inventarium per procuratorem. ergo multo magis subscribendi...*

(61) Ubaldis, B. de: *Commentaria in sextum Codicis librum.* Rúb. *De iure deliberandi. Lex* XXII. *Cum igitur*, núm. 22: *Nunquid ergo ubi inventarium fecit per procuratorem secundum quod ei perinissum est in proximo. poterit subscribere etiam per procuratorem? Videtur quod non: quia hic dicit quod per se vel per tabellionem ad hoc specialiter adhibitum debet subscribere.*

los curadores (62) de confeccionar un inventario de los bienes del menor (63).

Con relación a la forma en que estaban obligados los tutores, se afirmaba que esta era una responsabilidad que les concernía con independencia de su condición (64); obligatoriedad que se podía excepcionar si se alegaba una justa causa, como era una enfermedad o una razón que le excusase: su exención por parte del testador, del *iudex* o de la *consuetudo* del lugar (65).

No obstante, como sostuvo Porcellini, la posibilidad de que el testador pudiera eximir al tutor de la confección del inventario no fue pacífica dentro de la doctrina *–ista quaestio fuit disputata–.* A su juicio, aun reconociendo la pluralidad de opiniones, entendía que debía seguirse el criterio de autores como Acursio, Durante, Bártolo

(62) Valle, R. A.: *Tractatus non minus utilissimus quam neccesarius de inventarii confectioni.* Pisauri, 1574. *Secunda pars, quaestio* 44-49, obligación que se extiende al *Curator datus haereditati iacenti,* al *Curator datus ad praedia sola administranda;* pero no así con relación al *Curator ad litem,* del *curatore dato ad rem certam* o cuando el patrimonio sea exiguo.

(63) Valle, R. A.: *Tractatus, Secunda pars, Quaestio* 38, núm. 1 y *quaestio* 44, núms. 1-2; Porcellini, F.: *Tractatus celebris de confectione inventarii. Tractatus de successionibus, tam ex testamento, quam ab intestato/ diversorum clarissimorum iurisconsultorum, quorum catalogum sequens indicat pagina: quibus iura testamentorum, ultimarum voluntatum, substitutionum, aditionum, inventarii, collationum et similium exactissime comprahenduntur.* Coloniae Agrippinae. 1590. Cap. 1, núm. 4: *Primum est inventarium tutoris et curatoris.*

(64) Porcellini, F.: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 5: *an omnes tutores debeant facere inventarium? dic quod omnes tenentur, et legitimi, et dativi, et testamentarii... Idem si est honorarius, quia est particeps tutelae*; Valle, R. A.: *Tractatus, Secunda pars, Quaestio* 38-43, quien lo hace extensible al *tutor honorarius vel datus causa notitiae,* al *tutor datus in locum absentis,* al *tutor datus ad unum articulum,* o al *coadiutor;* pero no así al *actor tutoris.*

(65) Porcellini, F.: *Tractatus,* Cap. 1, núm. 13: *Tutores inventarium non conficientes, quibus de causis excusentur: Circa istos tutores quaero, an indistincte debeant semper facere inventarium, dic quod sic: nisi in duobus casibus, quando scilicet causa necessaria quae excusaret, vel causa iustissima... Est autem causa necessaria in persona tutoris, quae morbo impeditur, vel de morbo dubitans... Causa autem iustissima est, si testator remisit confectionem inventarii... Item si consuetudo esset, ut tutores non facerent inventarium... Item si iudex remittat ex causa inventarium.*

o Baldo, para quienes se hacía evidente que el juez, en beneficio del menor, podía revocar la voluntad arbitraria del testador (66).

De la impronta que esta institución tuvo en el ámbito de la práctica forense se hacen eco los tratadistas, quienes, al fijar explícitos criterios de actuación, nos permiten hacer una lectura clarificadora de los siguientes requisitos a los que estaban sujetos los tutores, a saber:

Primero. Tenían la obligación de realizar el inventario cuando accedían al cargo (67), confeccionándolo en presencia de uno o de varios notarios, mediante un modelo previamente establecido (68).

(66) Porcellini, F.: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 14: *Inventarii confectio an possit per testator remitti, quando, et in quibus. Et an per statutum aut consuetudinem tolli possit. Quaero ibi pro expeditione istius articuli, an confectio inventarii possit per testatorem remitti, et videtur quod non... quod ista quaestio fuit disputata... Et procedit, inquantum iudici apparet, quia licet testator remiserit. Si tamen iudici videtur, quod debeat fieri inventarium, compellet tutorem ad ipsum faciendum... et pro hac opinione potest assignari ratio, quia propter utilitatem pupilli potest recedi a voluntate defuncti.*

Con relación a la posible remisión por parte de los estatutos o costumbres: *Si autem quaeritur, an tolli possit statuto vel consuetudine, dic quod sic, inquantum est inventa a iure civile: non autem illa, quae est inventa de iure gentium, ut in ore duorum vel trium stet omne verbum.*

(67) Valle, R. A.: *Tractatus, Secunda pars, Quaestio* 38, núm. 3: *Tutor ante confectionem inventarii non potest administrare nisi id, quod non recipit dilationem*; Porcellini, F.: *Tractatus,* Cap. 1, núm. 6: *Quarto quaero, quando debet facere inventarium? dic quod eo ipso, quod est factus tutor vel curador debet facere... Non autem tutor de bonis pupilli tangere vel administrare debet, nisi prius facto inventario, alioquin potest ut suspectus removeri, et efficitur infamis.*

(68) Porcellini, F.: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 6: *Secundo requiritur in tutore, quod fiat in praesentia publicarum personarum, id est, tabulariorum, ut exponit glossa 3... licet autem dicat in plurali, tabulariorum, tamen sufficit unus notarius et ita servat practica, et ibi tenet glossa, et Bartolus*; Cap. 1, núm. 11: *Decimo quaero, quomodo formetur inventarium per tutorem? Potest ergo formari practica istius inventarii tribus modis. Uno modo, loquendo in tertia persona, hoc modo: In Christi nomine, amen. Talis tutor constitutus et decreto iudicis confirmatus, Seio pupillo filio et haeredi quondam talis, ut patet in instrumento super decreto eiusdem tutelae scripto manu talis notarii, sciens se teneri ad confectionem inventarii secundum*

Segundo. Con relación a su contenido, en él debían constar todos los bienes y los créditos del pupilo. Fijado este criterio general, se cuestionaba si se tenía que confeccionar un nuevo inventario cuando el pupilo recibía posteriores bienes. Ante la dualidad de opiniones, Porcellini, siguiendo el criterio de Ubertus de Bobio, entendió que era suficiente con constatar fidedignamente el incremento patrimonial en el mismo inventario, lo que evitaba la duplicidad del inventario y los riesgos de un posible fraude (69). No obstante, si un tercero albergaba la mínima sospecha sobre los bienes inventariados, podría exigir una copia de estos, a lo que debía acceder el tutor (70).

---

iuris ordinem, praesens inventarium mox postquam constitutus et confirmatus fuit tutor, de rebus creditis et debitis, atque nominibus debitorum et haereditariorum quondam dum talis et ipsius pupilli... Potest secundo modo confici, ut ipse tutor in prima persona loquatur hoc modo: Ego Franciscus de Porcellinis, utriusque iuris Doctor, miles et comes, tutor et cetera... Potest et tertio modo sic confici, praesentibus tali iudice, talibus legatarii, et me tali notario, ac testibus infraescriptis: quoniam imponitur necessitas tutoribus et curatoribus, de rebus minoris publice inventarium conficere: ideo ego Franciscus tutor talis pupilli, inventarium scribo, et praemisso a me venerabile signo, quae de bonis pupilli inveni, in eo pono: inveni ibi tale instrumentum et tale... ego talis iudex praesens fui, et meam authoritatem interposui.

(69) Porcellini, F.: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 7: *Inventarium novum an conficiendum per tutorem in acquisitis pupillo de novo: Item tertio requiritur, quod solemniter fiat, ponendo omnia bona et instrumenta, et sic mobilia et immobilia, et nomina debitorum: alias posset tutori opponi, quod incaute fecisset, et sic haberetur pro infecto... Quid autem si completo inventario, res aliquae dentur pupillo, vel ex successione, vel inter vivos, an debeat novum facere inventarium Odofredus tenet quod sic,* –C. 5,79,7,7–... *Ubertus de Bobio, tenet contrarium: quia sufficit illud semel fecisse,* criterio que él acepta *quod non est necesse fieri inventarium, sed debet fieri instrumentum publicum… in fructibus autem es verum, quod sufficit ponere in rationibus.*

(70) Porcellini, F.: *Tractatus,* Cap. 1, núms. 16-17: *Inventarii copia adversario petenti an in totum danda... Sed quid, si adversarius petit copiam totius inventarii: quia intendit tutorem accusare de suspecto, ex eo quod omnes res non posuit, an audietur?... fiet ergo copia hoc modo, ut practica habeatur.*

Tercero. Por lo que respecta a su veracidad, si se realizaba con las cautelas (71) y las solemnidades prescritas (72), únicamente se podía poner en entredicho el inventario si el tutor advertía un notorio perjuicio para el menor (73).

Cuarto. Finalmente, su carácter perentorio se advertía en la sanción que se derivaba de su omisión, que consistía en la revocación de su cargo (74).

2.2. VIGENCIA EN EL DERECHO DE LOS REINOS HISPANO-MEDIEVALES: *DE FORO*

2.2.1. Obligatoriedad

En el ámbito del Derecho de los reinos hispanos (75), idéntica relevancia adquirió el curador (76) –ya fuese para la gestión de los

(71) Porcellini, F.: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 9: *Cautela pro tutoribus inventarium conficientibus. Cautela ergo est, quod tutor dicat, pono instrumenta talia et cetera, et nescio an sint inania, nec ne.* En el supuesto de apropiación fraudulenta era sancionado con la pena *ad duplum: Septimo quaero: quid si in confectione inventarii aliquas res suppressit? Dic quod tenetur ad eas duplicatas... maxime si hoc scienter feciet.*

(72) Porcellini, F.: *Tractatus,* Cap. 1, núm. 18: *quando dicitur perfectum inventarium tutoris? Dic, quando bona reperta in bonis pupilli, sint descripta, et per nos publicata.*

(73) Porcellini, F.: *Tractatus,* Cap. 1, núm. 8: *Quinto quaero: pone, quod tutor velit probare contra inventarium, an audietur? Et videtur quod sic... Sed dico, quod favore minoris et propter authoritatem inventarii non auditur, nisi velit ostendere errorem.*

(74) Valle, R. A.: *Tractatus, Secunda pars, Quaestio* 38, núms. 4-5: *Tutor non conficiens inventarium, et qui est in dolo praesumpto, removeri debet tanquam suspectus*; Porcellini, F.: *Tractatus*, Cap. 1, núm. 10: *Octavo quaero: Tutoris inventarium non conficientis poena: quia removetur ut suspectus ab officio, et poterit extraordinaria poena puniri,* Cap. 3, núm. 14: *Tutor in negligentia confectionis inventarii, et administrans an removendus. Quaero deinde, quid si neglexit facere inventarium per plura tempora, tamen postea fecit, an possit agere? Videtur quod non: immo videtur quod debeat removeri ut suspectus... quod poterit obiici, quod non fuit factum mox cum potuit.*

(75) Fueros de Aragón, rúbrica *De tutoribus, fuero* 2: *Assi mesmo sia tenido de fazer è faga inventario de todos los bienes de los ditos pupilos, menores de edad, locos, è furiosos.*

(76) Es interesante resaltar la opinión de Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1,

negocios (77) , de los bienes del ausente (78) o del concebido y no nacido (79)– y el tutor (80) –ya fuese testamentario, legítimo o dativo (81)–, a no ser que, o no le hubieran entregado todos los bienes

---

Cap. 7, núm. 25, quien nos informa de que en la praxis jurídica era común que el tutor testamentario pasara –*ipso facto*– a ocupar el cargo de curador cuando el menor alcanzaba la mayoría de edad: *Et hoc est quod dicit Andr. Gaill. lib. 2, observat. 2 et 3, de consuetudine generali ubique recepta, tutores manere curatores, tutela per pubertatem finita.*

(77) Mieres, T.: *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*. Barcelona, 1621. Coll. 6, *De iure Dotium*, núm. 78, se pregunta si también es extensible esta obligación al curador *ad litem*, a lo que concluye que en principio no, porque no lo exige la tradición legal catalana; pero, si este recibiera algún bien, sí debería llevarlo a cabo: *Sed quid de curatore ad litem? Sed de iure si aliquid ad eum perveniant, debet conficere.* Criterio que fue asumido ampliamente por la doctrina foral: Bas y Galcerán, N.: *Theatrum, Pars* 2, Cap. 38, núm 52: *Inventarium non tenetur curator in litem facere, juxta sententiam ab omnibus admissam*; no obstante, el propio autor, *Theatrum Jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 34, núm. 38, extiende al curador de la herencia yacente la obligación de llevar a cabo la confección del inventario: *Et quia huiusmodi curatores, reddere debent administrationis sua rationem, tenentur inventarium conscribere de omnibus haereditariis bonis.*

(78) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum, Pars* 2, Cap. 36, núm. 24: *Debet curator prodigi ad regenda bona, inventarium facere, jurare, et idoneam cuationem praestare*; Cap. 37, núm. 34: *Curator furiosi debet jurare, satisdare, et inventarium facere.*

(79) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum, Pars* 2, Cap. 24, núm. 21: *Curator iste ventris, tenetur inventarium facere, jurare, praestare cautionem fidejussoriam, et reliqua, quae caeteri tutores, et curatores ad regenda bona facere tenentur.*

(80) Cáncer, J.: *Variarum*, Part. 1, Cap. 7, núms. 100-104, señala que el tutor no solo tiene la obligación de llevar a cabo el inventario, sino que, además, debe tener un libro de entradas y salidas, el cual puede servir para probar la negligencia de su comportamiento: *Tutor non solum cogitur inventarium facere... verum etiam tenetur conficere librum rationum de datis, et acceperis: et si non fecit, iurari potest per pupillum, nunc adultum, contra eum in litem... Huic libro rationum statur, quatenus facit contra tutorem.*

(81) Gutiérrez, J.: *Tractatus de tutelis,* Part. 2, Cap. 1, núm. 1: *Tutor omnia conficere debet inventarium de omnibus rebus pupilli in quo contineantur eius privilegia*; Comes, J.: *Viridarium artis notariatus,* rúb*. De inventario*, Cap. 9, núms. 6 y 13-15; Gibert, V.: *Theorica artis notariae. De inventario*, Cap. 11, fo. 281-282.

o, en el supuesto del tutor, que el *de cuius* se le exonerase (82), en cuyos supuestos *inventarium facere non tenetur* (83).

Con relación a su obligatoriedad, el sentir mayoritario de la tradición textual (84) y de la mayoría de los reinos hispánicos (85), nos informan de que la práctica jurídica evidenciaba que la ausencia de la confección del inventario por parte del tutor o del curador cuestionaba la legitimidad de su cargo, criterio que fue asumido incluso por el Ordenamiento del Reino de Valencia, en el que se exigía su realización (86), si bien no por su doctrina (87), lo que evidencia,

(82) Lo que no implicaba que pudiera verse exonerado de dar cumplida cuenta de su administración o de su comportamiento doloso. *Vid.* Gibert, V.: *Theorica artis notariae. De inventario*, Cap. 11, fo. 282: *Sed testator ei remittere potest inventarii confectionem: tamen per illam remissionem non liberatur a reddenda ratione eorum, quae ad suas manus pervenerunt, vel quae dolo desiit possidere, licet expresse eum liberet, quia talis liberatio non remittit dolum, sed negligentiam, etiamsi testator expresserit, ne dolo teneatur; quia praeberet ansam delinquendi*. No obstante, Cáncer, J.: *Variarum resolutionum, Pars* 1, Cap. 9, núm. 93: *quod si iudex videat damnum imminere pupillo, ex non confectione inventarii, potest cogere tutorem ad faciendum dictum inventarium, non obstante remissione testatoris.* En idéntico sentido Fragoso, B.: *Reginis christianae reipublicae,* Cap. 18, núm. 593, es explícito al afirmar que, como los tutores y los curadores *non solum saluti corporis sed etiam bonis,* puede el juez *emendare testatoris errorem,* y así *compellere ad conficiendum inventarium.*

(83) Comes, J.: *Viridarium artis notariatus*, rúb. *De inventario*, Cap. 9, núms. 14-15.

(84) C. 5,51,1: *Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto secundum morem solitum res ei tradantur; nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint*; 26,7,7: *Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit.*

(85) Gutiérrez, J.: *Tractatus de tutelis*, Part. 2, Cap. 1, núm. 75.

(86) Furs 5,6,8: *Tutor semper faciat capudbreve sive memoriale in scriptis de omnibus rebus pupilli in principio sue administrationis cum scriptore publico et presentibus parentibus, id est, cognatis pupilli, et aliis qui sciant et scire possint pupilli, et aliis qui sciant et scire possint pupilli facultates.* Principio que recoge Taraçona, P. G.: *Institucions dels Furs, y Privilegis del Regne de Valencia*. Valencia, 1580, p. 180: *Qualsevol tudor, o curador general, o marmesor deu fer inventari de les coses de pubil.*

(87) Matheu y Sanz, L.: *Tractatus de regimine*. Lib. 3, Cap. 9, tít. 1, núms. 33-34: *In nostro Regno, et praxi, absque inventario, legitimat perso-*

una vez más, la no siempre pacífica coexistencia entre la vigencia del Derecho y su constatación en la vida académica (88). En este sentido, la propia literatura jurídica valenciana, al reconocer que inventario constituía una prueba plena de los bienes del pupilo, advertía que, en la práctica jurídica, su omisión o la del *librum rationis,* posibilitaba el juramento *in litem* contra el tutor (89).

2.2.2. Requisitos que debían concurrir en el inventario

Asimismo, la doctrina (90), al sostener que el inventario se debía realizar de forma legítima (91), se replanteó uno de los aspectos que habían tenido un tratamiento preferente en la literatura del *ius commune:* la confección del inventario. En torno a esta cuestión, para la mentalidad de los juristas insertos en la tradición

---

nam suam tutor, nam si fuerit testamentarius sufficit quod exhibeat clausulam tutellae testamentariae absque alio adminiculo; Cap. 43, núms. 33-34: *Et est obligatio faciendi inventarium tam praecissa, quod multi docent non posse tutorem, aut alium administratorem, ante inventarii confectionem, absque nullitatis vitio, bona pupilli administrare... Licet contrariam sententiam, in praxi admissam habeamus, ubi tutores, et curatores administrant, etiam non confecto inventario, absque nullitatis vitio.*

(88) Kantarowicz, H.: "The *Quaestiones Disputatae* of the Glossators". TS. Vol. 16. La Haya, 1939; Schulz, F.: *The History of Roman Legal Science*. Oxford, 1967, pp. 124-132; Berman, H.: *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*. Cambrige, 1985, pp. 1-123; Cavanna, A.: *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero guiuridico*. Milano, 1979, pp. 125-134; Carpintero, F.: "En torno al método de los juristas medievales", AHDE (AHDE) 52 (1982), pp. 617-647; Pérez Martín, A. y Scholz, J. M.: *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*. Valencia, 1978, pp. 311-314.

(89) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum, Pars* 2, Cap. 43, núms. 34-41.

(90) Procederemos a realizar una selección del amplio elenco de autores que abordan esta cuestión dentro del ámbito del *ius commune* hispano.

(91) Antúnez de Portugal, D.: *Tractatus de donationibus*. Cap. 19, núm. 27: *Inventarium non facere, vel non rite facere paria sunt*; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 29, núm. 6, para quien no cabe hacer una distinción entre la confección del inventario o su confección errónea: *Inventarium legitime debet fieri, ut recte, paria enim sunt inventarium non facere, aut non recte facere, vel nulliter facere*; Molina, *De iustitia, Tractatus secundus, Disputatio* 216, fo. 1325: *Inventarium non conficiens iuxta legum praescriptum, et haereditatem adiens, tenetur creditoribus et legatariis ultra vires haereditatis.*

romanística, la sistematización dada en los textos del *Corpus Iuris* no podía abarcar la amplitud de problemas que la propia institución suscitaba en la esfera jurídica y patrimonial de los siglos XIII al XVII, lo que propiciaba la necesaria adecuación de sus textos al ámbito de la realidad judicial (92). En este sentido, los *doctores legum* advirtieron cómo los tutores y los curadores, a diferencia de la mayoría de las personas que estaban obligadas a la realización del *inventarium,* no estaban obligados a su realización en un tiempo definido, exigiéndose, por parte del Derecho castellano, que se formalizara en el plazo más breve posible, ya fuese porque con anterioridad a su confección no se podían administrar los bienes del menor (93), ya porque la demora injustificada era sancionada con la suspensión del cargo (94):

> Partidas 6,16,15
> *... deven fazer escrito de todos los bienes, de los moços, con otorgamiento del Juez del logar; sean fecho por mano de alguno de los Escrivanos publicos. E a este escrito atal llaman en latin, Inventarium. E en tal escritura como esta deven ser trasladados todos los previllejos, e las cartas de las heredades de los moços. E si el guardador non fiziere*

(92) LEÓN, J. J.: *Decisiones,* Lib. 1, *Decisio* 107, núm. 20: *quam servamus in Regno, non ut legem; sed ut rationem naturalem scriptam.*

(93) GUTIÉRREZ, J.: *Tractatus de tutelis*, Part. 2, Cap. 1, núms. 58-59: *Imo ab eo gesta ante confectum inventarium sunt ipso iure nulla, et invalida... quod ita tenent communiter doctores... quod si sine iusta causa res administrarent ante confectum inventarium, praesumatur dolo eos inventarium non fecisse*, CÁNCER, J.: *Variarum*, Part. 3, Cap. 2, núm. 16: *Tutor autem tenetur facere inventarium statim, ita ut ante eius confectionem administrare nequeat, alias ut suspectus removeretur, et infamia notatur*; MIERES, T.: *Apparatus super constitutionibus*. Coll. 6, *De iure Dotium*, núm. 9.

(94) Con carácter ejemplificador, GUTIÉRREZ, J.: *Tractatus de tutelis*, Part 2, Cap. 1, núms. 19-20: *Quod si tutor vel administrator inventarium non fecerit mox prout de iure tenetur, sed post multum tempus a morte defuncti et postquam suspicit administrationem bonorum eiusque se immiscuit, poterit quidem accusari et removeri, ut suspectum e contra eum dolus praesumitur, non tamen incurrit alisas poenas tutorum, vel administratorum non conficientium inventarium ut supra dicebamus*; AYERVE DE AYORA, A.: *Tractatus de partitionibus*, Part. 1, Cap. 2, núms. 16-17.

tal escrito como este, puedele toller el Juez del logar la guarda de los herfanos, e de sus bienes, como a ome sopechoso. Pero si el guardador mostrase razon derecha por que non pudo fazer el inventario, non le deven desapoderar de los herfanos, ni de sus bienes. Mas devenle mandar, que faga luego el inventario sin alongamiento ninguno (95).

Únicamente hemos hallado una excepción en el Derecho de Tortosa, donde, si bien en la rúbrica sexta se mantuvo este criterio (96), en la rúbrica *De iure deliberandi* se exigía al tutor o al curador, ya fuese testamentario o dativo, su formalización en un período concreto de tiempo: se iniciaba durante los treinta días posteriores a su acceso al cargo, y se concluía en el plazo perentorio de tres meses (97):

Costums de tortosa 6,6,8

Tutor o curador si que sia testamentari, si que sia datiu: de contienent ço es dins XXX dies apres aquela tudoria o cura aura reebuda: deu començar de fer inventari, e dins LX dies passats aquels XXX dies: deu auer feyt e acabat leventari, e axi son XC dies que fan tres meses...

(95) No obstante, hallamos en la Recopilación 5,1,14 la posibilidad de que los menores, al estar habilitados por la Cámara para administrar sus bienes, pueden prescindir de un tutor para confeccionar su inventario.

(96) Costums de Tortosa 5,6,7: *Tot tutor o curador tantost com la tutela o la cura li es donada: deu fer enventari de totes les coses dels pubils: o dels adults: o adolescents...*

(97) Constitucions de Catalunya. Tít. III, De tudors y curadors, y lur administratio. Pere terç en la Cort de Perpinya, Any M.ccLI. Cap. VIIII: *Part aço, foragitada la solemnitat per dret Roma introduida, ordenam, e statuim, que lo Tudor a Fill, o Filla en testament, codicil o qualque atra derrera voluntat de lur Pare donat, se puxa en nom de aquell Pubill, o Pubilla a la heretat Paternal, sens confirmatio, o decret de Jutge, o qualque altra solemnitat de dret mesclar, e fer inventari, et totas altras cosas que ab confirmatio, e decret de Jutge fer poguera: primerament empero prestar juramente per aquel mateix Tudor en poder de aquella Cort, de la qual confirmatio, o decret habia de rebre, sobre procurar profitosas cosas del dit Pubill, o Pubilla, e esquivar cosas inutils: lo qual jurament, ans que comença a fer inventari, o res fer dels bens del dit Pubill, o Pubilla, sie tengut de prestar.*

2.2.3. El valor probatorio del inventario: la omisión dolosa

Dentro de este marco jurídico, destaca el reconocimiento del valor probatorio que tuvo el inventario en el discurso doctrinal (98). En concreto, esta cuestión revistió especial interés en la obra de Cáncer, quien, a partir del usual método de establecer distinciones y exclusiones sucesivas, llegó a delimitar la base de su argumentación: *Inventarium probat ea omnia quae in eo continentur.* El jurista catalán, aun sin pretender agotar una cuestión cuyos precedentes se hallaban en la literatura jurídica del *mos italicus,* articula su comentario estableciendo una correspondencia estricta entre los bienes descritos en el inventario y su titular. La entidad de su afirmación presuponía que si un tutor incluía bienes propios en el inventario de su pupilo, se entendía que estaba realizando donación a favor de este (99). No obstante, el alcance de esta presunción (100) podía verse limitado cuando el tutor procedía a levantar un protesto, o cuando, por un error notorio, los bienes incluidos no eran suyos,

(98) Cáncer, J.: *Variarum resolutionum, Pars* 1, Cap. 9, núm. 173: *Censeo tamen cum Decio cons. 519 et aliis quos supra retulimus, quod eo ipso, quod mulier dicit non esse alia bona mariti praeter illa quae sunt subjecta fideicommisso habeat suam intentionem fundatam, et dicenti alia extare incumbere onus probandi, et dicta bona ostendi per glossam notabilem in leg. cum de leg. vers. Haeredis probatio, ff. de probat. Ubi si haeres dicit tantum est in haereditatem, et non amplius, habet suam intentionem fundatam, quod non est plus in haereditate quam id quod affirmat, et quod asserenti plus esse, incumbat onus probandi.*

(99) Criterio que hallamos recogido en autores como Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 29, núm. 18: *Si haeres in inventario describat bona propria, videtur fateri, illa a esse haereditaria, aut donare.*

(100) Presunción que no cabe cuando venía precedida por una expresa confesión del tutor. Cáncer, J.: *Variarum resolutionum, Pars* 3, Cap. 2, núm. 11: *Confessionem autem scienter factam donationem inducere nemo ambigit.*

sino de un tercero (101), en cuyo supuesto, contra la mencionada presunción se admitía prueba en contrario (102):

> Alegación jurídica del siglo XVII
>
> *... dicha regla la entienden todos los Doctores, que ha lugar solamente contra tutorem, vel curatorem: esto es, quando el curador pone en los inventarios mas bienes de aquellos que eran del menor: porque en este caso contra curatorem haze fe los inventarios, aunque lo supla de propriis* (103).

3. LA RENDICIÓN DE CUENTAS

3.1. OBLIGATORIEDAD

La necesidad de someter a un control exhaustivo la gestión realizada por el tutor o el curador la hallamos en el Derecho romano (104), en el ámbito del Derecho romano-vulgar (105) y en el de los Cuer-

(101) CÁNCER, J.: *Variarum resolutionum, Pars* 3, Cap. 2, núms. 8-13: *... ubi dicit, adeo praedictam conclusionem procedere, ut inventarium probet bona contenta in eo, fuisse illius, de cuius bonis est inventarium confectum, contra ipsum, qui ipsum confecit, et eius haeredem, ut si ipse, eiusve haeres praetenderet, aliqua ex dictis bonis, esse sua, censeatur facta donatio, per illum, qui inventarium confecit... ubi cum certum sit, qui tenetur conficere inventarium, teneri illud conficere de omnibus bonis in haereditate inventis, licet non sint de haereditate, ut inferius dicemus (ait) teneri illum, qui inventarium conficit, cum res suas ponit in inventario, protestari, esse suas, et intendere illas recuperare, ne eas haereditati, et seu heredi donare videatur... dictam praesumptionem non habere locum, ubi tutor non propria bona, sed aliena, in inventario passus est describi... Praedicta etiam limitare, ubi constare, tutorem errasse in confectione inventarii, et aliquam iustam causam habuisse erroris: docto si quidem de errore, non censeo sibi praeiudicasse, imo beneficio restitutionis in integrum, ex clausula generali, consequi posse, ut res illae, ex inventario demantur.*

(102) CÁNCER, J.: *Variarum resolutionum, Pars* 3, Cap. 2, núms. 11-13: *contra dictam praesumptionem iuris et de iure, esse audiendum, si evidenter de errore liqueret: eo quod et praesumptio iuris, et de iure admittat probationem in contrarium per notorium.*

(103) BHV. Varia 3. *Alegación jurídica. Alonya Enrique Velazquez y de Coves con Geronimo Audine, y Gaspar Valles*. Valencia, 1645.

(104) D. 27,3,1; C. 5,51,5.

(105) B. A. 5,1,2; L. I. 4,3,4.

pos jurídicos bajo-medievales (106), donde, tanto la *communis opinio doctorum* como la jurisprudencia señalaron que esta se debía dar al final de su administración (107); obligación que, a excepción del padre (108), incumbía no solo a los tutores, sino a sus herederos (109) –aunque fueran menores de edad (110)–, y de la que podía exigir cumplida declaración un segundo tutor o curador (111).

Siguiendo esta línea argumental, tanto los tratadistas como la doctrina señalaron que esta obligatoriedad concernía *insolidum* al conjunto de los tutores o de los curadores, dado que estos, salvo que el juez o el testador hubieran dispuesto una gestión particu-

(106) Fuero Real 3,72; Partidas 3,7,2; 3,18,102; 3,18,120; 6,16,21; Furs 2,13,17-18; 5,6,32. Con relación al Derecho castellano, Merchán Álvarez, A.: *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo xv*. Sevilla, 1976, pp. 164-165.

(107) Piaggius, A.: *Tractatus, Quaestio* 19, núm. 19: *Rationem administrationis reddere tenentur regulariter finito officio*; Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 2: *Tutor igitur atque curator eorumque heredes finita tutela vel cura, tenetur rationem reddere administrationis.*

(108) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 2: *Solum pater, et legitimus administrator bonorum filii non tenetur rationem administrationis reddere.*

(109) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 7, núm. 83: *Tutores, vel eius haeredes tenentur ad reddendum rationem tutelae, usque ad triginta annos*; Barbosa, A.: *Collectanea*, Lib. 5, Tít. 51, *Lex* 5, núm. 2: *Notatur ad hoc, quod haeredes tutorum tenentur adminstratae tutelae rationem reddere*; León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 15, núm. 1: *In eadem causa, de qua in decisione praecedenti, dubitatum fuit; an sicut tutor debet soluere interesse pupillare, ita etiam, et eius haeres, eius pecuniae quam defunctus debebat ex administratione dictae tutelae, vel curae usque ad diem realis solutionis, et videbatur quod haeredes dicti curatoris nullum debebant soluere interesse, ex quo ipsi non erant curatores. Iure enim naturali, diuino, et humano, Canonico, et ciuili, prohibitae sunt usurae.*

(110) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 2: *Et adhuc si eadem persona fuerit haeres primi tutoris, et curator pupilli, cujus erat tutor ille qui haeredem illum fecit, tenetur illa persona, a se ipsa, exigere rationem administrationis… Neque a ratione reddenda administrationis excusabitur haeres sub praetextu, quod sit minor aetate, nam tenetur minor rationem administrationis reddere.*

(111) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 2: *Et quod secundus curator, teneatur petere, et exigere rationes tutellae, aut curae, a primo curatore, aut illius haeredibus, et si hoc non fecerit, teneatur propter omitionem.*

larizada –*si fuerit divisa* (112)–, estaban obligados a administrar conjuntamente los bienes del menor o del pupilo (113), lo que determinó la aplicación de las siguientes reglas:

[1] En el supuesto en que se acogiesen al beneficio de división, cada cotutor debía rendir cuentas únicamente de la parte gestionada (114).

[2] Cuando la tutela se encomendaba a una pluralidad de tutores, si únicamente uno o dos se encargaban de su administración, estos debían responder, en primer término, de la gestión realizada, y el resto con carácter de subsidiaridad (115).

---

(112) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 4: *Aliter erit. Si administratio tutellae, aut curae, divissa fuerit a testatore, vel a judice, nam tunc quilibet ex tutoribus solum rationem reddere tenetur de sua administrationis parte, et non de partibus contutorum, neque pro caeteris contutorum partibus tenetur, et obligatus existit.*

(113) Gómez, A.: *Ad leges tauri commentarium absolutissimum*. Matriti, 1780, 38, núm. 6: *Quinto confirmatur, quia idem est in pluribus, curatoribus, vel administratoribus legitimis, dativis, vel testamentariis; quia jus tutelae vel curae est penes eos in solidum, licet administratio possit inter eos dividi; et quando non est divisa, sufict in quolibet actu vel negocio vel negocio autoriítas unius; quando vero est divisa, requiritur autoriítas ejes, cui adminstratio pertinet*; Barbosa, A.: *Collectanea*, Lib. 5, Tít. 53, *Lex* 2, núm. 2: *Tutelae, vel curae administratio si non fuerit divisa, potest quilibet eorum conveniri insolidum, secus si fuerit divisa.*

(114) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 5: *Dantur tutori convento pro contutorum administratione, duo valde utilia remedia. Primum est divisionis, nam si duo, aut plures tutores administraverint, et solvendo sint, si unus solus conveniatur insolidum, et universa administrationis ratio ab illo petita fuerit, potest oponere quod caeteri contutores solvendo sunt, et quod pro parte tenentur, et hac facta oppositione, debet exigi ratio a contutoribus, quia quando caeteri contutores solvendo sunt, non tenetur insolidum quilibet ex tutoribus, neque ad reddendam universae administrationis rationem adstrictus est.*

(115) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 6: *Secundum beneficium, et remedium est ordinis, et habet locum, quando ex pluribus tutoribus, unus, aut duo administraverint et caeteri non; tunc enim si conventi fuerint qui non administrarunt, poterit ab illis opponi quod prius con veniatur, et excutiantur ille, aut illi qui administrarunt, et debent administrantes prius conveniri, nam etsi certum sit, quod isti non administrantes tenentur, et obligati sunt, hoc tamen non est nisi in subsidium, non vero principaliter.*

[3] Si finalizada la tutela, uno de los tutores persistía en la administración de los bienes, los demás cotutores no estaban obligados a perseverar en la gestión (116).

3.2. EXIMENTES

La obligatoriedad de la rendición de cuentas por parte del tutor o del curador llevó a la literatura jurídica a plantear que, si bien en la praxis se admitían una serie tasada de excepciones o eximentes, estas no siempre fueron pacíficas, ni unánimemente aceptadas por la doctrina o por la jurisprudencia:

[1] En primer término se cuestionó si el testador tenía plena facultad para eximir de esta obligación legal, lo que posicionó a la literatura jurídica en dos corrientes claramente diferenciadas. En concreto, un sector de la doctrina, para mantener el *favor testamenti* (117), entendía que esta remisión era válida, al entender que este era árbitro y moderador de sus pertenencias, incluso por encima de las leyes; razón por la que se aplicó la *regula iuris*: "quien

(116) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 7: *Si vero contutor, finita tutella, administraverit, non tenetur contutor qui non administravit, aut qui pro parte tantum administravit, reddere rationem de administratis a contutore, quia neque potest conveniri, neque tenetur pro administratis a contutore finita tutella.*

(117) Para la doctrina medieval, el *favor testamentis* presuponía la plena capacidad de todo testador, por lo que, nos dirá Bártolo, si alguien la cuestionaba, sobre él recaía el *onus probandi*. Cfr. Saxoferrato, B. de: *Super Secunda Infor*. Vo. 4, *De bonorum possessione furioso, insanti, muto, surdo, caeco competenti rubrica, Lege Mutus*, núm. 4: *Probando quem fuisse furiosum certo tempore vel mensibus transfertur onus probandi in adversarium.* Asimismo, Valle, R. A.: *Consilia*, Libl. 3, *Consilium* 27, núm. 28: *At cum quilibet sanae mentis praesumatur, natura enim sanae mentis homines patit, et est qualitas naturalis, qua omnes nascuntur*; Gómez, A.: *Ad leges Tauri, Lege* 3, núm. 112: … *Sed salva eorum pace, ego teneo contrariam sententiam, imo, quod in dubio etiam illo tempore praesumatur esse sanae mentis, et habere sensum, et intellectum, ut omnia per eum disposita valeant, et teneant, nisi ex adverso probetur contrarium. Primo, quia quando actus per se valet, et habet sua essentialia formalia, ille qui vult, et praetendit illum annullare aliquo defectu, vel impedimento, debet illud probare. Secundo, quia naturaliter videmus, et experientia docet, quod potest quis esse in extremis, et in articulo mortis, et habere sensum, et intellectum: unde merito debent valere per eum disposita.*

puede en lo más, puede en lo menos" (118), esto es, quien podía exigir la rendición de las cuentas, estaba facultado para eximir de esta obligación (119).

No obstante, a juicio de la doctrina mayoritaria y de la propia jurisprudencia, si bien se reconocía el valor prevalente que tenía la voluntad testamentaria, ello no era implícito para cuestionar o limitar el alcance de algunas de las disposiciones del testador. Y así se entendió que, aunque al tutor o al curador se le hubiese eximido de la rendición de cuentas, el juez podía exigirle el cumplimiento de este deber en virtud de las siguientes líneas argumentales (120).

En primer término, porque se entendía que esta imposición se realizaba para salvaguardar el interés público, como era el carácter tuitivo de la tutela o de la curatela, el cual no podía verse restringido por un mero pacto *inter partes* (121).

Segundo, porque se afirmaba que el testador no estaba autorizado para la remisión de una futura actuación dolosa, de la que debía dar respuesta a través de la exposición de la gestión realizada (122).

---

(118) D. 50,17,21.

(119) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 8: *Multoties vidi dubitatum in praxi, vel curatores quibus a testatore mandata reperitur liberatio a reddenda ratione, possint compelli ad rationem administrationis reddendam. Videtur enim nullatenus compelli posse. Primo quia in re sua, quilibet est moderator, et arbitrer. Secundo quia in rerum suarum traditione, potest quilibet apponere legem quam voluerit. Tertio nam necessitas reddendi rationem, potest remitti. Ultimo quia qui potest quod est plus, poterit etiam et quod minus est. Ergo cum testator possit de rebus suis disponere, prout voluerit, relinquendo illas ipsi cui tutellam dedit, quod magis est, poterit ei relinquere quod minus est, nempe liberationem a reddenda ratione.*

(120) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 9: *Contrarium tamen tenendum est, et generaliter observandum, quod etiam si testator testamento tutorem dederit cum qualitate quod non teneatur rationem administrationis reddere, aut quod stetur illius dicto, poterit talis tutor compelli ad reddendam suae administrationis rationem, nam similibus verbis, solum potest considerari remissa scrupulosa inquisitio, non vero omnimoda liberatio a reddenda ratione.*

(121) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 9: *Probatur primo nostra sententia ex eo, quod jus istud reddendi rationem tutellae, favore publico introductum reperitur. Et haec quae favore publico introducta sunt, non possunt pactionibus privatorum remitti.*

(122) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 7, núm. 85: *Per illam tamen*

Tercero, porque se atentaría contra los principios del *Corpus Iuris Civilis*, que en defecto de ley, consituían el Derecho subsidiario de los Ordenamientos bajo-medievales (123).

Cuarto, para evitar futuros fraudes o actos dolosos (124), la doctrina sostuvo que con la exoneración expresada por el testador, únicamente se indicaba que el tutor o el curador no estaba obligado a realizar una escrupulosa redención de cuentas, lo que no le eximía de la misma (125); esto es, sí se veía obligado a dar una respuesta clara y precisa de su gestión, porque, de lo contrario, solo se eximiría de un acto culposo o negligente, pero no de uno doloso o fraudulento (126). En este sentido fue explícita la opinión de tratadistas

---

remissionem tutor non liberator a reddendo rationem eorum quae ad suas manus pervenerunt, vel quae dolo desiit possidere; Gutiérrez, J.: *Tractatus,* Lib. 1, Cap. 8, núm. 52: *Adeo autem mater tenetur reddere rationem, ut ei non possit liberatio ab obligatione reddendi rationem, si dolum committat*; León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 112. núm. 9: *Merito aliter facta dicta liberatio non valet, quia dolosa praesumitur… liberatio, et quitatio (ut aiunt) quantumcunque generalis, non extenditur ad res dolo occultatas… quitantia dolo et fraude curatoris exorta, est nulla. Non obstante, dicta quitantia fuisse condemnatum curatorem per M. R. C. Siciliae iterum rationes reddere. Unde Cuma foro dolus praesumatur in tutore, et curatore non reddente rationes coram iudicibus calculatoribus, talis liberatio non valebit.*

(123) Ubaldis, B. de: *Ad tres priores libros decretalium commentaria,* rúb. *De Constitutionibus*, Cap. 1, núm. 15, donde advierte que si bien el *ius commune*, por su fuerza atractiva, informaba y vestía a los estatutos, aquel no era investido e informado por estos: *Hoc est dicere, quod ius commune informata statuta et vestit, sed non informatur nec vestitur ab eis, et hoc propter virtutem attractivam, quam habet ius commune ad municipale, non econtra.*

(124) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 11: *Ex eadem ratione, etiam si testator dicat, quod tutorem liberat a reddendis rationibus, et quod ei remittit dolum et mailitiam, tenebitur tutor rationes reddere, ne aperiatur via fraudibus. Non enim malitia, et dolus futurus, remitti potest.*

(125) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 10: *Solum ergo consequitur tutor a testatore liberatus a reddenda ratione, quod non teneatur ad reddendam scrupulosam rationem, cum censeatur remissa scrupulosa redditio, sed nunquam excussabitur a reddenda ratione, alias praeberetur occasio delinquendi, et fraudandi pupillos.*

(126) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 8, núm. 52: *quod si quis gessit officium, administrationemve, vel negotia alterius, et dominus fecit ei liberationem generalem, et prohibuit exigi ab eo rationes, tunc non tenebi-*

como Juan Gutiérrez, para quien, aunque el testador hubiera legado al tutor todos los bienes por los que podría ser condenado por su administración (127), no por ello se le excusaba de su deber de dar conocimiento público de su gestión (128).

Para dar mayor consistencia a esta línea argumental, la doctrina advierte cómo, aunque el testador hubiera exonerado al tutor de la confección del inventario, tanto los acreedores como el juez podían obligarle a su confección (129).

---

tur gestor ad res vel bona deperdita vel confirmata ex negligentia, vel culpa level vellevissima, sed tantum tenebitur ad ea, quae sunt deperdita, vel consumata dolo et militia eius; Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 7, núm. 86: *Quinimo licet expresse eum liberet a reddendis rationibus, talis liberatio non includit dolum, nec reliqua; sed tantum censetur remissa negligentia*; Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Observatio* 98, núm. 2: *Unde quamvis tutori liberatio reddendi rationes in futurum legetur, vel omne quidquid ex eis supersit, vel reliquum sit; nunquam tamen censebitur dolus remissus, quia id esset jus publicum remittere, quod veritum est.*

(127) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 7, núm. 14: *Sed si testator non solum remisserit tutori rationem reddendi obligationem, sed simul ei liberationem legasset, et omne illud in quo condemnari potuisset administrationis ratione, dubitari potest, majori cum fundamento, an similis tutor rationem reddere teneatur. Videtur enim in hoc casu immunem esse a reddenda ratione, nam quamvis dolose administraverit, et condemnetur, ut solvat reliquatum, cum habeat legatum factum de reliquatu, infructuosum, et inutile foret rationes exigere, cum liberatus inveniatur tutor per legatum a reliquatus solutione; et licet dolus futurus directe tutori non potuisset remitti liberando illum a redditione rationum, per indirectum bene potuit remitti. Unde legando tutori quidquid apparuerit illum debere ex administratione, et reliquatu, potuit dolus remitti.*

(128) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 1, Cap. 8, núm. 52: *Quod est generale in quocunque tutore, quia etiamsi sit ei remissa rationis redditio, et etiam si testator legaverit ei totum illud, in quo contigerit condemnari, nihilominus tenetur reddere, quicquid apud cum fuerit, ex rebus pupilli, tenebiturque etiam de dolo, non obstante legato quantumvis amplissimis verbis facto.*

(129) Gibert, V.: *Theorica artis notariae. De inventario*, Cap. 11, fo. 282: *Sed testator ei remittere potest inventarii confectionem: tamen per illam remissionem non liberatur a reddenda ratione eorum, quae ad suas manus pervenerunt, vel quae dolo desiit possidere, licet expresse eum liberet, quia talis liberatio non remittit dolum, sed negligentiam, etiamsi testator expresserit, ne dolo teneatur; quia praeberet ansam delinquendi.* No obstante, como señala Cáncer, J.: *Variarum resolutionum, Pars* 1, Cap. 9, núm. 93: *quod si iudex videat damnum imminere pupillo, ex non confec-*

[2] Asimismo, en el ámbito del *ius commune* (130) se admitía la obligatoriedad de la rendición de cuentas aun cuando un menor, que se hubiera hecho mayor (131), le hubiera eximido al tutor de esta obligación (132). La razón se hallaba en que la rendición de cuentas, al constituir una obligación impuesta por la ley (133), no podía omitirse. Criterio que no se veía alterado aunque lo consintiera

tione inventarii, potest cogere tutorem ad faciendum dictum inventarium, non obstante remissione testatoris. En idéntico sentido Fragoso, B.: *Regiminis christianae reipublicae*, Cap. 18, núm. 593, es explícito al afirmar que, como los tutores y los curadores *non solum saluti corporis sed etiam bonis*, puede el juez *emendare testatoris errorem*, y así *compellere ad conficiendum inventarium.*

(130) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 112, núm. 13: *Denique saepius in Regia Audientia fuit declaratum, liberationes, diffinitiones, seu quitationes factas tutoribus, vel curatoribus per maiores 20 annorum, si non praecesserit examen iudicum calculatorum per iudicem nominatorum, esse nullas, et praesertim.*

(131) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 112, núm. 4: *Secundo, quia dictus forus 17 tantum prohibet pupillis, et minoribus facere dictas diffinitiones, siue absolutiones dictis suis tutoribus, et curatoribus, et factas per dictos minores annullat, non autem eas quae fiunt per maiores, quas valere satis declarat, his verbis: Si donchs no seran fetes per majors de vint anys. Hoc est, nisi factae fuerint per maiores viginti annorum. Quemadmodum enim de iure Caesareo maior aetas est viginti quinque annorum; de iure vero nostri Regni 20 annorum for. I de resti. Minor.*

(132) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. I. *Decisio* 112, núm. 8: *Secundo, nam solemnitas nominationis iudicum calculatorum, et examen rationum administrationis tutelae, et curae per ipsos facienda, antequam fiat liberatio, diffinitio, seu absolutio tutori, vel curatori, per dictum forum fuit introducta ab fauorem publicum, ne facti maiores viginti annorum fraudentur ab his, qui fuerunt eorum tutores, vel curatores, et ne modico accepto, ignari bonorum suorum, vel crediti, quod habent, faciant dictas absolutiones, vel liberationes.*

(133) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 20: *Lex enim essentialiter petit, quod tutor officio finito rationes reddat, facto processu computi, et quod recadat sententia, et perconsequens, nullo alio documento, neque partis confessione, probabitur hoc intervenisse, nisi processu ipso, et sententia ostensis. Neque per deliberationem, aut confesionem a minore factam, hoc supplebitur, sed semper debent rationes dispungi.*

el menor –con el decreto judicial y la autorización del tutor (134)– o un pacto entre los interesados, *nam inutilis erit* (135).

3.3. PROCEDIMIENTO

Con relación al procedimiento, la doctrina y los tratados de práctica procedimental de los distintos reinos nos informan de que los menores que habían alcanzado la mayoría de edad podían solicitar la rendición de cuentas por un período que oscilaba entre los veinte (136)

(134) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 121: *quod si minor cum auctoritate curatoris, et decreto iudicis fecerit generalem liberationem tutori, asserendo rationem administrationis sibi fuisse redditam, et ita etiam juraverit, per ista non liberatur tutor a reddenda ratione administrationis ex pluribus, quibus ibi movetur.*

(135) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 123: *etiamsi liberatio facta per pactum, et transactionem fuerit jurata, qui adhuc tanquam evidenter iniqua, et nulla, ac tanquam dolose exporta, irritanda, et non sequenda venit*; León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 112, núm. 10: *Tertio, ubi aliquid requiritur pro forma, consensus partium nihil operatur secundum Bartolum in l. de his ff de trans. actio. Nam iuri (inquit) traditiuo certae formae in actibus hominum renuntiari non potest, ne proprio motu, pro ut quisque vellet, et non prout debet, procedi possit. Ita eleganter in propriis terminis decidit Baldus in suo consilio Cismatis posito super rubrica… Praedictis quoque accedat, etc. Et ratio rationis est, quia omnis solemnitas, seu forma actus est de iure publico. Quod quoties lex vel statutum apponit formam, consensus priuatorum, nihil operari potest, siue talis forma utilitatem contineat publicam, aut priuatam. Et alibi dicit Baldus… quod ubi forma est tradita a iure, si actus introducantur sine ea, non potest postea consensu partium conualidari, seu ratificari… pro forma requiritur nominatio iudicum calculatorum a iudice facienda, eorum examen, et declaratio: ergo partes ei non possunt renuntiare, faciendo diffinitionem, siue liberationem tutori, vel curatori, dicta forma non seruata.*

(136) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 23: *In nostro autem Regno hujus temporis praescriptionis spatium limitatum reperitur, nam minor factus major, tenetur intra viginti annos petere rationes administrationis tutellari a tutore, vel illius haeredibus, et e converso, tutor, vel illius haeredibus, tenentur minorem majorem factum convenire intra viginti annos, ratione administrationis tutellaris, quia actio tutellae directa, aut contraria, praescribitur spatio viginti annorum in Regno, et non interrumpitur praescriptio, nisi judicialiter rationes petitae fuerint, idest nominatis judicibus calculatoribus, et posita computi scriptura ab illo qui rationes reddit, vel in illius contumaciam, ab illo qui rationes petit.*

y los treinta años, como se estipulaba en la mayoría de los Ordenamientos del *ius commune* (137).

La interposición de la acción se realizaba –*tam de jure, quam de foro*– ante el órgano jurisdiccional de la localidad donde el tutor llevaba a cabo la administración de la tutela (138), lo que no impedía que se pudiera, con carácter de excepcionalidad, tramitar en el lugar de su domicilio (139).

El juez competente para dirimir estas causas era el denominado juez contador –*et nunquit inchoari coram aliis judicibus* (140)–. Su nombramiento lo realizaba la Corte de Justicia, previo asesoramiento de sus consejeros, de las partes presentes –quienes so-

(137) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 7, núm. 83: *Tutores, vel eius haeredes tenentur ad reddendum rationem tutelae, usque ad triginta annos*; Galganettus, L.: *Tractatus*, Lib. 2, Tít. 29, núm. 12: *non nisi longo triginta annorum spacio praescribitur*; Barbosa, A.: *Collectanae*, Lib. 5, Tít. 51, *Lex* 8, núm. 3: *quod tutelae actio tam haeredibus pupilli, quam etiam contra haeredes tutoris competit usque ad triginta annos… ubi quod tutores, vele ius haeredes tenentur ad reddendam tutela usque ad triginta annos*; Montanus, P.: *Tractatus*, Cap. 38, núm. 22: *Hujusmodi administrationis tutellaris rationes, potest petere minor factus major, juxta juris regulas, intra triginta annos computandos a die quo majorem attingerit aetatem, nam cum actio tutellae, tam directa, quam contraria personalis sit, non praescribitur minori tempore quam triginta annorum.*

(138) Montanus, P.: *Tractatus*, Cap. 38, núm. 91: *quod etiam reddi debeat ratio in loco, ubi bona gesta sunt*; Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 125: *Denique observandum in hac materia, quod rationes reddi debent in loco, ubi administratio ipsa facta est.*

(139) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 25: *Limitarem tamen doctrinam istam, quando conveniretur tutor, aut administrator in loco sui domicilii, et non in loco ubi administraverit, nam si actor suis expensis libros rationum deferre voluerit, et paratus existat, poterit administrator in loco domicilii conveniri.*

(140) León, F. J.: *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 112, núm. 2: *Lege autem nostri Valentiae Reg. Nimirum foro 17 rubrica de restitutione minorum, prohibentur liberationes, absolutiones, quitationes, siue diffinitiones, quas faciunt pupilli siue adulti tutoribus, et curatoribus de administratione tutelae, vel curae, nisi factae fuerint per maiores viginti annorum. Sed finitis tutelis, et curis, inquit forus, assignentur per Curiam calculatores sufficientes ad examinandum rationes administrationem, qui per sententiam definiant dictas rationes. Et praecipitur Tabellionibus, siue Notariis, sub poena priuationis officii, ne adijciant iuramentum in instrumentis liberationum, quas faciunt dicti minores, ut constat ex verbis dicti fori.*

lían designarlo– y del escriba de la causa de redención de cuentas (141).

Con relación a este, la doctrina tardo-medieval nos informa de que su nombramiento se realizaba entre personas expertas y, en ocasiones, ajenas al Derecho, si bien se cuidaba que estas últimas no carecieran de conocimientos o de cierta pericia, porque, a diferencia del Reino de Castilla, sus dictámenes tenían el valor de sentencia plena, pudiendo condenar o absolver al tutor en virtud de las pruebas documentales aportadas (142).

---

(141) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 27: *In caeteris vero Civitatibus, Villis, et Locis Regni, in Curia Justitiae illius loci ubi ratio administrationis reddenda est. Non enim est novum, quod judices ordinarii, dent, et nominent judices ad expediendas aliquas causas, et quaestiones. Et licet de jure nunquam debeat dari judex, ille quem altera ex partibus nominavit, et procuravit quod judex esset, l. observandum 47 ff. de judiciis, ibi: Observandum est ne his judex detur quem altera pars nominatim petat, for. 26 rub. de judiciis. Tamen praedicti calculatores judices nominantur, et eliguntur ab ipsis partibus, judexque ordinarius aprobat, et confirmat nominationem, et sunt veluti arbitri, aut periti calculatores qui a partibus eliguntur. Si vero aliqua ex partibus noluerit nominationem calculatoris facere, aut non comparuerit ad illam faciendam, nominat Justitia judicem calculatorem pro parte contumaci, in contumaciam illius partis.*

(142) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 29: *Non solum in judices calculatores ad computa dispugenda solent a partibus nominari jurisperiti, sed etiam Notarii, et aliquando cives, vel aliae personae non rudes, quae neque ex notariis, neque ex jurisperitis sunt; debet tamen curari, ut non eligantur imperiti, aut idiotae, prout ergo vidi aliquando facere, nam non poterunt rectum judicium ferre in hujusmodi calculis, et computis a sua peritia alienis. Neque similes personae, juxta Castellae leges, possunt sententiam proferre, et si illam proferant, aut aliquod juris dubium decidere vellint, nulliter procedunt. In nostro Regno calculatores isti, jurisdocitionem habet, et in calculo procedunt non tanquam periti, et experti, sed tamquam judices, proferuntque suam sententiam admittendo, vel reprobando parcellas in rationibus positas, et condemnando ad solutionem reliquatus, vel absolvendo. Et adhuc, independenter a foro nostro, quod hujusmodi calculatores possint ferre sententiam, et condemnare, vel absolvere. Quod apud nos nullam dubitationem habet, cum in commissione eis data ad dispugenda computa a judice ordinario, dicatur, quod examinent computa, et condemnent, aut absolvant, quod est jurisdictionem eis dare, et potestatem pronunciandi.*

Una vez nombrado el juez contador, la parte interesada en la redención de las cuentas le presentaba una solicitud para que decretase una provisión, por la que el tutor, en el plazo de diez días, debía rendir un balance de su gestión, mediante la presentación de la oportuna escritura de cuentas. Si habiendo sido notificado no la presentaba, se procedía a una segunda petición, en la que el juez le ordenaba la presentación en el plazo de seis días; y si persistía en su contumacia, se le reenviaba una nueva provisión, acortándole el plazo a tres días. Cuando el tutor compelido mediante las tres citaciones legales no acreditaba escritura alguna, se facultaba al solicitante –previo juramento– para que presentara una estimación de la gestión realizada, así como para que pudiera solicitar una condena pecuniaria ajustada al daño ocasionado (143). Sentencia que no se suspendía aunque se apelara (144).

(143) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 30: *Ut compellantur tutor, vel curator, aut illorum haeredes; reddere administrationis tutellaris rationem, solet in nostra praxi rationem petens instare coram calculatoribus, ut jubeatur rationem reddendi, quod infra decem dies ponat libellum rationis, seu scripturam computi in posse actuarii causae, quod indubitanter decerni solet, et juberi a calculatoribus, cum certum sit incumbere tutori, aut illius haeredi, onus proponendi rationes, et formandi computi scripturam. Si infra decem dies praecepti, non proponantur rationes, solet fieri in praxi aliud secundum praeceptum quo jubetur tutori quod infra sex dies ponat scripturam computi in posse actuarii, et si haec facere neglexerit tutor, solet tertium praeceptum fieri, ut infra tres dies ponat computi scripturam in posse actuarii, alias termino elapso proponet rationes, et formabit calculum petens ratiociniae, si ergo intra hunc terminum non proposuerit libellum rationum contumax, et renitens efficitur tutor, cum tribus intervenientibus citationibus, et cominationibus, quilibet efficitur contumax, et pro renitente habetur. Et incontumanciam, et renitentiam tutoris, poterit minor factus major, aut illius haeres formare calculum, et ponere computi scripturam in posse Scribae, petendo quod condemnetur tutor in reliquatu. Et quod possit minor factus major, aut illius haeres, quando tutor recusat edere rationes, vel illegitime edit facere ei calculum, et jurare in litem contra tutorem.*

(144) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 31: *Neque a decreto, provisione, aut sententia, quibus jubetur rationem reddere tutellae, aut curae, vel alterius administrationis, admittitur appellatio quo ad effectum suspensivum.*

3.4. OBLIGACIONES

Entre las distintas obligaciones que debía asumir todo tutor o curador se hallaban las siguientes:

[1] La confección del inventario.

Con relación a esta institución, ya analizada en páginas anteriores, la doctrina del Reino de Valencia (145) nos informa de una ambivalencia teórico-práctica, a saber: frente al sentir mayoritario de la jurisprudencia (146) y de la tradición textual (147), la práctica jurídica evidenciaba que la ausencia de la confección del inventario por parte del tutor o del curador no cuestionaba la legitimidad de su cargo, aun cuando el Ordenamiento foral exigiese su realización (148) y publicación (149). Criterio que se cuestionaba cuando, en la praxis, se confirmaba que tanto su omisión –o su dolosa confección

(145) Matheu y Sanz, L.: *Tractatus de regimine*. Lib. 3, Cap. 9, tít. 1, núms. 306-307: *Deveniendo nunc ad rationis redditionem, et ad norman formandi computum, observari debet primo, quod tutor, et curator, et quilibet alius administrator, in administrationis suae ingressu, tenetur inventarium facere de omnibus bonis mobilibus, et immobilibus pupilli. Et est obligatio faciendi inventarium tam praecissa, quod multi docent, non posse tutorem, aut alium administratorem, ante inventarii confectionem, absque nullitatis vitio, bona pupilli administrare. Licet contrariam sententiam in praxi admissam habeamus, ubi tutores, et curatores administrant, etiam non confecto inventario, absque nullitatis vitio.*

(146) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, *Pars* 2, Cap. 1, núm. 75.

(147) C. 5,51,1; C. 2,6,7,7.

(148) Furs 5,6,8: *Tutor semper faciat capudbreve sive memoriale in scriptis de omnibus rebus pupilli in principio sue administrationis cum scriptore publico et presentibus parentibus, id est, cognatis pupilli, et aliis qui sciant et scire possint pupilli, et aliis qui sciant et scire possint pupilli facultates*. Principio que recoge Taraçona, P. G.: *Institucions dels Furs, y Privilegis del Regne de Valencia*. Valencia, 1580, p. 180: *Qualsevol tudor, o curador general, o marmesor deu fer inventari de les coses de pubil.*

(149) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 37: *Unde tutor, vel curator, quod principaliter in rationum judicio, ut recte computum faciat, tenetur edere, et exhibere, est inventarium, et rationis librum, et de omnibus bonis in inventario descriptis, tenetur se onerare. Non enim optimam rationem reddet administrationis tutellaris tutor, nisi de omnibus bonis in inventario descriptis se oneret, et calculum faciat.*

(150)– como la del *librum rationis* posibilitaban el juramento *in litem* contra el tutor (151).

[2] La confección del libro de cuentas o de administración.

Otra de las obligaciones era la confección, custodia y exhibición de un libro de cuentas o de su administración, en el que, en el primer año, el tutor o el curador debían incluir, de forma clara y precisa (152), las cuentas, los cobros, los pagos, las personas que intervinieron, las fincas vendidas o compradas, los intereses, los réditos, etc. (153), lo que llevó a afirmar a los tratadistas bajo-medievales que su incumplimiento impedía la administración de los bienes del menor (154), y daba origen al juramento *in litem* contra el tutor (155), salvo que este pudiera probar que lo había extraviado de forma fortuita y no dolosa (156).

---

(150) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 35: *Et non aliter quam per inventarium, potest apparere de bonis pupillaribus; si tutor inventarium non fecerit, et librum rationis non habuerit, et in rationibus administrationis, non ediderit tam inventarium, quam administrationis librum, jurari potest in litem contra tutorem, vel administratorem.*

(151) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 36: *Idem erit dicendum si tutor inventarium fecerit, sed dolo omisserit aliquas describere in illo res pupillares.*

(152) Montanus, P.: *Tractatus*, Cap. 38, núm. 139: *Vel si quidem confecit librum rationum, sed confuse, inordinate et defectuose, ex quibus deceptoria, et dolosa ostenditur administratio, in damnum dominorum suorum.*

(153) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, núm. 100: *Tutor non solum cogitur inventarium facere, verum etiam tenetur conficere librum rationum de datis*; Gutiérrez, J.: *Tractatus, Pars* 3, Cap. 1, núm. 54: *Secundo, tutor seu curator tempore redditionis rationis, debet exhibere libros rationum omnis adminstrationis pubillaris.*

(154) Montanus, P.: *Tractatus*, Cap. 38, núms. 4-5; Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 63: *Generale autem est omnium gerentium negotia aliena, qui tenentur rationem reddere, ut conficiant librum vel codicem rationum de his, quae pervenerunt ad manus suas, quoaniam impossibile est rationem redid, nisi ostendatur liber rationum, in quo accepta et data, et introitus et exitus sint descripta, quod redid possit ratio…*

(155) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, núm. 100: *Tutor non solum cogitur inventarium facere, verum etiam tenetur conficere librum rationum de datis, et acceptis: et si non fecit, iurari potest per pupillum, nunc adultum, contra eum in litem.*

(156) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43,

No obstante este criterio, la doctrina nos informa de que era habitual tanto su confección como su inobservancia, dado que en la praxis era suficiente con que el tutor rindiera cuentas a través de la presentación del inventario de los bienes (157), lo que no le impedía reconocer la utilidad práctica que para el tutor, o para cualquier otro administrador, tenía el poseer un libro de administración de las cuentas, en el que se detallaban los gastos corrientes y ordinarios, de los que, de no tenerlo, no se podría dar testimonio, máxime si el tutor o el curador hubiera fallecido (158).

---

núm. 39: *Docent multi, quod sicuti absque inventario rationes tutellari administrationis legitime reddi non possunt, pariter absque exhibitione, et editione libri rationum, dispungi non poterunt. Et adhuc volunt quod si editus a curatore non fuerit rationum liber, sicuti non confecto inventario, juratur in litem ad interesse contra tutorem, aut alium administratorem, ut jam diximus, ita jurari posse in litem contra tutorem librum rationis non conficientem, aut illum non exhibentem. Neque excusabitur tutor jurando amisisse rationis librum, nisi casum amissionis probaverit, et accidisse citra illius culpam, nam cum ratione officii teneatur tutor ad libri custodiam, non excusabitur jurando illius amissionem.*

(157) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 40: *In nostro Regno, non solent omnes tutores, vel curatores librum rationis conficere, et in redditione rationum illum edere, nam etsi multi tutores librum faciant in Regno, et illum exhibeant, quando rationes reddunt, et ut diximus, teneantur illum conficere, et edere, juxta juris regulas, tamen frequentissime tutores, et curatores non habent librum administrationis, et absque illo quotidie in nostra praxi rationes administrationis reddunt, et hujusmodi praxis nostra satis juridica est, quia dum inventarium exhibeatur, et optima reddatur administrationis ratio, excusatur tutor a confectione libri rationum, et ab illius editione. Et adhuc, quod magis est, non semel vidi reddere rationes tutellares absque exhibitione, et editione inventarii, ut in redditione computi tutellae, et curae Antonii Carrasco civis, et in redditione rationis tutellae Francisci Salabert agricolae, ubi invenies quod tutores absque exhibitione inventarii rationes reddiderunt; quod non est, ut cogitas, multum distans a jure, cum possit etiam reddi ratio sine inventario, quando fraus, aut machinatio intervenire non potest, sed de legitime administratis constat.*

(158) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 1, Cap. 7, núm. 103: *Huic libro rationum statur, quatenus facit contra tutorem; quatenus vero in sui favorem facit, non statur sine alia probatione, nisi in parvis expensis, in quibus non solent parari probationes, adseveratis medio iuramento tutoris.*

[3] El pago de las deudas.

Se hallaba obligado al pago de las deudas del menor si no quería que se le considerara que había desatendido los deberes de su cargo (159). Para su abono se siguieron las siguientes reglas:

3.1. Si la deuda era líquida y clara, se abonaba sin tramitar litigio alguno (160).

3.2. Si el tutor interponía acciones calumniosas, temerarias o sin justa causa, los gastos procesales y la condena corrían a su cargo (161).

3.3. Si, por el contrario, la deuda era ambigua o incierta, el tutor tenía fundamento para interponer cuantas acciones entendiese que eran necesarias para velar por el patrimonio de su discípulo, debiendo esperar a la resolución judicial para el pago de la cuantía reclamada (162).

3.4. Debían, en todo caso, aportar los recibos, o ápocas, de los créditos y de las deudas tanto para su cobro como para su pago (163).

---

(159) D. 26,7,10.

(160) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 42: *Observari debet tertio, tutorem, aut curatorem teneri debita solvere pupillaria absque diffugiosa liquidatione, nam si viderit nullam reperiri legitimam dubitandi rationem, debet abstineri a litigio, imo absque judice tenetur bonam fidem agnoscendo solvere quod patrimonium pupilli debet.*

(161) C. 5,27,6; Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 2, Cap. 4, núm. 14: *quando exequutio fieret pro condemnatione expensarum, si tutor non habuit justam caussam litigandi, et propterea fuit condemnatus in expensis, fit exsecutio contra eum et non contra pupillum*; Galganettus, L.: *Tractatus*, Lib. 2, Cap. 5, núm. 13: *Sed si defendere neglexerint puniuntur. Et si nomine pupilli conventi succumbuerunt, ipsorum erit damnum, quod attinet ad litis expensas.*

(162) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 44: *Si vero debitum pupillare non fuerit certum, et liquidum, sed ambiguum, et tutor cum fundamento dubitet, an creditum illud debeatur, non debet sponte illud solvere, sed expectare debet primam judicis sententiam, aut condemnationem, et illius virtute recte solvet.*

(163) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 44: *Debent tamen in omni casu tutores, et curatores, ut constet de solutione, quietantias, et apochas reportare de creditis solutis. Et simul cum apocha solutionis, debent tutores habere instrumenta debiti soluti, et illius verae existentiae, aut judicis condemnationem, virtute cujus solutum fuit debitum.*

[4] El cobro de los créditos.

Tenía que proceder al cobro de los créditos en el tiempo prescrito por la ley, porque si por dolo o manifiesta negligencia dejaba de hacerlo, el juez le exigiría la oportuna indemnización por el daño causado al menor (164).

Frente a esta línea argumental, tanto la doctrina como jurisprudencia de las distintas Reales Audiencias sostuvieron que no se podía imputar de un acto negligente al tutor o al curador cuando el crédito no era exigible, cuando el deudor no era solvente o cuando se acreditaba cualquier otra justa causa (165). Véase al respecto la siguiente y esclarecedora sentencia:

> *Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 12 Decembris 1611, inter Don Jacobum Ferrer, et Domnan Vincentiam Ferrer.*
>
> *… Considerato ulterius quod non constat dictum Don Joannem non esse soluendo et ex dicto errore et non exactione non est facta deteriori conditio dictae minoris cum dictas centum octaginta libras una cum dicto interesse possit recuperare a dicto eius fratre et quod respectu tertii partis censualis proprietatis centum librarum onerati per dictum Jacobum Almenar translatum in dictum curatorem cum praedictis centum triginta septem libris duobus solidis et quatuor denariis de pensionibus debitis dicta minor non probauit prout secundum veram et receptam juris sententiam probare tenebatur dictum illius curatorem fuisse negligentem in exactione dictarum pensionum cum ex eo solum quod illas*

(164) C. 5,51,2; Barbosa, A.: *Collectanea*, Lib. 5, Tít. 51, *Lex* 2, núm. 1: *In exigendis nominibus debitorum tutor tenetur tantum de lata culpa*; núm. 5: *sed debet constare tempore susceptae tutelae fuisse idoneos, et facile exigi potuisse*; Gutiérrez, J.: *Tractatus, Pars* 2, Tít. 16, núm. 11: *ut filii pupillares debitores nec non minorum, loco atque tempore congruo exigere desierint, et ob negligentiam in exigendo comissam facultatibus cedant et non solvendo efficiantur, tempore susceptae vel redditae rationis, damnum, quod ex cessatione pupillo, minorive emerserit, praestare ac resarcire tenenantur.*

(165) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 46: *Unde, si tutor, vel curator non fuerit negligens in exigendo credita pupillaria, sed adhibuerit diligentiam, ut exigerentur, et consequi non potuit, aut quia debitor solvendo non fuit, aut alia de causa, non apparente tutoris culpa, nequit onerari de creditis non exactis, imo optimam reddet rationem restituendo ipsa nomina debitorum talia qualia fuerint. Non enim debet onerari tutor de creditis non exactis, tamquam si exegerit illa, nisi sua negligentia non fuerint exacta.*

non exegit non tenetur dictus curator illas refundere nec ad soluendum aliquod interesse cum non solum in dubio praesumatur bonus et diligens administrator sed etiam tenebatur probare quod ex eo quod dictus curator illas non exegit fuerunt interim debitores effecti non soluendo et quod eas amissit propter negligentiam dicti curatoris quod nedum dicta nobilis Domna Vicentia non probauit quinimo apparet euidenter dictum debitum non fuisse liquidum nec facilis exactionis cum ex pluribus actis et instrumentis dicti processus appareat pensiones dictii censualis nunquam fuisse exactas per dictos Don Hieronymun Vilarrasa nec Domnam Annam Ferrer dum vixerunt nec minus per dicta Domnam Vicentiam ab anno 1601… (166).

Criterio que se excepcionaba cuando el tutor o el curador poseían una cédula o una carta privada en la que constaba que el deudor se hallaba obligado al pago de un crédito no exacto. Así, si no la aportaban llegado el momento de la rendición de cuentas, se presumía que estaban obligados como si el crédito fuese cierto (167):

Senatus sententia publicata per Damianum Benavides, die 11 de Januarii 1661, in favorem Marceli Ferrnado, et contra Domnam Elisabetham Carrillo.

Et attento, quod licet tutor, dum non constat nomen debitoris sua culpa, et negligentia inexigibile factum fuisse, non debet de eo onerari, hoc tamen procedit quotiescumque instrumentum seu cautellam, in administratione repertam ad exactionem nominis necessariam tempore redditionis rationum exibet, nam alias ea non exibita, de quantitate debita tamquam exacta venit onerandus, nam cautellam non exibendo, debitam summam, exegisse praesumitur (168).

El deber que todo tutor o curador tenía de actuar como un buen padre de familia llevó a sostener que no podían prorrogar el plazo

(166) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 69. Signatura 7172.

(167) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 47: *Et si eveniat quod nomina pupillaria, citra culpam tutoris, fuerint deteriorata, et facta inexigibilia, non tenetur tutor de nomine non exacto, neque in rationibus, de illo onerari debet, sed si cedulam aut aliud instrumentum privatum habuerit tutor, vel curator penes se, in quo debitor obligatus erat ad solutionem crediti non exacti, tenetur tutor in rationibus, restituere cedulam, aut instrumentum privatum, alias praesumitur exigisse illud, et debet onerari de illo tanquam exacto.*

(168) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 106. Signatura 8591.

del pago de las deudas sin la previa autorización judicial, porque si llegado este, los deudores del menor no las pagaban, serían los propios tutores los que las abonarían de su peculio (169). No obstante, un sector de la doctrina, y buena parte de la jurisprudencia, advirtió que era posible prorrogar el plazo de vencimiento del pago de una deuda, bien porque concurría una justa causa, porque el aplazamiento era módico, o simplemente porque esta era ilíquida (170), lo que podía dar lugar a que, en este último supuesto, el propio curador remitiera parte de la deuda, y así facilitar parte del cobro (171).

(169) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 48: *Ex supra tradita doctrina infertur, quod tutor, vel curator, non potest prorrogare terminum solutioni praefixum debitoribus pupillaribus. Nam in domini praejudicium non potest debiti solutio prorrogari. Et si tutor, vel curator propria auctoritate prorrogationes dederit debitoribus tutellaribus ad solvendum, et in prorrogationis tempore efficiantur debitores non solvendo, et amittantur credita, tenetur tutor de propriis solvere illa simul cum interesse. Si vero non propria auctoritate, sed judicis interveniente decreto, et justa concurrente causa, haec fiant, poterit legitime prorrogari tempus absque periculo tutoris. Ut ego practicavi in tutoribus filiorum, et haeredum Andreae Hernandez interpolatoris, obtinendo aliqua judicis decreta quibus data fuit facultas praedictis tutoribus, ut possent prorrogare terminum solutionis debitoribus dictae curae.*

(170) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 50: *Bene verum est, quod si dilatio fuerit modica, et justa de causa detur, bene poterit illam dare tutorem. Idem judico tenendum si debitum fuerit illiquidum, nam ut illud confiteatur debitor, poterit curator non solum prorrogare solutionem, sed etiam remittere debitori partem debiti, cum plus utile sit pupillo partem exigere hoc medio, quam omne creditum amittere.*

(171) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 49: *Unde si debitor tutellae carceratus inveniatur, et solvendo non fuerit, si dederit cautionem desolvendo, poterit, judicis decreto interveniente, ei concedi prorrogatio, et excarcerari. Quamvis non ignorem docere multos (quorum sententia non est sequenda) tutores, caeterosque administratores posse prorrogare debitoribus administrationis terminum ad solvendum;* núm. 50: *Bene verum est, quod si dilatio fuerit modica, et justa de causa detur, bene poterit illam dare tutor. Idem judico tenendum si debitum fuerit illiquidum, nam ut illud confiteatur debitor, poterit curator non solum prorrogare solutionem, sed etiam remittere debitori partem debiti, cum plus utile sit pupillo partem exigere hoc medio, quam omne creditum amittere.*

[5] La venta de bienes muebles o semovientes.

Tenía la obligación de vender las cosas muebles o semovientes que, por su naturaleza, no se podían conservar, ni salvar; así, el trigo, el vino, el aceite u otros productos similares (172).

Este era un deber que tenía todo tutor o curador cuando tomaba posesión de su cargo. En concreto, cuando iniciaba el inventario de los bienes, debía determinar qué bienes muebles podían conservarse –joyas– y cuáles eran los perecederos. Los primeros únicamente se enajenaban si mediaba un decreto judicial que avalara su venta (173), los segundos estaban sujetos a una mayor responsabilidad, porque, como nos informa la doctrina, no solo se vendían mediante subasta pública, lo que garantizaba su transparencia y su control, sino que debía realizarse en el momento en que los bienes alcanzaban su máximo valor, de lo contrario, la pérdida de su poder adquisitivo debía compensarla el tutor por su negligente administración (174). Obligación que únicamente se veía postergada si el padre

(172) C. 5,37,22pr; C. 5,37,28,5; Partidas 6,16,18; Furs 5,6,19.

(173) Gutiérrez, J.: *Tractatus, Pars* 2, Cap. 21, núm. 1: *Tutor vel curator bona mobilia pretiosa minoris, ut aurum, vestes, ceteraque mobilia pretiosa minoris, vendire, alienare, vel pignorare, aut hypothecare non potest sine decreto praetoris… secus vero est dicendum in aliis bonis mobilibus, quae Servando servari non possunt.*

(174) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 51: *Calculum administrationis in rationum libello, et computi scriptura, debet facere tutor, vel curator per annos, computando, et calculando in primo administrationis anno omne acceptum, et postea in eodem anno, omne expensum, et sic in caeteris administrationis annis; et licet confessio facta in judicio a principali, non possit ab ipso revocari, nisi constito prius de errore… Debet in primo suae administrationis anno tutor, in introitu, omnia precia bonorum mobilium, et semoventium, quae in auctionibus publicis, dictis apud nos Almonedes accepta fuerunt, ponere, et de illis se onerate: tutores enim, aut curatores, tenentur in ingressu sui offici, et statim facto inventario, omnia bona mobilia, et semoventia pupillaria vendere in publica auctione, nunc fuerint fructus praediorum, jocalia auri, et argenti, vel alia similia, nisi testator aliud disposuerit, aut judex jusserit, et de hujusmodi venditione bonorum mobilium pupillarium in publica auctione, tenetur conficere tutor instrumentum publicum apud nos dictum Almonedes, nam et si communiter distinguatur inter bona mobilia, quae servando servari possunt, et inter mobilia, quae servari non possunt, nam dicitur bona mobilia quae servando servari possunt, non aliter esse vendenda, vel alienanda a tutore, nisi cum decredenda, vel alienanda a tutore, nisi cum decreto, et*

poseía algún negocio, arte u oficio que permitiese su conservación, *nam poterit tutor continuare illam* (175).

Con relación a su venta, esta debía realizarse en pública subasta y en presencia de un notario, quien, para evitar fraudes, anotaba el nombre del comprador y el precio alcanzado, anotación que registraba en su álbum notarial (176). Si, por el contrario, la venta

---

solemnitate; solum illa quae servando servari non possunt alienantur, et venduntur absque solemnitate, et decreto. Tamen in nostro Regno tenetur tutor bona mobilia, an semoventia, non neccesaria minori, indistincte vendere, sive servando servari possent, sive non, et semper venditiones hujusmodi in nostra praxi absque decreto fiunt, nisi mobilia bona quae servando servari possunt essent magnae aestimationis, et valoris, nam tunc debet decretum judicis interponi, ut ego pluries consolui, et practicavi. Tutori, caeterique administratores, possunt vendere bona solita alienari, sive pecunia praesenti, sive habita fide de precio, prout magis expedierit pupillo, et non debet eis impediri haec alienandi potestas, sine pupillorum damno. Si vero tutor, aut curator bona pupillaria mobilia non vendiderit opportuno tempore, et illorum precium implicaverit in emptionem praediorum, aut honestum lucrum, tenetur ad restituendam justam illorum aestimationem, et ad interesse precii bonorum, eodem modo ac si illa vendiderit.

(175) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 52: *Limita tamen illa quae diximus de alienatione bonorum mobilium, quando minoris pater aliquam mercaturam, aut negotiationem cum bonis habere consuevisset, vel aliquod officium aut artificium cum illis bonis exercuerit pater, quod vult continuare minor, aut quia ei utile, aut praecissum est, aut quia ita illius pater mandavit, nam tunc non debet tutor bona mobilia vendere imo tenetur conservare illa, et continuare negotiationem, mercaturam, vel officium.*

(176) Furs 5,6,20; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 53: *Si bona mobilia, aut semoventia legitime desiderat tutor, vel curator vendere, duo debet observare. Primum est quod in publica auctione, et licitatione plus danti, et offerenti vendantur, nam et si licitatio, et coeterae solemnitates, solum requirantur in venditione bonorum mobilium quae servando servari possunt. In nostra praxi admissum habemus quod omnia pupillaria bona mobilia, tam quae servando servari possunt, quam illa quae servando servari non possunt, vendantur in publica auctione, et licitatione plus danti. Et hoc non sine ratione fit, nam tutor, vel quilibet administrator, non potest vendere adhuc bona mobilia quae servando servari non possunt, nisi justo precio; et quando venduntur subhasta, intelliguntur vendita justo precio, nam probatum erit justo precio bona vendita fuisse, quando licitando non potuit aliud precium pro eis consequi, quam oblatum. Secundum est, quod de venditionibus istis in publica auctione factis, instrumentum conficiatur publicum; et quod venditiones vulgo Almonedes factae reperiantur, non est danda eis aliqua fides.*

era privada, la Corte de justicia nombraba a un asesor o perito para que valorase si el precio había sido el más alto o el más justo; de no serlo, el tutor se veía obligado a reembolsar la diferencia, lo que evitaba un perjuicio para el menor (177).

[6] Descripción de los bienes.

Se debía dar cuenta detallada de todos los bienes inscritos en el inventario, y de los que tuvo en su poder, de los incrementos y disminuciones, procediendo a su entrega al final de la administración, porque, de faltar alguno de los bienes, el tutor se veía obligado a su restitución (178).

---

(177) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 54: *Si autem mobilia bona administrationis non fuerint vendita a tutore, vel absque subhastatione, et incantu sine praesentia notarii vendita fuerint privatim, ut oneretur tutor de legitimo pretio, et aestimatione illorum in computis, debent praedicta bona inventariata aestimari, nam, et si multi velint quod illa bona quae oculis aestimatorum subjici non possunt, nequeant aestimari, et per consequens bona mobilia vendita, quae non extant, non possint aestimari a peritis, cum non vigeat peculiaris, ac individua illorum qualitas super qua de praesenti fimari possit eorundem valoris judicium. Tamen aestimantur in nostra praxi his in casibus, et solent aestimari bona mobilia, sive vendita reperiantur, sive non, et adhuc extent, et exhibeantur; si enim extant, recte poterunt aestimari, cum etiam si inveniantur deteriorata, possit aestimatio illorum fieri, non solum juxta valorum quem de praesenti habent, sed etiam juxta valorum quem habebant de praeterito, nam ex praesenti statu quem habent, poterit conjecturando dignosci, statum, et valorem quem habebant de praeterito. Si vero non extent bona, licet isti doctores non posse aestimari dicant absque mendatio, et falsitate, tamen quia potest dignosci similium bonorum valor, et conjecturari aestimatio, quam habere potuerunt, aestimantur per expertos aestimatores ad utilitatem minorum, idest illis preciis majoribus quae labere potuerunt in discursu temporis administrationis.*

(178) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 55: *Tenetur etiam tutor rationem reddere de omnibus in inventario conscriptis. Et si non constet tutorem restituisse integre omnia pupillaria bona in inventario descripta, et pariter reliquatum solvisse, nequit dici rationem reddidisse. Intellige tamen quod tutor solum tenetur rationem reddere de illis bonis pupillaribus, quae ad illius manus pervenerint, et de illis, et illorum proventibus, tenetur rationem reddere. Et quidquid fuerit de pecunia, vel re pupilli cum incrementis legitimis, et omne compendium, et incrementum ex pupilli, vel minoris pecunia perceptum reddere tenetur tutor. Si autem bona pupillaria ab adulto fuerint occupata, et non intraverint*

[7] Rentabilizar el peculio.

Tenían la obligación de rentabilizar el dinero del menor, de forma que no quedara estéril o improductivo (179). Así, la tradición textual (180), la doctrina (181) y la jurisprudencia nos recuerdan cómo, en la praxis, al tutor se le hacía responsable tanto de los intereses que el menor había dejado de percibir por no proceder a la venta de los bienes (182), como por la tardanza en el pago (183). En idéntico

---

in tutoris posse, eximitur proculdubio tutor ab obligatione restituendi illa bona, et rationem de illis reddendi. Et si in rationum libello posuerit plus expensum pro anima testatoris, quam ipse mandaverit, non veniet in exitu admittendus excessus.

(179) D. 26,7,15; C. 5,51,3; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 56: *Debent etiam tutores, et curatores in computo onerari de interesse pecuniae pupillaris otiosae, nam tutores, et curatores pecuniam pupillarem, non debent habere sterilem, sed illam implicare, et collocare tenentur emendo bona immobilia, aut census.*

(180) D. 17,7,7,7.

(181) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 13, núm. 9: *Similiter si tutor pecuniam pupillo debitam, cum interesse exegerit, et in proprios usus conuerterit, vel otiosam habuerit, pupillo soluet interesse, non solum fortis, sed etiam interesse per eum a pupilli debitoribus exacti… tunc enim interesse exactum fortis vicefungitur, vel fungi debet; Decisio* 15, núm. 11: *Et ita fuit iudicatum, me referente, haeredem tutoris teneri soluere interesse pecuniae, cuius tutor remansit debitor; Decisio* 18, núm. 7: *Et credo propter hanc rationem absque ulla probatione damni emergentis, vel lucri cessantis, in Regno Valentiae tutores, et curatores condemnari ad soluendum interesse pupillare. Notorium enim est, eos facile posse pecuniam pupillarem, sive minorum collocare in emptione annuorum reddituum, sive carricare aliquod censuale*; Crespí de Valdaura, C.: *Observationes, Observatio* 102, núm. 11: *Tutor jure commui non potest habere pecuniam pupilli otiosam.*

(182) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 115, núm. 7: *iuxta cuius opinionem saepius iudicauit Regia Audientia Valentina condemnando tutores, vel curatores ad interesse pecuniae per suam negligentiam non exactae, tam ex nominibus debitorum minoris, quam ex redditibus bonorum tutelae, quam ex venditione bonorum mobilium, quae culpa tutoris, vel curatoris vendita non fuerunt.*

(183) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Caja 113. Signatura 14348. *Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus die 22 Aprilis 1636 inter Petrum Hieronymum del Campo, et Vicentiam Poloniam Balbas, et de Caldero: ... usque in diem realis solutionis nec non etiam ad soluendum interesse ad dictum forum respective computatum omnium quantitatum per dictum curatorem in annis suae administrationis non exactarum et dicto Petro Gregorio del Campo debitarum in singulis omnis ad-*

sentido, si el tutor impedía el pago de una deuda, debía pagar los intereses de demora hasta su total satisfacción (184), sin que pudiera excusarse por su retardo (185).

En virtud de esta línea argumental, la doctrina del *mos italicus tardio* (186), y la valenciana en particular, sostuvo que el incumplimiento de esta obligación determinaba la responsabilidad del tutor por *culpa lata* o dolo cuando la cuantía era incierta, y por *culpa levis* o negligencia cuando era cierta (187).

---

ministrationis dictae curae usque in diem in quo constitit in processu exegisse illas dictum Petrum Gregorium vel in futurum constabit, in computum quarum omnium supradictarum quantitatum et interesse illarum accepto ferantur haeredi dicti Johannis Baptistae Caldero curatoris partite sequentes per dictos judices primitivi processus admissa in computum reliquatis et interesse quas solutas fuisse in anno 1606 et aliis sequentibus constat et in impugnationem illarum nihil per saepe nominatum Petrum Gregorium dictum nec praetensum fuit.

(184) Montanus, P.: *Tractatus*, Cap. 40, núm. 1: *Tutor, si quid erogaverit de propia pecunai in gerenda tutela, illam repetit cum usuris actione tutelae contraria.*

(185) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 18, núm. 5: *iuxta regionis consuetudinem, in Valentiae tamen Regno dispositio dictarum legum iurisconsultorum observatur, et tutores ad interesse pupillare condemnantur, nulla facta probatione damni emergentis, vel lucri cessantis ea ratione… attento et considerato communi usu, quo frequentissime tractatur emptio annuorum reddituum redimibilium est.*

(186) Montanus, P.: *Tractatus*, Cap. 39, núm. 56: *Tutor tenetur de lata culpa, quando nomina debitorum ejus negligentia minus idonea esse ceperim.*

(187) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 115, núm. 8: *quod licet tutor teneatur de leui culpa… tamen in exigendis nominibus debitorum in haereditate defuncti repertorum, requiritur dolus, vel lata culpa… et distinguit inter nomina debitorum, quae tutor inuenit tempore susceptae tutelae facta minus idonea, in quibus (si non fuerit exacta) probandum est per pupillum tempore susceptae tutelae debitores fuisse idoneos… et inter nomina debitorum quae ipse tutor contraxit, quorum periculum ad eum spectat… unde in eo requiritur diligentia, tam in illis contrahendis, quam in eis postea exigendis, qua non praestita per leuem seu latam culpam ipse tenebitur… et in istis nominibus a se contractis tutor debet probare, nomen tunc contractum fuisse idoneum, et in contrahendo diligentiam adhibuisse… pro ut regulariter dicens aliquem esse idoneum, et soluendo, tenetur hoc probare … et ita in specie est text. notabilis in l[ege] qui sub conditione, quae est antepenultima de condit.*

La obligación que recaía sobre el tutor de pagar los intereses que nacían por la inactividad de los bienes –*pecuniare otiosae*– únicamente quedaba limitada, *de iure*, cuando estos eran escasos o de menor cuantía (188), y, *de foro*, cuando su importe no alcanzaba las cincuenta libras (189).

Finalmente, con relación al pago de los intereses, la doctrina fijó las siguientes reglas:

1. Como criterio general se mantuvo que el pago de los intereses no podía generar nuevos intereses (190).

2. Debían pagar los intereses no solo durante la tutela, sino, incluso, una vez finalizada esta, esto es, la obligación perduraba hasta que se hubiera satisfecho su pago –*usque ad diem realis solutionis* (191)–. Criterio que se exceptuaba si el tutor o el curador, para interrumpir el curso de los intereses, citaban a juicio al menor que ya había alcanzado la mayoría de edad, y así proceder a su percepción (192).

3. Finalizada la tutela, únicamente debía abonar los intereses comunes –*et non reinteresse* (193).

4. Para su cálculo, en el ámbito del *ius commune* se establecieron las siguientes reglas: durante el primer año, los intereses surgían a partir de los seis meses de su gestión, en los que el tutor o el

(188) D. 26,7,5; Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 9, Cap. 9, núm. 25: *Tutor, vel curator modicam pecuniam minoris non tenetur dare ad lucrum.*

(189) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 69: *In Regno admissum habemus, minimam summa esse, si pecunia pupillaris non attingat summam quinquaginta librarum pecuniae pupillaris otiosae, non tenetur solvere interesse pupillare. Solum ergo si accedat ad quinquagintea libras, tenetur interesse solvere.*

(190) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 13, núm. 8: *Nec istis obstabis text. in l. fin. C. de usur. ubi usurae usurarum non debentur.*

(191) D. 17,7,7,15; León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 13, núm. 12: *Curatores olim condemnabantur ad solvendum interesse, nedum usque ad diem maioris aetatis, sed etiam usque ad diem realis solutionis.*

(192) C. 5,51,4; D. 26,7,28,1; Iranzo, J.: *Praxis*, Cap. 32, núm. 136: *Tutor tenetur protestari, quod ipse paratus existit reddere rationes, ut liberetur ab interesse debito pupillo.*

(193) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 13, núm. 13: *Et ratio est, nam post adimpletam minorem aetatem, cessat favor minoris, et obligatio quam habet tutor collocandi pecuniam pupillarem, et sic cessat obligatio soluendi interesse quantitatis debitae ex usuris, et confirmatur dispositione.*

curador no habían administrado con diligencia los bienes, dejándolos "ociosos"; a partir del segundo año, cuando hubiera mediado un espacio de diez meses sin que realizara cobro o compra alguna (194).

En el Reino de Valencia, tanto para el primer año como para los restantes, al tutor se le otorgaba un período de seis meses para invertir y realizar los cobros oportunos, pasado este, se le condenaba al pago de los intereses por el perjuicio ocasionado (195), con la salvedad de que este criterio se aplicaba únicamente con los bienes o con los cobros recientes, *non vero pro pecunia veteri* (196).

5. Su cuantía venía establecida, *de iure*, por el criterio judicial; pero, *de foro*, los intereses se computaban a razón de un sueldo por libra, o de quince denarios por libra (197).

---

(194) D. 26,7,7,11; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 75: *Interesse pupillare computari, et calculari debet in rationibus administrationis, juxta pecuniam pupillarem otiosam, quam habuit tutor in sui posse, nam quamvis exegerit tutor pecunias pupillares, si tamen debita administrationis ex illis solverit, non debet ei calculati interesse, cum otiosas non habuerit pecunias. Idem erit dicendum, si bona pupilli sequestrata fuerint, aut pecuniae pupillares emparatae, vel alio legitimo modo, impeditus fuerit tutor praedictas collocare pecunias, nam non tenebitur ad interesse. De pecuniis autem liquidis, et otiosis, quas in sui posse tutor habuerit, debet computari interesse in primo anno suae administrationis, non pro toto integro anno, sed solum pro sex mensibus. In caeteris annis, juxta juris regulas, pro decem mensium spatio, nam de jure dantur tutori, aut curatori in primo anno suae administrationis sex menses, ut pecunias pupillares possit in emptionem praediorum, aut censuum collocare. In caeteris vero singulis annis, duo menses dantur. Et intra hujusmodi tempus a lege datum ad implicandam pecuniam pupillatem, non tenetur tutor solvere interesse, neque de illo debet onerari.*

(195) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 76: *In nostro Regno, juxta praxim inconcuse observatam, tam in primo administrationis anno, quam in caeteris annis, conceduntur, et dantur tutori, aut curatori, vel cuilibet alii administratori, sex menses ad collocandas, et implicandas pecunias pupillares. Unde in quolibet anno, non potest computari, neque computatur interesse tutoribus, nisi pro sex mensibus.*

(196) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 18, núm. 11: *Postea vero, considerato magno rigore, quo vexantur tutores, et curatores in hoc Regno in redditione suarum rationum, et quod multi depauperantur, visum fuit Regio Consilio dictum rigorem cum aequitate temperare, et partem minorem amplecti, sequendo dispositionem… concedendo tutori vel curatori sex menses unoquoque anno pro nouis introitibus illius anni.*

(197) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 18, núm. 8: *Quale autem inte-*

[8] Préstamo de dinero.

Con carácter general, el tutor o el curador tenían prohibido prestar dinero a cambio de obtener altos réditos o intereses (198), porque, de lo contrario, el riesgo de la operación corría a su cargo: si perdía, *cedit in detrimentum tutoris*, si obtenía ganancias, *cedit in beneficum minoris* (199). Esta prescripción quedaba limitada, bien cuando el padre del menor realizaba –o consentía– estos negocios o actos cambiarios (200); o bien porque venía prescrito por la au-

---

resse, et a quo tempore illud soluere debeat tutor, aut curator, quaestionis est. Et circa quantitatem in hoc Regno non dubitatur, quia receptum fuit, ut solueretur Valentiae ad rationem unius pro quindecim, seu, ut vulgo dicitur, ad rationem sexdecim denariorum pro libra. Haec enim erat annua pensio annui redditus communiter.

(198) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 59: *Operepretium erit inquirere, an possit tutor, aut curator pecuniam pupillarem otiosam ad cambium dare, vel negotiationem cum illa facere tradendo eam sub usuris mercatori: videtur enim posse hoc facere tutorem periculo administrationis pupillaris, quia non solum videtur permissum tutoribus, pecunias pupillares foenori dare, sed teneri praecisse mutuare illas sub usuris mercatoribus, et aliis fidis personis. Sed contrarium tenendum judico, nam tutor, et curator, independeter a voluntate testatoris, nequit pecunias pupillares ad cambium daris, neque mercatori sub usuris dare, vel negotiare cum illis, et si de facto haec fecerit, periculo suo faciet, et non administrationis pupillaris. Ratio est evidens, quia etsi jure antiquo potuerit tutor pecuniam pupillarem, et debuerit foenori dare. Hodie autem, non potest tutor pecuniam administrationis foenori dare, et si dederit, suo periculo faciet.*

(199) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 61: *Ex quibus infertur, quod si tutor ad cambium, vel aliam negotiationem dederit pecunias pupillares, et negotiatio optimum exitum non habuerit, et cambium amittatur, et pecuniae perierint, omne cedet in detrimentum proprium tutoris, qui negotium fecit, et tenebitur de proprio solvere pecunias, et interesse: si vero cambium, et negotiatio ex pecunia pupillari facta, tutum, et felicem habuerit exitum, omne lucrum, et interesse ex cambio, aut negotiatione, cedet in utilitatem pupilli, ex regula quod omne emolumentum, et incrementum, proveniens ex pecuniis aut rebus pupillaribus, est proprium pupilli, et tenetur de illo tutor rationem reddere.*

(200) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 60: *Limita tamen doctrinam a nobis traditam, quando pater pupilli solebat depositiones pecuniae apud mercatorem probum facere, et illi sub aliquo contractu dare, nam si tutor pupilla rem pecuniam tali mercatori sub illo contractu dederit, et penes illum deposuerit etiam si talis mercator decoxerit non potest imputari tutori, nam propter bonitatem, et probitatem personae antea expertam, a juris communis regulis receditur.*

toridad judicial, en cuyos supuestos *absque periculo proprie substantiae, poterit illa conservare tutor*. Por esta razón, el tutor tenía la obligación de paralizar todas las operaciones o negocios cambiarios cuando accedía al cargo, invirtiendo el dinero del menor en la compra de bienes inmuebles o en otros bienes rentables y seguros (201).

[9] Recuperación por el menor de sus bienes.

Siguiendo con este amplio catálogo de obligaciones y derechos, la literatura jurídica se planteó en qué momento podía recuperar sus bienes el menor que había alcanzado la mayoría de edad. En torno a esta cuestión, no siempre pacífica, los *doctores legum* distinguieron entre los bienes inmuebles y los muebles. Con relación a los primeros, se admitió sin reservas que este podía recuperarlos *ipso iure* una vez finalizada la tutela, esto es, sin necesidad de que el tutor rindiera cuentas de su gestión, lo que impedía que pudiera retenerlos con el pretesto del cobro de unos créditos o por la compensación debida por su labor (202).

(201) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 62: *Infertur etiam, quod si tutor, tempore susceptae tutellae invenerit in patrimonio pupilli aliquam negotiationem, aut aliqua cambia, exigere tenetur cambia, et negotiationem extinguere, collocareque pecunias in emptionem praediorum, aut annuorum redditum. Nam cum hujusmodi cambia, nihil aliud sint quam nomina pupillaria, et idem sit negotiatio, tenetur ad exactionem, et exinctionem, nominum, et si non exegerit, et propter illius omissionem amittantur credita, tenebitur tutor de propriis ad solutionem pecuniae non exactae, et ad interesse. Quamvis enim debitor cambii, aut negotiationis, interesse solvat, dum capitale non restituit, et mens testatoris, qui cambia, aut negotiationem formavit sequatur, tamen tutor potest exigere hujusmodi credita, et non exigendo prorrogat terminum solutioni, quod nequit propria facere auctoritate, et si de facto faciat, et amitantur credita, periculo suo contingere debet, cum in termino prorrogationis id contingat, et nequeat tutor similes prorrogationes facere. Limitarem ego supra adducta duplici in casu. Primo si testator jusserit quod negotiatio conservaretur, aut cambia, nam tunc absque periculo propriae substantiae, poterit illa conservare tutor. Secundo si non propria auctoritate hoc faciat tutor, sed judicis interveniente decreto, ut ego practicavi in tutoribus Andreae Hernandez, quibus, judicis interveniente decreto, fuit data facultas, ut negotiationem in apotheca publica conservarent, quam habebat pupillorum pater.*

(202) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 96: *Non tenetur minor factus major expectate redditionem rationum*

Con relación a los bienes muebles, si bien un sector de la doctrina admitió la posibilidad de su reclamación por la vía ejecutiva (203), la opinión mayoritaria sostuvo el criterio contrario (204): con anterioridad a la rendición de cuentas, el tutor no estaba obligado a determinar ni los créditos, ni los cobros realizados o pendientes (205).

[10] Reclamación de los gastos o de las deudas.

Finalmente, tanto los juristas tardo-medievales como la propia jurisprudencia admitían la presunción –*iuris tantum*– de que el tutor o el curador no debía reclamar ningún gasto o deuda, porque de estos ya se habían resarcido durante su gestión (206).

---

tutellae, ut recuperet immobilia bona in administratione existentia, nam finita tutella, statim, et ipso jure recuperat illa, et debet possidere absque impedimento, nec sub praetextu crediti potest tutor retinere pupillaria bona, sed prius obstringitur rationem suae administrationis reddere. Nec compensationem potest opponere tutore; Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 2, Cap. 9, núm. 51: *In dubio autem tutor, vel administrator bonorum praesumitur sibi satisfactus de credito suo*.

(203) Cáncer, J.: *Variarum, Pars* 3, Cap. 15, núm. 314: *Et licet… tutorem compelli, non expectata redditione generali rationum tutelae, ut reddat mobilia contenta in inventario.*

(204) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 98: *Sed contrarium verius est, et sequi debet, nam opposito a tutore, quod rationes paratas habet, et vult illas reddere, non potest compelli ad restituendas bona mobilia inventariata, et haec est opinio in praxi communiter admissa.*

(205) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 99: *Ratio sententiae nostrae est certissima, quia tutor, aut curator, vel alius administrator, ante redditam rationem, non tenentur restituere bona mobilia, quae vendere tenebatur, cum ante redditam rationem, non possit dici debitor, ut contra illum agatur, neque creditor, ut agere possit. Quod indubitanter procedit quando non apparet tutorem, vel curatorem in officii sui ingressu aliqua accepisse pupillaria bona, aut pecunias, et in sui posse intrasse, nam nequit tunc intelligi debitor; secus esset si in ingressu, sui officii appareret aliquas summas, et alia bona pupillaria in tutoris posse intrasse, nam tunc praesumi debet debitor. Sed quod tutor praesumatur debitor, et conveniri possit a creditoribus pupillaribus, dum rationem non reddiderit.*

(206) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 100: *Ex quibus infertur, quod si tutor, vel curator, durante administratione tutellari, aliquas expenderit pecunias proprias in utilitatem minoris, et creditum habuerit in veritate, non poterit ante dispunctas rationes, se creditorem facere, et exigere quod vere ei debetur, nam tutor, vel curator*

Criterio que sufrió dos claras limitaciones:

[a] Cuando, con anterioridad a la rendición de cuentas, el tutor solicitaba sus créditos mediante procedimiento ejecutivo (207).

[b] Cuando la madre era la tutora del hijo receptor de la herencia paterna. En este supuesto, podía reclamar tanto la dote, como su aumento o los intereses que generaba (208). Regla que se excepcionaba cuando se podía comprobar cómo durante su administración el menor había entregado sumas o bienes suficientes a su madre, lo que permitía suponer que se le habían remitido en pago a su dote (209).

---

contra minorem factum majorem, nequit agere petendo expensum in administratione, neque aliter potest peti quod expensum fuit, nisi dispunctis rationibus, et in reliquatu exigi poterit.

(207) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 100: *Quamvis non ignorem antiquitus declaratum extisisse in Senatu, posse curatorem, virtute crediti, executionem juris facere ante redditam rationem contra minoris haeredem, executionem vero facti, minime, nisi postquam rationes tutellares reddiderit, ut sententia per Alreus.*

(208) León, F. J.: *Decisiones, Decisio* 17, núm. 14: *In quarto, et ultimo dubio; an dictis minoribus competat retentio dotis, et augmenti ob creditum administrationibus tutelae, videbatur dicendum competere, ut disputando aliquibus rationibus relatis probat Scobar de ratiociniis*; núm. 15: *Quibus non obstantibus contrarium in occurenti casu fuit decisum… Ergo debitum dotis non debet mutare naturam suam, quae est, ut non possit contra illud competere retentio propter tutelam assumptam, et hypothecam ex ea resultantem. Tertio, quia promissio redditionis rationis cum restitutione reliquorum, quae fit in tutela, non potest separari, nec aliqua certa quantitas, quae forte in inuentario esset apposita, potest de per se peti, sed in simul tota ratio reuideri debet. Ergo cum debitum tutelae, non sit liquidum, sed incertum, donec tutelae ratio integra non sit revisa, amittere non debet retentionem. Quia si daretur retentio, sequeretur absurdum, ut mater, retenta eius dote, viuere nequiret, et pro bono opere administratae tutelae lapidaretur. Quarto sequeretur inconveniens, ut pro parua summa, de qua forsan remaneret debitrix mater tempore redditionis tutelae, retentio fieret totius dotis. Et in dubio praesumendum est, matrem bona filiorum utiliter atque fideliter, durante tutela, administrasse, stante zelo, et charitate materna erga filios. Et quod non competat retentio dotis, ex causa tutele… Et hac ratione moti fuerunt doctores, et contrarium tenuerunt: quae cessat in nostro Regno, quia mater, et avia, quando in testamento relinquuntur tutrices filiorum, vel nepotum suorum, non obligant expresse bona sua, nec renuntiant Velleiano, et ali legum auxilio.*

(209) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43,

3.5. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

Una vez que el pupilo alcanzaba la mayoría de edad y la tutela finalizaba (210), si consideraba que en la rendición de cuentas se había procedido con dolo, fraude o error (211), podía interponer un

---

núm. 101: *Ego pro vera resolutione judico, quod si appareat in posse matris tutricis intrasse magnam summam pecuniae pupillaris, aut bonorum mobilium preciosorum, et non appareat erogasse illa in administrationem tutellarem, quia ex pecunia, et precio bonorum potuit de dote solvi, intelligi debet in hoc casu soluta de dote, et dabitur minori retentio dotis; si vero in promptu non appareat, in posse matris tutricis extitisse pecunias pupillares, aut bona sufficientia ad dotis satisfactionem, vel dubium sit, vel appareat erogata fuisse in administrationem, non dabitur retentio dotis minoris, sed exactio competet matri.*

(210) Cáncer, J.: *Variarum*, Lib. 3, Cap. 15, núm. 318: *Ex adverso autem, etiam si appareret, quod tutellae administratione durante, introierint in tutoris, vel curatoris posse aliquae summae pupillares, quas fasus fuit tutor penes ipsum esse, non poterit agi executive pro illis, neque datur actio ante redditas rationes contra tutorem, ad hoc ut illas restituat, quia solum procedi contra illum potest, ut rationes reddat, et non ad aliud compellitur tutor, quam ad reliquatum solvendum, dispunctis rationibus.*

(211) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 114: *Et quidem prima pars affirmativa videtur iuridica, quia tutor vel curator, aliusve administrator, qui semel reddidit rationem suae administrationis, non tenetur iterum illam reddere… Imo si non fuisset facta deliberatio, obligatus esset liberans ad faciendam ipsam liberationem de facto*; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 109: *Semel dispunctis legitime rationibus administrationis tutellaris, iterum non debent revideri, neque reiterari, et tutor, aut curator, vel alius administrator qui semel rationem reddidit, non est amplius cogendus ad reddendam rationem. Limita regulam istam, si rationes dispunctae fuerint fraude, dolo, vel metu, vel si in illarum dispunctione error intervenerit, nam iterum, examinandae erunt, adhuc in casu quod in calculo adhibitae fuerint renunciationes, et poenae contra eos qui rationibus contradixerint. Et quod semel dispunctis rationibus administrationis tutellaris, iterum revideri non debeant, nec compelli tutor, ut illas det, nisi de errore, fraude, vel dolo appareat. Declara tamen quod si partes remanserunt quaerellantes, et discordes, tempore redditae rationis, iterum poterunt peti… Et multo minus tenebitur, neque poterit cogi tutor, vel curator, reddita semel administrationis ratione, ad illam iterum reddendam, si libros rationum, et instrumenta in prima computi definitione tradiderit minori facto majori, aut illius haeredi, prout debet, et moris est, nam cum sine libris, et instrumentis nequeat ratio reddi. Non poterit cogi tutor, ut absque libris, et instrumentis, iterum rationes reddat. Et in casu quo,*

procedimiento ordinario (212) o sumario –según los reinos– contra el tutor que estaba al frente de su patrimonio (213), no así contra el cotutor, que se hallaba exento de gestión, ni contra los garantes (214), salvo que estos, con posterioridad, se hubieran inmiscuido en el patrimonio (215); proceso en el que se le permitía la interposición de pruebas testificales –*non obstante summaritate causae* (216).

---

propter errorem, aut fraudem, compellatur tutor iterunt rationis reddere, si qui petit rationem, libros habet, et instrumenta ratiocinii in sui posse, prius restituere illa tenetur.

(212) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 53: *Instrumentum in quo tutor promisit reddere rationem cum solutione reliquorum non habet exequtionem paratam, sed via ordinaria id petendum est, et offeri debet rationis redditio.*

(213) Reclamación que no procedía cuando el tutor hubiese obrado con diligencia. Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 22: *Advertere etiam libet, quod omne illud quod legitime fecerit tutor in administratione bonorum pupillarium, non relinquit obligatum illum nomine suo proprio; ac proinde si sententia fuerit lata contra tutorem, non poterit ei praejudicium inferre, quoad bona, aut jura propria. Neque sententia contra tutorem obtenta, poterit finita tutella contra illum exequi.*

(214) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 113: *Demum adverte, quod si sententia ratiocinii tutellae, solum fuerit obtenta contra tutorem, et processus ratiocinii cum tutore solo fuerit actitatus, non poterit exequi contra contutores qui non administrarunt, neque contra fidejussores tutellae, neque poterunt contutores, vel fidejussores compelli ad solvendum reliquatu contentum in sententia ratiocinii, neque virtute sententiae agi poterit contra fidejussores, imo ut isti compellantur ad reliquatum solvendum, debet suscipi ratiocinii judicium a principio, non solum cum citatione fidejussorum.*

(215) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 114: *Limita tamen supra tradita, si fidejussor subintraverit merita sententiae, et admissus fuerit ad impugnandam illam, nam habita consideratione illarum quae deduxit in impugnatione, poterit contra fidejussorem absque novo processu exequi.*

(216) Gutiérrez, J.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 1, núm. 53: *Hujusmodi ratiocinii causae administrationis tutellae, et curae, de jure ordinariae sunt. In nostra praxi vero tractari debent summarie, quia ita stabilitum extat in foro 17 rub. de restitut. minor. Et quia in causis summariis, non reperitur prohibitum, quod testibus probetur ab actore, vel reo illud quod expedierit; imo in praedictis causis summariis, debet dari locus ad testes producendos. Poterit in causis ratiocinii tutellae, et curae, testibus probari, quod oportuerit actori, vel reo, et ideo in nostra praxi solent testes produci in hujusmodi*

Por regla general, el procedimiento era instruido por los jueces contadores (217). Si su número era superior a tres miembros, en el supuesto de discordancia de pareceres, prevalecía la opinión mayoritaria; si eran dos, y no tenían un criterio unívoco, cada uno plasmaba sus motivos por escrito, y concluía aprobando –lo que determinaba la condena en costas del pupilo (218)– o reprobando la gestión realizada (219). Ambas sentencias eran publicadas por el escribano de la Corte (220), pu-

---

causis, tam ab actore, quam a reo, et datur locus ad testium receptionem, non obstante summaritate causae.

(217) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 95: *Similiter quamvis tutores, aut curatores, et alii administratores non teneantur reddere administrationis rationem, nisi in loco ubi administrarunt. Tamen iniciata computi causa coram judicibus calculatoribus, evocatur in prima instantia, in nostra praxi, absque haesitatione, vel ad Curiam Gerentis vices Generalis Gubernatoris, vel ad Regium Senatum, licet juxta juris regulas, similes causae non nisi ex justa, et gravi causa evocandae sunt.*

(218) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 106: *Et quod semper condemnetur in expensis minor factus major, aut illius haeres petens rationem, ne tutori officium sit damnosum; et adhuc quod magis est, si tutor appellaverit a sententia ratiocinii tutellae, et obtinuerit meliorationem sententiae, debet in judicio appellationis condemnari in expensis minor, etiam si illi fuerit debitor ex administratione curator…*

(219) En la misma se tipificaba la cuantía de su salario. Cfr. Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 105: *Si calculatores judices concordaverint, unica fertur sententia condemnatoria, aut absolutoria, in qua admittuntur, vel negliguntur parcellae in calculo positae in discursu omnium annorum administrationis, et juxta praxim Regni, datur eis salarium sententiae ad rationem octo denariorum pro qualibet libra, sed non potest excedere salarium metas quinquaginta librarum, nam etsi judicibus subdelegatis a judicibus habentibus salarium de publico, non debeatur salarium, juxta foro 55 rubr. de curia et bajulo. Tamen praedictis calculatoribus, et computatoribus datis, sive subdelegatis, juxta eundem forum, debetur salarium, et pro mercede advocati proponentis scripturam ratiocinii solvitur una libra pro quolibet folio, eodem modo ac si fuerit resolutoria testium et hujusmodi mercedis partita uti justa admittitur semper in calculo, ad cujus solutionem, et ad omnis expensi in ratiocinii causa condemnatur semper minor factus major, aut illius haeres cui rationes dantur, ex trita illa regula; quod officium tutoris non debet ei esse damnosum.*

(220) Suárez de Paz, G.: *Praxis*, Tom. 2, *Pars* 5, Cap. 3, núm. 3: *Appellatio ab interlocutoria in omnibus instantiis, et in utroque foro sublata est*; Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 104: *Deveniendo ad sententiam judicum calculatorum in ratiocinii causa, obser-*

diendo ser objeto de apelación por la parte perjudicada, recurso que, por lo general, era admitido en la praxis jurídica (221).

Al igual que en las sentencias arbitrales o en los juicios para la división de la herencia (222), una vez la sentencia se hallaba registrada (223), de su ejecución se encargaba el juez ordinario (224).

---

vandum est, quod si calculatores judices plures fuerint, videlicet tres, et in sententia discentiant, praevalet sententia quae ab eorum majori parte statuitur. Si vero fuerint duo, et discordent, quilibet debet proferre sententiam suam, et debent duae diversae sententiae ferri, una a quolibet ex judicibus calculatoribus.

(221) Suelves, Lib. 2, *Consilia, Consilum* 3, núm. 5: *A sententia supradicta in causa ratiocinii lata, potest appellari, et admitti debet appellatio quoad utrumque effectum, quia non reperitur prohibita, et semper venit admittenda*; Salgado de Somoza, F.: *Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellantium a causis et judicibus ecclesiasticis*. Lugduni, 1669. *Pars* 1, Cap. *Praeludio* 3 a núm. 81.

(222) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 111: *Idem practicatur, et observatur in Regno in sententiis arbitrorum, et judicum divissorum, et partitorum in judicio familiae erciscundae, et communi dividundo, nam illorum sententiae, ab ordinariis judicibus exequi debent.*

(223) Bas y Galcerán, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 43, núm. 112: *Quae quidem reclamatio, in actis continuatur, sed non injungitur, neque notificatur, ut latius suo in loco tradam. Retroclamo autem facto, ut mandatum executorium expediri possit, debet sententia ratiocinii, aut arbitrorum, vel judicum divisorum, registrari in illa curia ubi exequi debet, et absque eo quod registretur, non conceditur in nostra praxi praeceptum executivum; facto vero retroclamo, et registrata sententia, expeditur executorium.*

(224) Matheu y Sanz, L.: *Tractatus*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 1, núm. 12: *Judici ordinario per Forum concessa est potestas exequendi;* Tít. 2, núm. 5: *Est enim reclam sive reclamatio secunda querela, vel instantia actoris, qui virtute primae obtinuit sententiam pro se mediante qua, executioni deduci postulat condemnantionem.*

UNA VISIÓN DE LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE DOCUMENTOS NOTARIALES DESDE EL DERECHO DOCUMENTAL. LA RES 22/2/2012

(En reconocimiento a los registradores José Félix Merino Escartín, Antonio Miguel Torrens Sánchez y Antonio Hueso Gallo)

Rafael Rivas Andrés
Notario

A D. Juan José Rivas Extremera
y D.ª M.ª Carmen Andrés Aguilar,
dos ilustres médicos zaragozanos que nos enseñaron el valor del esfuerzo y del trabajo.

Resumen: La escritura extranjera de inmuebles españoles, aunque esté inscrita (la inscripción no convalida actos nulos, ni sustituye al título), es un documento "principal, complejo y tecnológico" que, mientras no se eleve a escritura pública ante notario español, será civilmente nula, (un simple "documento no-público") que no puede servir de título a ninguna escritura posterior, pues el notario extranjero ni siquiera tiene elementos técnicos para prestar un asesoramiento y control de legalidad española con la intensidad y extensión necesaria para que produzca la misma seguridad jurídica que sus equivalentes españolas (Doctrina de Equivalencia en la Seguridad Jurídica). Solo la "escritura mixta extranjero-española", fruto de la colaboración simultánea de notario extranjero y español (Proyecto Eufides) sería directamente admisible, al cumplir los ocho controles de validez y eficacia del negocio y del documento en Derecho extranjero y español.

Palabras clave: notarios extranjeros, escrituras extranjeras, documentos notariales extranjeros, inscripción de escrituras extranjeras, art. 4 Ley Hipotecaria, art. 36 Reglamento Hipotecario, doctrina de equivalencia de formas, servicios notariales internacionales, validez y eficacia

de documentos, validez y eficacia de negocios, consentimiento informado notarial, antiformalismo del Derecho español.

Abstract: The Spanish real estate foreign deed though it is registered (the registration neither ratify null actions nor substitute the tittle), is "an important, complex and technological document" unless is not taken to a public deed before a Spanish notary will be null civilly (just a simple "no public document") that cannot be used as the tittle of any following deed because the foreign notary has not even technical elements to give an advice and control of the Spanish lawfulness with the necessary intensity and length to make the same juridical security that its Spanish equivalences (equivalence doctrine in the juridical security). Only the "mixed foreign-Spanish Notarial Deed" as a result of the simultaneous collaboration between the foreign and Spanish notary (Eufides Project) would be directly acceptable because it fulfils the eight controls of validity and efficacy of the contract and the document in foreign and Spanish law.

Key words: foreign notaries, foreign deeds, foreign notarial documents, registration of foreign deeds, article 4 mortgage law, article 36, mortgage regulations, doctrine of form equivalence, international notarial services, validity and efficacy of documents, validity and efficacy of contracts, notarial informed consent, Spanish law antiformalism.

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO

2. DIFICULTADES

3. LA HERRAMIENTA LINGÜÍSTICA DE NO TOMAR LA PARTE POR EL TODO

4. LA HERRAMIENTA LÓGICA DE REDUCCIÓN AL ABSURDO

5. LA HERRAMIENTA LÓGICA DE LA REGLA GENERAL Y SUS EXCEPCIONES

6 A 24. LAS HERRAMIENTAS JURÍDICAS

25. CONCLUSIÓN PRIMERA: LOS OCHO CONTROLES (VALIDEZ

Y EFICACIA DEL NEGOCIO Y DEL DOCUMENTO EN DERECHO EXTRANJERO Y ESPAÑOL) QUE HAN DE SUPERAR LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS

26. CONCLUSIÓN SEGUNDA: LOS EFECTOS RECONOCIDOS A LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA POR ALGUNA NORMA CONSUETUDINARIA, JURISPRUDENCIAL O LEGAL

27. CONCLUSIÓN TERCERA: CRÍTICA DE LA RESOLUCIÓN DE 22/2/12

28. CONCLUSIÓN CUARTA: SOBRE ASPECTOS GENERALES

29. CONCLUSIÓN FINAL: AUNQUE SE INSCRIBAN LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS SOBRE INMUEBLES HISPANOS, NO SE PUEDEN ADMITIR COMO TÍTULO POR NINGÚN NOTARIO ESPAÑOL, AL SER CIVILMENTE NULAS Y POSIBLES GENERADORAS DE GRAVES RESPONSABILIDADES QUE PUEDEN ACABAR EN UN JUZGADO, LO QUE DEBERÁ SER ADVERTIDO A EVENTUALES COMPRADORES, ENTIDADES DE CRÉDITO, ETC.

30. CODA

1. PLANTEAMIENTO

Las líneas que siguen son un resumen de un proyecto pendiente más amplio, en el que, por el formato, prescindiremos de citas en la medida de lo posible, por lo que desde este mismo momento pedimos disculpas a los autores mal citados. Por la misma razón nos referiremos solo a nuestra legislación estatal obviando la foral, como también prescindiremos de los documentos administrativos y judiciales para referirnos únicamente a los "privados" y a los "instrumentos públicos" (que es la denominación tradicional que desde Las Partidas se da a los documentos públicos notariales, hoy: testimonios, actas, pólizas y escrituras). Además, ante el hecho evidente de que hay países no europeos con los que no tenemos firmado ningún convenio y de que hay documentos que no se pueden, o no se quieren, inscribir en ningún registro, intentaremos fundamentar primero nuestra opinión en el Derecho español no registral de origen interno, para finalmente contrastarla con el Derecho europeo, internacional e hipotecario.

A pesar de estas acotaciones, la circulación internacional de documentos notariales plantea unas dificultades tan importantes y llenas de matices que su tratamiento integral desborda el formato de lo que sería un artículo divulgativo como intenta ser el presente, con lo que ya advertimos que las líneas que siguen no pasarían de ser un a modo de "sumario" de las cuestiones implicadas que esperamos poder desarrollar en otro momento y en otro lugar... Entonces... ¿qué interés puede tener este artículo?, ¿no sería mejor esperar a tener todo terminado y estructurado antes de lanzar mensajes incompletos? Es posible y hasta recomendable, pero francamente, la Res 22/2/12 nos ha dejado tan perplejos que hemos considerado prioritario el dejar patente nuestra protesta aun antes de tener finalizado ese otro proyecto más amplio, pues el cúmulo de despropósitos que contiene esa Res, hecho por quien se supone que tiene a su cargo la vigilancia del sistema notarial español, no nos deja otra salida.

En efecto, hasta ahora existía aquí una postura minoritaria que –por desconocimiento de los fundamentos del sistema documental hispano– sostenía que el notario español no tenía que asesorar a las partes ni controlar la legalidad española en las escrituras que autorizaba. Semejante dislate se mantenía bien directamente (así, sin más) o bien de manera indirecta por el sistema de considerar equivalentes las escrituras extranjeras a las españolas por el simple hecho de que contuvieran la palabra notario acompañada de unos cuantos sellos (cuantos más mejor), aunque fuera evidente que no se había asesorado ni controlado la legislación española, incluso por impedimentos tecnológicos.

Esta postura minoritaria la mantenían algunos pocos registradores de la propiedad, básicamente por una extraviada política corporativa que ignoraba que la Directiva europea sobre servicios (Dir Serv 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006) y la legislación interna española que la traspone (L Serv 17/2009, de 23 noviembre) equiparan a notarios y registradores excluyendo a ambos servicios de liberalización, de manera que quienes así actuaban a la vez socavaban el sistema registral español, pues por la misma razón implícitamente estaban sosteniendo que la calificación registral la pudiera hacer cualquier registrador europeo con tal de que mandara telemáticamente redactado el asiento siempre que apareciera junto a su firma un sello en tinta que dijera *"Prior Tempore Potior Iure"*... ¿es aquí donde se quiere llegar?... ¿en qué quedaría la calificación regis-

tral si su control de legalidad lo puede hacer un registrador danés, siempre que tenga el correspondiente sello de caucho *"Prior…"*? Y ya puestos, ¿por qué no cualquier estudiante de Derecho o licenciado sin especialización en Derecho Privado, Hipotecario y Notarial, que seguro que no tendrá un nivel peor que un registrador extranjero respecto del Derecho español?

Solo con esta perspectiva se puede entender que Joaquín Sarrión Esteve ganara el concurso de artículos de la revista registral *Lunes 4'30* con el suyo publicado en el núm. 487: *"A propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de documentos notariales de Estados miembros de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica nacional y europea"*. Y es que los méritos del artículo (un auténtico haiku jurídico) son extraordinarios, pues si el título es largo, el contenido es muy corto, ya que en total son solo tres folios y medio (solo la bibliografía de un artículo de Rodríguez Adrados sobre la materia ocupa ¡14 páginas!). A esos escasos folios hay que restar la primera página, que es solo el título y el sumario, con caracteres enormes para rellenarla. También hay que restar otra página más de notas al final. Igualmente hay que quitar otras dos páginas más del principio, en las que se limita a exponer la Res 7/2/05 y la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22/11/06. Y por lo mismo no hay que tener en cuenta casi otra página más de "conclusiones", que sobran, pues no se puede resumir lo que ya está resumido y de hecho el artículo se puede leer sin ellas: no añaden absolutamente nada. Finalmente, el autor dedica menos de un folio a exponer sus argumentos, en los que confunde la validez del documento con la del negocio, no distingue entre la eficacia de uno y otro, compara a los notarios con lechugas y llega a la conclusión que un notario alemán y sus escrituras son iguales a las españolas ¡sin citar ni un solo artículo de la legislación notarial ni alemana ni española! En fin, felicitamos sinceramente al autor, no solo por haber ganado el concurso, sino por cómo lo ha hecho, pues convencer a un jurado de adustos registradores con menos de un folio de argumentos es obra titánica que solo podemos apreciar los devotos de los cuentos cortos. Con este artículo el autor ha superado al famoso microrrelato del hondureño Augusto Monterroso (*"Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí"*) y ha alcanzado la cima en la que solo habitan los haikus japoneses…

Todo esto todavía resalta más la profesionalidad jurídica y la independencia de criterio de los tres registradores a los que se dedi-

can estas líneas, que se negaron a inscribir dos escrituras alemanas y otra venezolana de venta de inmuebles españoles, siendo ratificada su opinión por la DGRN en las Res 7/2/05, 20/5/05 y 22/2/12.

También participan en esta postura minoritaria algunos magistrados del TS no expertos en Derecho Civil, sino en Derecho Administrativo (STS 20/5/08), al negar directamente el control de legalidad notarial anulando gran parte del Reglamento Notarial y olvidando mandatos de otras muchas leyes que lo imponen...

En esta misma línea hay que incluir a algunos magistrados que lo mismo juzgan una violación que anulan una Res de la DGRN, que lleva dedicándose solo al Derecho Civil los últimos tres siglos. Así, la SAP de 22/11/06 de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife anula la antes citada Res 7/2/05 (*vid.* la demoledora crítica a esta Sentencia en el artículo de Enrique Brancós Núñez en *La Notaría* de enero 2007) y la SAP de 2/3/11 de la Audiencia de Alicante anula la otra Res, de 20/5/05; ambas sentencias tienen en común sus argumentos *"low cost"*, pero presentan una diferencia fundamental por el contexto en que se hicieron, pues la de Alicante se dicta tras una de las mayores crisis que ha conocido el mundo moderno sin que este hecho le haya influido lo más mínimo y tras la aparición de la Directiva de Servicios europea de 2006 y la Ley de Servicios española de 2009, que excluyen de liberalización los servicios notariales, y tras la Resolución del Parlamento Europeo de 2008 sobre el Documento Público Europeo, que propugna excluir del futuro Reglamento a los documentos de transmisión de propiedad inmobiliaria... ¿pero es que ha desaparecido el principio *"iura novit curia"* y nadie se ha enterado? En fin, desgraciadamente en ambas se niega de manera indirecta el control de legalidad notarial español por el sistema de equiparar unas escrituras alemanas con las españolas aunque conste que aquellas no cumplen nuestra legislación documental imperativa hasta por ausencia de instrumentos tecnológicos con los que hacerlo. En definitiva, en ambas se permite a los notarios alemanes (contra nuestro orden público y en fraude de ley) algo que está absolutamente prohibido a los notarios españoles, que es autorizar escrituras sin asesorar a las partes en Derecho español y sin controlar la legislación española con todos los elementos electrónicos y tecnológicos imperativos para el ejercicio de la profesión notarial.

Algún catedrático (Sixto Sánchez Lorenzo en *Diario La Ley* de 20/2/06) se ha apuntado a esta corriente por más que no lo sea de

Derecho Civil, sino de Internacional, lo cual tiene gran importancia, como se verá.

Es evidente que esta postura "minoritaria" la consideramos inadmisible sobre todo después de constatar que **¡en las oposiciones a judicaturas no se estudia ni un solo tema de Derecho Notarial!** (se puede comprobar el temario en el BOE de 13/3/2010). Es con esta perspectiva con la que se explica que en las Sentencias de Santa Cruz y Alicante y en los comentarios del catedrático de Derecho Internacional que acabamos de citar se dice que una escritura alemana es idéntica a una española **¡sin citar ni un solo artículo ni de la legislación notarial alemana ni de la española!** Este asombroso desconocimiento de la legislación vigente española se extiende como una mancha de aceite hasta el CC y es el que explica que digan cosas de muy difícil digestión, como que las escrituras españolas no producen efectos a favor de tercero olvidando la doctrina de la contraescritura y la "utilizabilidad" que imponen los arts. 1219, 1230 y 1737 CC, y afirmando cosa tan portentosa como que la propiedad y los derechos reales no producen efectos contra tercero si no se inscriben en el Registro, lo que supone un desconocimiento de los arts. 1857 y ss. CC, y que a su amparo, en los últimos tres siglos, hay millones de prendas constituidas en escritura y pólizas sin registrar, todo lo cual fue más que criticado, escarnecido, por el catedrático de Derecho "Civil" José M.ª Miquel González en su artículo "El Registro y la adquisición de la Propiedad", publicado en *El Notario del Siglo xxi* de mayo/junio 2011... y no hay que ir tan lejos: basta preguntar a cualquier estudiante de 1.º de Derecho sobre las diferencias entre derecho personal y real…

En fin, **¿será posible que vivan en España las únicas personas del mundo occidental que hoy en día todavía propugnan suprimir controles a los mercados en vez de incrementarlos, a pesar de la catástrofe a la que nos ha llevado su falta?**

Por todo esto, la DGRN y el TS (el civil, claro…) desde antiguo han venido admitiendo la eficacia en España de documentos notariales extranjeros que reúnan la triple condición de que sean "accesorios y sencillos y no tecnológicos" (poderes, testamentos, actas y capitulaciones), que superen un examen de no infracción de nuestro "orden público", y de no caer en "fraude de ley" (Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica, antes Equivalencia de Formas), mientras que no admitían los documentos "o principales,

o complejos, o tecnológicos" (una venta de inmueble español, por ejemplo).

Los argumentos de la DGRN sobre la materia dejaban bastante que desear, pero mantenían cierta coherencia en negar la eficacia a este tipo de documentos extranjeros fuera de los casos de poderes, actas y testamentos... hasta llegar a esta Res de 22/2/12, que admite la equivalencia de una escritura venezolana de transmisión de inmueble español basándose únicamente en "aspectos sustantivos", **olvidando toda la "legislación imperativa documental española"**, que impide que cualquier funcionario o particular pueda hacer cualquier tipo de documento como le venga en gana. Esto es lo que ha acelerado estas líneas, esto es lo que consideramos inadmisible, pues viniendo de donde viene no se puede alegar ignorancia... ¿o sí?...

A la vista de estas nuevas tendencias del TS (Administrativo) y de las Audiencias (generalistas) de Santa Cruz y Alicante, de que en España son admisibles escrituras en las que el notario ni asesore a las partes ni controle la legalidad española, surgen varias preguntas... **¿cómo se explica que el TS** (por ej., la STS 9/3/12 sobre falta de control del art. 1872 CC) **y las Audiencias** (¡hasta la mismísima Audiencia de Alicante en su Sentencia 21/12/10 sobre falta de control de la legislación fiscal!) **condenen a notarios españoles por incumplir sus deberes de asesoramiento y control de legalidad española cuando estos deberes, en su opinión, no existen?...** Dado que nuestro Centro Directivo actual admite que haya ciertos notarios que no tienen que asesorar ni controlar la legislación española, **¿quiere esto decir que la DGRN no va a abrir ningún expediente disciplinario a ningún notario español por mala praxis profesional a menos que atraque algún Banco?**

Una última acotación: estando prácticamente terminado este artículo, tenemos conocimiento de la STS 19/6/12, que confirma la SAP de Santa Cruz de Tenerife y permite la inscripción de una escritura alemana. Igualmente conocemos que se pone en marcha el proyecto EUFIDES que, por lo leído en prensa, es un sistema de colaboración entre notarios de distintos lugares para cumplir simultáneamente las legislaciones de los países en los que el documento va a tener efecto. Voluntariamente renunciamos a la lectura de ambos por la sencilla razón de falta de tiempo, sin perjuicio de intentar futuras colaboraciones en las que se contrastarán con nuestras conclusiones. Sí que vamos a tener en cuenta el RgtoE 650/12-15, sobre Sucesio-

nes, porque ya manejábamos borradores anteriores, de manera que el texto definitivo se ha podido integrar sin especiales dificultades.

En fin, estas son las causas de que dejemos patente nuestra protesta, incluso aunque la opinión minoritaria se extienda como una mancha de aceite, pues la cantidad no equivale a la calidad por la misma razón de que aunque haya millones y millones de moscas que se alimentan de cualquier cosa, no por eso vamos a cambiar nuestros hábitos alimenticios…

2. DIFICULTADES

El resolver los problemas que plantea la circulación internacional de documentos tiene extraordinarias dificultades, pues cada país tiene un sistema jurídico sustantivo y documental distinto de los otros países y en muchas ocasiones, no solo distinto, sino incompatible de todo punto, consecuencia de ello es que los documentos elaborados en un país tienen unos efectos que pueden ser distintos a los elaborados en otro.

En países anglosajones –y en los nórdicos– tienen un sistema jurídico distinto –ni mejor ni peor (bueno: en nuestra opinión, peor…)– que el del resto del continente europeo, y dentro de este las diferencias son muy notables de unos países a otros. Y es lo mismo que podemos decir respecto del peculiar sistema de medidas en millas, galones, pintas, etc. y de las monedas, como la libra, el dólar o el yen... ni mejor ni peor... distinto... También conducen por la izquierda en UK, Australia, Nueva Zelanda, Chipre, Malta y Japón. Y no pasa nada, es perfectamente legítimo... Pero claro, hay que organizarse, pues lo que no es de recibo es que unos reclamen 10 libras y otros paguen 10 euros o pretender conducir por la izquierda en la Place de L'Etoile de París o en la M30 de Madrid...

El problema es que **no existe ninguna norma de ningún organismo nacional o internacional que con carácter universal diga nada parecido a que *"Todos los notarios y todas las legislaciones notariales del mundo son iguales, por lo que todos los documentos notariales producen los mismos efectos en cualquier país"***. Y lo que sí que hay son evidencias de lo contrario, pues los sistemas documentales son tan variados como los distintos países, ya que, por ej., en Inglaterra los notarios de Lon-

dres son nombrados por el arzobispo de Canterbury (que se supone los vigilará bajo sanción de severas penitencias) y sus documentos no tienen en origen efectos probatorios, ejecutivos, traditorios y de acceso al Registro que, lógicamente, aquí no les podemos dar; y en España los documentos privados, los testimonios, las actas, las pólizas y las escrituras producen distintos efectos y en ocasiones cruzados... ya que hay actas y escrituras que solo valen como documentos privados, y estos, a veces, tienen algunos efectos de los documentos públicos... sin serlo...

Las dos únicas reglas "universales" que hemos podido constatar (con nuestros escasos conocimientos de Derecho Comparado) es que en todos los países existe:

A) La regla directamente proporcional de que a más "requisitos" más "efectos". El sistema documental siempre se asienta en el mismo principio de que la atribución de distintos "efectos" a los documentos depende de que cumplan determinados "requisitos" de acuerdo con esa proporción áurea de que a más requisitos más efectos. Lo que ocurre es que hay determinados países (anglosajones, nórdicos...) que tienen un sistema documental poco evolucionado ("primitivo", si se nos permite la expresión), de manera que solo regulan unos documentos privados elementales con pocos "efectos directos", completando esa falta de producción de efectos con el auxilio judicial...

Esta regla es constatable en el Derecho español, en el que vemos que la "expresión verbal" (a veces ni eso, pues los silencios, un gesto en una subasta de arte o el lenguaje de signos de sordomudos, pueden ser suficientes) sería bastante para la validez de un gran número de negocios (una compraventa, por ejemplo). Pero el problema no es ese, el problema es que esta expresión verbal no tiene "eficacia directa" por sí misma (la que se produce sin intervención del Juzgado) pues no produciría más efecto que el facultar al interesado para que reclame a la contraparte el cumplimiento judicial de lo pactado probando –como se pueda– la existencia del pacto. *Así pues, ningún requisito formal, ninguna eficacia directa de la expresión verbal.*

Si se sube un peldaño en la complejidad formal, vemos que si ese mismo negocio, perfectamente válido en su expresión primaria verbal, se recoge en un documento privado cumpliendo el esen-

cial requisito de ser firmado por las partes (aunque sea con huella dactilar y aunque no tenga expresión del lugar y la fecha), resulta que además de seguir manteniendo la validez del negocio, el ordenamiento jurídico –consciente de las grandes ventajas que tiene la forma escrita sobre la verbal a la hora de evitar muchos pleitos– "premia" el esfuerzo de cumplir estos requisitos formales adicionales y atribuye "al documento privado" una eficacia directa de la que carece el negocio sin esa forma, ya que según los casos se producen determinados efectos probatorios, de autenticidad de fecha y firma, de acceso al Registro, ejecutivos, de conservación. *Así pues, más requisitos formales, más eficacia directa del documento privado.*

Y si subimos el último peldaño en la complejidad formal, vemos que si ese mismo negocio perfectamente válido en su expresión primaria verbal o en documento privado, se recoge en una escritura cumpliendo todos sus complejos requisitos, por supuesto que el negocio sigue siendo válido, pero es que, además, ante las innegables ventajas que presenta esta forma documental que hace que la conflictividad judicial que pueda llegar a provocar sea anecdótica, el Estado "privilegia" al "documento notarial" anudándole unos efectos de los que carecen las expresiones verbales y los documentos privados. *Así pues, máximos requisitos formales, máxima eficacia directa de la escritura notarial.*

B) La paradoja de que la validez y eficacia del "negocio" es en general "antiformalista", mientras que la del "documento" es siempre estrictamente "formalista". A todos los niveles (nacional e internacional) existe una confusión de términos que nos está llevando a un auténtico caos, pues no se distingue debidamente entre el "negocio" y el "documento" que lo contiene, de manera que se piensa que con resolver los aspectos sustantivos "del negocio" ya quedan resueltos los aspectos problemáticos "del documento". Esta trampa conceptual hace que una y otra vez tropecemos en la misma piedra y así vemos a nivel internacional que son muchas las normas negociales sobre obligaciones contractuales, testamentos, SA Europea, Agrupación Europea de Interés Económico, Fundación Europea (en preparación), etc., mientras que se olvida que todos esos negocios viajan en "documentos" aunque sean electrónicos y son muy escasas las normas internacionales que se acuerdan de los aspectos documentales: aparte de apostillas y certificados, sobre escrituras

ejecutivas, el Rgto Europeo 805/2004, de Título Ejecutivo; sobre actas, el Rgto Europeo 1393/2007, de notificaciones y traslados de documentos civiles y mercantiles judiciales y extrajudiciales (*vid.* Res 27/2/12 y STJUE 25/6/09); sobre documentos notariales en general, el Convenio Europeo de Funciones Consulares de París 11/12/1967 (BOE 8/4/2011); sobre documentos notariales sucesorios y certificado sucesorio europeo, el Rgto Europeo 650/12-15... y poco más; no obstante, consignamos que sí que hay proyectos en marcha sobre el Documento Público Europeo en la Resolución del Parlamento Europeo de 18/12/08 (por cierto, que excluye los relativos a inmuebles) y el Programa de Estocolmo aprobado por el Consejo Europeo en 2010 (por cierto, que considera que es una posibilidad a largo plazo). Todo esto produce la paradoja de que los negocios (mejor: alguna clase de negocios) son válidos prácticamente en cualquier forma en la que se documenten, mientras que los documentos se rigen por el más puro formalismo en cuanto a los requisitos que han de cumplir y los efectos que producen y al no haber ninguna liberalización ni coordinación al respecto, cada país tiene su propia legislación, lo que hace muy complicada su circulación internacional.

Así pues, para ir avanzando, hemos de proveernos de varias herramientas lingüísticas, lógicas y jurídicas con las que intentar dar una respuesta coherente a las dificultades apuntadas.

3. LA HERRAMIENTA LINGÜÍSTICA DE NO TOMAR LA PARTE POR EL TODO: LOS NOTARIOS NO HACEMOS ESCRITURAS, HACEMOS SEGURIDAD JURÍDICA

... lo otro es pura metonimia estéril. Y es que una vez estudiado con rigor lo que son y lo que hacen los notarios españoles, se advierte –aunque se requiera un esfuerzo intelectual adicional– que nuestra actividad tiene una parte visible (la escritura), pero que la parte más importante no es esa, sino algo inmaterial que no es tan visible (la seguridad jurídica), que unas veces ni acaba en escritura (si rechazamos autorizar un documento determinado), otras no es visible en el documento (conversaciones y asesoramientos previos que no se trascriben o se trascriben someramente), y otras se sigue prestando después de la firma de la escritura (conservación del protocolo, comunicaciones al SEPBLAC, a Hacienda, a Ayuntamientos,

a Catastro, índices, etc.). Por supuesto que el utilizar el lenguaje correcto sin caer en la trampa de la metonimia es algo importante en ámbitos no jurídicos para lograr un nivel óptimo de comunicación, pero precisamente en los sistemas documentales tiene una importancia extraordinaria puesto que lo que en definitiva se busca con ellos no es la producción de documentos por el dudoso placer de la acumulación, sino para proporcionar esa "seguridad jurídica". Y precisamente en la circulación internacional de documentos no se puede perder la perspectiva de que afirmar que dos documentos son iguales es tanto como afirmar que producen el mismo nivel de seguridad jurídica, cosa que solo se da cuando cumplen requisitos equivalentes. No le demos más vueltas: lo importante no es si el notario es venezolano o español, o si el documento se ha firmado junto al Rhin o el Ebro, sino que lo importante es que finalmente la actividad notarial produzca el mismo nivel de seguridad jurídica y aquellos documentos que no alcancen ese nivel de seguridad deberán ser rechazados sean extranjeros o de La Coruña...

Lo que no se nos alcanza es que con el mismo idioma un Cervantes o un Machado lleguen a un reconocimiento universal, mientras que haya otros que no sepan expresarse correctamente confundiendo lo accesorio con lo principal...

4. LA HERRAMIENTA LÓGICA DE REDUCCIÓN AL ABSURDO

Una regla lógica aplicable a todos los órdenes de la vida es que las conclusiones de un razonamiento nunca pueden dar lugar a un resultado absurdo. Por supuesto que esta herramienta no es privativa del ámbito jurídico, pero la reducción al absurdo tiene en este un lugar "predominante" (STC 4/7/91).

Aplicando esta regla lógica vemos que para poder concluir que dos cosas sirven para lo mismo y producen los mismos efectos, no nos podemos fijar solo en su aspecto externo, sino que hemos de averiguar antes sus características esenciales. Por eso, si queremos tratarnos un dolor de cabeza nos negamos a ingerir cualquier pastilla blanca que externamente se parezca a una Aspirina ante el hecho constatado de que las hay que teniendo ese aspecto pueden provocar un infarto o desencadenar un ataque epiléptico. Vaya: **nadie compra libros por el color de las tapas**. Y este es el principal

problema que, como vamos a ver, afecta a esta materia, pues de manera inconcebible ciertos juristas (de ¡altísimo nivel!) en vez de preguntarse primero qué son los notarios españoles y extranjeros, qué requisitos cumplen los documentos de unos y otros y qué efectos les atribuyen sus respectivas legislaciones, concluyen directamente que las escrituras extranjeras son iguales a las españolas con tal de que aparezca en todas ellas la palabra notario acompañada de unos cuantos sellos ¿?

5. LA HERRAMIENTA LÓGICA DE LA REGLA GENERAL Y SUS EXCEPCIONES

Otra herramienta lógica imprescindible para resolver cuestiones complejas como la presente, es determinar cuál es la regla general y cuáles son sus excepciones, lo que ciertamente también es aplicable en cualquier orden de la vida (estadísticas, campañas de vacunación, etc.), pero que tiene en lo jurídico una aplicación preeminente, ya que una vez identificadas, el ordenamiento proporciona toda una serie de instrumentos que permiten dar respuestas adecuadas y "diferenciales" a los problemas que caen dentro de una u otra. Así, la excepción tendrá que ser tratada como lo que es: a) deberá haber sido claramente impuesta en una concreta norma legal, consuetudinaria o jurisprudencial; b) no podrá ser extendida a supuestos no contemplados en ella; y c) habrá de ser objeto de interpretación restrictiva.

En aplicación de esta regla demostraremos (intentaremos demostrar) que en España no se pueden instalar notarios extranjeros, que los servicios notariales españoles no se pueden prestar por notarios extranjeros y que por tanto las escrituras extranjeras no producen efectos en España... a partir de esta regla todo lo demás son excepciones...

6. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA VALIDEZ Y EFICACIA EN EL NEGOCIO Y EN EL DOCUMENTO SEGÚN NUESTRO DERECHO INTERNO. SUS COMBINACIONES

Como ya en parte hemos adelantado, nos encontramos ante conceptos distintos y categorías asimétricas...

Negocio y documento son conceptos completamente distintos, pero que sin embargo están íntimamente relacionados, pues puede existir negocio sin documento, pero no documento sin negocio: un pacto verbal subsiste sin documento, pero un documento privado que recoja lugar, fecha e identificación de las partes con sus firmas, pero que no incorpore ningún negocio, documentalmente puede que no sea nulo... pero no sirve absolutamente para nada...

Por su parte, validez y eficacia son categorías asimétricas (en este planteamiento prescindiremos de ciertos efectos a favor de terceros que no lo invalidan). Respecto de la **validez y eficacia de los negocios** se observa que la invalidez acarrea la ineficacia, pero que no toda ineficacia es por invalidez, y así, tenemos pérdida de eficacia de negocio válido por rescisión, reserva de disponer, revocación, desistimiento, reversión, término, condición, o incumplimiento; y por otro lado, no todos los negocios sirven para lo mismo y habrá que ver los efectos que produce ese concreto tipo negocial, pues va de suyo que, por ejemplo, un arrendamiento no transmite la propiedad. Anotamos que algunos autores (De Castro, siguiendo a Reinhard) preferían hablar de eficacia limitada en el negocio condicional, al que calificaban de "suicida".

En cuanto a la **validez y eficacia de los documentos** vemos que son también distintas de la de los negocios, ya que los documentos inválidos por sí no acarrean necesariamente la invalidez del negocio que incorporan (salvo en los negocios formales, excepto en los que tienen forma alternativa, como el testamento cerrado, como el ológrafo, o la donación de mueble como documento privado o con entrega de la cosa), y por otro lado los diferentes tipos de documentos válidos producen muy distintos tipos de efectos; así, en España, testimonios y actas no son ejecutivos, las pólizas no son traditorias y en escritura no se puede hacer una declaración de herederos... Y para acabar de complicarlo, a veces tienen efectos cruzados, ya que hay actas y escrituras que se convierten en documentos privados (arts. 632, 715 y 1223 CC) y documentos privados que tienen "algunos" efectos de los públicos sin serlo: los reconocidos judicialmente ("entre las partes" tienen efectos probatorios como los públicos), los liquidados o por fallecimiento de un firmante (fecha fehaciente), los testimoniados (fecha y cierta conservación en el Libro Indicador), los protocolizados (fecha y conservación plena en el Protocolo), con firmas legitimadas (fecha, firma legítima y cierta conservación en el

Indicador), los inscritos (fecha y acceso al Registro, como instancia de heredero único, distribución hipotecaria, anotación de refacción, nombramiento de administradores y cuentas anuales) y las letras/pagarés/cheques (fuerza ejecutiva).

Antes de continuar, y sin perjuicio de desarrollarlo en otros puntos, hay que dejar constancia de que la validez del negocio está regida por el antiformalismo (con los límites que veremos), instalado en España desde el Ordenamiento de Alcalá y recogido en el art. 1278 CC. Pero respecto de los documentos no existe nada parecido al art. 1278 CC y están regidos por el más estricto formalismo, pues no hay ninguna norma que diga nada parecido a que ***"Cualquier particular o funcionario podrá hacer los documentos que les interese, con los requisitos que crean conveniente y que producirán los efectos que les convengan".*** Esta norma no existe en ningún sitio.

En definitiva, dando por supuesto que la "expresión verbal", el "documento privado" y la "escritura pública" fueran "válidos", los "efectos" que producen unos y otros son radicalmente distintos, tanto en intensidad (respecto del negocio en sí), como en extensión (entre partes y a favor o en contra de terceros), e incluso dentro de un mismo género de documento hay que estudiar cada caso en concreto, pues ni todos los documentos privados producen los mismos efectos, ni todas las escrituras o actas notariales sirven para lo mismo. En otras palabras: también entre los documentos hay que diferenciar entre validez y eficacia.

Tan es así que nuestro art. 1279 CC reconoce que hay efectos que solo produce el documento y no el negocio, y más concretamente el documento notarial, hasta el punto de que el interesado puede obligar a los demás a que cumplan esa forma para conseguir esos concretos efectos que no produce ni el negocio en sí, ni la expresión verbal, ni el documento privado: *"Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".*

Con esta perspectiva, cuando decimos que un negocio es válido decimos mucho y no decimos nada. Decimos mucho porque sabemos que ha superado un primer nivel de posible ineficacia, pero luego los efectos en concreto que produzca dependerán del tipo negocial y de las eventuales circunstancias que concurran, como rescisión, térmi-

no, condición, incumplimiento... Por la misma razón, es muy importante decir que un documento es válido, pues así supera un primer nivel de posible ineficacia, pero para ver los efectos en concreto que vaya a producir se ha de continuar el análisis, pues los documentos tienen distintos efectos según el negocio que formalizan y el tipo de documento que sea y las circunstancias que concurran.

Como se ve, las "formas" presentan diferentes tipos y grados y su incumplimiento tiene unas consecuencias radicalmente distintas dependiendo de si se refieren a negocios "no formales" o a negocios "formales", y dentro de este grupo las consecuencias también pueden variar dependiendo de si está prevista, o no, una o varias "formas alternativas".

Dado que la confusión sobre estos conceptos y categorías es prácticamente universal (sí, desgraciadamente también en nuestra DGRN), nos vemos obligados a participar en un juego –que corre el riesgo de aburrirnos a todos– sobre las posibles combinaciones entre ellos: pero que conste que este juego no lo hemos iniciado nosotros, sino que nos obligan a participar en él las circunstancias.

Así pues, no queda más remedio que empezar por el principio y preguntarnos... cuando nos referimos a negocios que necesitan cumplir unos determinados requisitos formales bajo pena de "invalidez" absoluta... ¿a qué tipo de forma nos estamos refiriendo?, ¿qué es un negocio "no formal"?, ¿qué es un "negocio formal con o sin forma alternativa"? Intuitivamente la primera respuesta que damos todos es que son negocios formales los que tienen que ser documentados en escritura pública autorizada por notario... y no es así, la cuestión es mucho más compleja...

Lo mismo que el lenguaje (verbal o escrito) consiste en un sistema de signos y símbolos (gestos, sonidos, letras) a los que convencionalmente les atribuimos un determinado significado para que se pueda entender lo que queremos expresar, en el mundo jurídico la expresión de nuestra voluntad ha de ser recogida en algún soporte que pueda ser reconocido por los demás. Desde este punto de vista todos los negocios serían "formales" en el sentido de que han de expresarse en alguna forma –como mínimo mediante la palabra u otros signos o silencios convencionales inequívocos–, pues sin esa exteriorización nadie podría conocer nuestra voluntad. Por cierto, que los que duden de la fuerza de los signos y gestos deberían recordar que la película "The artist", de Michel Hazanavicius, ha gana-

do en 2012 varios Globos de Oro y Oscars... y es muda y en blanco y negro…

Este planteamiento nos traslada a otro escenario, pues ya no se trataría tanto de si nuestra voluntad ha de expresarse en alguna forma –que por supuesto que sí–, sino el "grado de complejidad" que ha de tener esa forma para que el ordenamiento jurídico le atribuya unos determinados efectos que no son atribuidos a otras formas: la más elemental sería la expresión verbal (o por signos o silencios inequívocos), la siguiente con intervención de testigos o con entrega de la cosa, la siguiente la recogida en un documento privado (con o sin testigos) y así hasta llegar a la escritura, el acta, los testimonios y la póliza autorizados por un testigo privilegiado que es el notario. Es, pues, una opción legislativa el exigir una de esas posibles formas para atribuirle unos efectos especiales de los que carecerían las otras…

Pues bien, en nuestra opinión, **"negocio no formal"** es aquel para cuya validez solo es necesario que la voluntad se haya expresado verbalmente (o por signos o silencios equivalentes) sin ningún otro requisito adicional que, en definitiva, era lo que preceptuaba el Ordenamiento de Alcalá y nuestro art. 1278 CC. Negocios no formales solo lo pueden ser "algunos negocios intervivos" y al no exigirse ninguna forma determinada para su validez, les sería de plena aplicación lo previsto en el art. 1223 CC, de manera que si la escritura que los recoge fuera nula por razones documentales, el negocio continuaría siendo válido y el documento siempre tendría la consideración de documento privado si está firmado por las partes o, al menos, pacto verbal si no lo está. Por la misma razón si el negocio se formalizó en documento privado y este llegara a ser nulo por razones documentales (por ejemplo: aun escrito por las partes no se llegó a firmar por algún accidente), el negocio continuaría siendo válido también como pacto verbal.

Frente a lo anterior, **"negocio formal"** es aquel para cuya validez no basta la mera expresión verbal/signos/silencios, sino que es necesario que se cumplimente algún otro requisito adicional, bien documental, bien "extradocumental" como testigos o entrega de la cosa. Negocios formales son una parte importante de los negocios intervivos (donaciones, hipotecas, algunas prendas, capitulaciones matrimoniales…) y todos los negocios testamentarios. Y aun dentro de los "negocios formales" hay que distinguir entre aquellos que no

admiten "formas alternativas", de los que sí que lo permiten, como el testamento cerrado nulo que puede valer como ológrafo y la donación de muebles escrita como verbal (*vid.* STS 14/4/11 sobre donación verbal con entrega de la cosa).

Como se ve de lo dicho hasta aquí, se pueden producir muy diferentes situaciones, ya que la validez y eficacia del negocio y la del documento, aunque teóricamente distintas, se entremezclan y pueden dar (como mínimo) las siguientes combinaciones referidas a los documentos notariales:

1. Un **negocio** válido y eficaz en escritura válida y eficaz desplegaría plenitud de efectos negociales y documentales.

2. Un **negocio** válido pero ineficaz (por cumplirse la condición resolutoria, desistirse, rescindirse…) daría lugar a una escritura válida pero cuyos efectos también decaerían al desaparecer los del negocio (salvo algunos "accesorios", como fecha o firma legítima).

3. Un **negocio** inválido sería ineficaz y también daría lugar a una escritura válida, pero sin efectos al desaparecer los del negocio. En las donaciones de "inmuebles", si la causa de invalidez del negocio fuera el que no se haya cumplido la forma sustancial de "escritura específica de donación" (que es requisito del negocio y no del documento) estaríamos en la misma situación que acabamos de describir; pero si la donación fuera de "muebles" y la escritura o el documento privado no fueran "específicos de donación", la cosa cambia, ya que podría subsistir el negocio y sus efectos como donación verbal con entrega simultánea –si la hubo– al ser este tipo de donación un negocio formal con formas alternativas. Una escritura o documento privado de compraventa puede ser válido en sí, pero no puede encubrir una donación (STS 11/1/07).

4. Una **escritura** inválida por razones documentales en negocios "no formales" no tendría eficacia, pero el negocio con sus efectos podrían subsistir como documento privado si está firmada por las partes o como pacto verbal en caso contrario.

5. Una **escritura** inválida por razones documentales en "negocios formales sin formas alternativas" (donaciones de inmuebles, testamentos salvo el cerrado, hipotecas, algunas prendas, capitulaciones) no tendría eficacia, y el negocio sería inválido e ineficaz.

6. Una **escritura** o **acta** inválida por razones documentales en "negocios formales con formas alternativas" no tendría eficacia, pero el negocio con sus efectos podría subsistir en alguna otra forma

(testamento cerrado como ológrafo, o donación de muebles como documento privado o incluso verbal si hay entrega simultánea).

En nuestra opinión, todos aquellos planteamientos que no contemplen esta complejidad están llamados al fracaso... lo veremos en la Res 22/2/12...

7. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA VALIDEZ Y EFICACIA EN EL NEGOCIO Y EN EL DOCUMENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL CC, CONVENIO DE LA HAYA, ROMA I, RGTOE 805/04 Y RGTOE 650/12-15. EL FUTURO A LARGO PLAZO DEL DOCUMENTO PÚBLICO EUROPEO

De acuerdo con nuestro ya anunciado propósito, una vez expuesta la situación en nuestro Derecho interno, sería el momento de preguntarnos si en el ámbito internacional se tienen presentes estos conceptos y categorías que venimos examinando... y la respuesta es que sí, que se distingue perfectamente entre negocio y documento como cosas distintas... pero... las soluciones a los problemas que plantean son –por decirlo suavemente– poco satisfactorias, pues ya adelantamos que los aspectos sustantivos son los más tratados, mientras que los aspectos documentales están prácticamente olvidados, por más que la jurisprudencia europea tiene claro que hay efectos ligados directamente al documento. En efecto, el núm. 99 de la STJUE Gran Sala 24/5/11 dice que *"Por lo que se refiere al valor probatorio y a la fuerza ejecutiva de que goza el documento notarial, no puede negarse que éstos atribuyen a tales documentos importantes efectos jurídicos".*

Desde este punto de vista internacional, nuestro CC es de una generosidad extrema en cuanto **a la validez del negocio por razones formales** en el **art. 11.1 y 2** (nótese que el CC se refiere sin lugar a dudas **solo a "validez" del negocio, ¡por tres veces!**) *"1. Las formas y solemnidades de los **contratos, testamentos y demás actos jurídicos** se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también **válidos** los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán **válidos** los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las*

formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen... 2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su ***validez*** *una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero".*

VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO (Jornadas sobre Extranjería del Colegio Notarial de Valencia, octubre-diciembre 2011) recordaba cómo RODRÍGUEZ ADRADOS en la ponencia que presentó al XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, de Guatemala 1977, ya advertía que en el artículo 11 CC hay un "indeferentismo formal" que solo se refiere a la "validez del negocio", pero al desconocer el valor de las formas en el derecho, **no se refiere a los "efectos del documento"**; transcribía un párrafo de su ponencia que, escrito hace 40 años, sigue asombrando por su claridad y sencillez, pues unas escasas líneas valen más que tomos y tomos escritos desde entonces (incluido, obviamente, el presente artículo); el párrafo decía así *"... en los desarrollados sistemas jurídicos del mundo occidental, la validez no es más que la mera subsistencia; el derecho es fundamentalmente un sistema de eficacias, que en gran medida tienen su fuente en la forma y en la publicidad; las cuestiones de eficacia son, sin embargo, totalmente desconocidas por el artículo 11, y esta es la mayor crítica que puede hacérsele;* ***si con su «favor validitatis» ha logrado salvar la nulidad por defecto de forma a un documento y luego éste no tiene valor en juicio, ni puede, en su caso, ser inscrito en el registro de la propiedad, bien poco ha hecho, en efecto, el artículo 11****".*

No es que el art. 11 CC no sirva para nada. No. Lo que ocurre es que sirve para lo que sirve y nada más: solo sirve para aclarar que el negocio será válido prácticamente en cualquier forma en que se documente, pero no se ocupa de resolver la ley sustantiva aplicable al negocio, ya que de esto se ocupan otros arts. del CC: 9.2 Régimen Matrimonial, 9.3 capitulaciones, 9.8 Sucesiones, 10.1 Propiedad inmobiliaria, 10.5 Obligaciones contractuales, 10.11 Representación voluntaria, y por supuesto no se refiere para nada a los efectos que puedan producir los documentos de un país en otro. Sencillamente no se refiere a los efectos de los documentos.

Y otra cuestión fundamental: el negocio puede que no sea nulo por la forma, pero en ningún caso el art. 11 CC deroga al art. 12.3 y 4 CC, de manera que con la recepción del negocio en España no se puede atentar a nuestro orden público ni incurrir en fraude de la Ley

española, por lo que, por ejemplo, será rechazado el matrimonio polígamo o a plazo, por más que nos llegue en un documento limpísimo lleno de traducciones y apostillas. Como se explica en otros puntos, un documento exterior supone la aplicación indirecta de la legislación extranjera, que queda sujeta a los límites previstos para esta situación.

La curiosa STS, Sala 3.ª, de 9/12/11 sobre la "Kafala" marroquí nos ayudará a ilustrar lo que queremos decir, pues se pueden distinguir los aspectos negociales y documentales. La Kafala, dice el TS, es una institución de Derecho islámico en la que una persona, el "Kafil", se encarga del cuidado de otra pero no se convierte en su representante legal (a modo de tutor) si no hay una decisión judicial al respecto. En el caso enjuiciado los padres entregaban a su hijo menor bajo la protección y cuidados de un "Kafil" de manera voluntaria y extrajudicial, por lo que no perdían la patria potestad y continuaban siendo sus representantes legales. Todo esto se formalizaba en un documento notarial bien curioso: ante *"dos adules notarios que suscriben la presente acta"*. En efecto, sabíamos por la Revista *Notarius International* núm. 1-2/2005, que en Marruecos hay varios tipos de legislación y de notarios, pues hay legislación de influencia francesa, coránica y judía y a cada una de ellas corresponde un tipo de notario, latino, adules y rabínico. La lástima es que como el caso ya lo había rechazado el TS por razones sustantivas, no se entró en la cuestión de si los "adules notarios" y sus documentos pueden ser equivalentes a los notarios continentales. Una ocasión perdida.

En fin, este es el drama en el que nos encontramos y que se va reproduciendo en casi todas las modernas normas de Derecho Internacional y Derecho Europeo sobre la materia: se dedican fundamentalmente a resolver los aspectos sustantivos relativos a los "negocios jurídicos" y se olvidan de los "documentos" que los contienen.

En este sentido hemos de citar el Convenio de La Haya de 5/10/61 (BOE 17/8/88) sobre disposiciones sucesorias, que todavía amplía más los puntos de conexión de los testamentos sobre el amplio margen de nuestro art. 11 CC, de manera que por razones formales es prácticamente imposible que incurra en nulidad un testamento, por más que el convenio se refiera a cuestiones sustantivas y no propiamente a los efectos del documento en sí.

Otro ejemplo de lo que venimos diciendo es el Reglamento Europeo 593/2008, de 17/6/08, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones

Contractuales (ROMA I), cuyo título en ningún momento engaña: se refiere al "negocio" y en ningún caso al "documento". Los patinazos de la Res 22/2/12 respecto a este Rgto nos obligan a detenernos con cierta parsimonia en lo que dice y lo que no dice este texto legal.

En efecto, no se trata solo del título... Este Rgto tiene 46 considerandos previos a su texto articulado y (salvo error u omisión) en 20 de ellos se contienen referencias a "obligaciones, obligaciones contractuales y contratos", ninguna referencia a los "documentos".

El art. 1 Rgto 593/08 no deja lugar a dudas a lo que se refiere: *"El presente Reglamento se aplicará a las **obligaciones contractuales** en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes"*... ni rastro de los "documentos".

Por su parte, el art. 3.1 Rgto 593/08 tampoco esconde su objetivo: *"El **contrato** se regirá por la ley elegida por las partes..."*; tampoco hay rastro de los "documentos".

Si se sigue la lectura del texto se llega al art. 11, en el que, por fin, sí se refiere al documento bajo el epígrafe "Validez formal", pero la cuestión es que viene a decir exactamente lo mismo que nuestro art. 11 CC (que también es casualidad que coincidan ¡hasta en el número! y que se refiera ¡las mismas tres veces! a la validez del contrato, pero no a los efectos del documento). En efecto, dice el art. 11 Rgto 593/08: *"1. Un **contrato** celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en un mismo país en el momento de su celebración será **válido** en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado. 2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración será **válido** en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento. 3. Un **acto jurídico** unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será **válido** en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país en el que se realizó dicho acto, o de la ley del país en*

que la persona que lo realizó tuviera su residencia habitual en ese momento".

Y continúa este Rgto 593/08 con una norma pareja a nuestro art. 11.2 CC; en efecto, dice el art. 11.5 Roma I: *"No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo".*

En definitiva, Roma I, de manera muy similar a nuestro CC, lo que hace es establecer la regla general de que el negocio es válido prácticamente en cualquier forma en que se documente... pero no trata de los efectos que determinados ordenamientos jurídicos ligan exclusivamente a ciertos documentos que cumplen unos muy específicos requisitos "documentales", que no son de libre elección por los particulares al venir establecidos en leyes imperativas. Nótese que tampoco trata directamente la cuestión relativa a la transmisión de la propiedad inmobiliaria, por lo que se regirá esta por lo que exclusivamente establezca cada país.

Por otro lado, al igual que hemos hecho con nuestro art. 11 CC también hemos de recordar que toda aplicación de la legislación extranjera debe respetar nuestro orden público y no incurrir en fraude de la Ley española. El mismo Roma I lo impone en el art. 21: *"**Orden público del foro.** Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro".*

Por supuesto que tampoco se pueden utilizar las amplias posibilidades de Roma I para incurrir en fraude de ley. Josep M.ª Fugardo Estivill (en su libro sobre Roma I, de 2010, y en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 77 y ss., de 2011, de imprescindible lectura) ve una aplicación específica de la prohibición de **fraude de ley** en el art. 3.3 Roma I: *"Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo".* En nuestra opinión,

la discusión sobre si determinadas normas imperativas de un país están ligadas al contrato o a la propiedad o a ambas (blanqueo, inversiones extranjeras, control de pagos, zonas militares, bases de los contratos, requisitos y efectos de los documentos, etc.) no lleva a ningún lado, da igual: ni se pueden incumplir directamente (orden público) ni se pueden sortear indirectamente (fraude).

Insistimos una vez más que en cuanto a la "validez del negocio" los arts. 11 CC y Roma I son de un antiformalismo casi absoluto... pero no se refieren a la "validez del documento" en el ámbito internacional, pues no hay organismo nacional o internacional que haya impuesto una norma que diga algo parecido a que ***"Cualquier particular o funcionario podrá hacer los documentos que les interese, con los requisitos que crean conveniente y que producirán los efectos que les convengan".*** Esta norma no existe ni aquí ni en ningún sitio.

Y volvemos a la pregunta... ¿es que entonces los arts. 11 CC y Roma I no sirven para nada? Sí, claro que sirven... sirven para lo que sirven... Es decir, sirven para resolver cuestiones en las que los aspectos documentales no sean relevantes. Veamos.

Ya hemos dicho que Roma I no trata sobre los sistemas de transmisión de la propiedad, pero con todo hay determinados países, como Francia e Italia, en los que la transmisión de la propiedad se produce simplemente por contrato sin otros requisitos adicionales, con lo que, aun cuando no era su finalidad específica, Roma I puede tener como consecuencia adicional que resuelva simultáneamente cuestiones sobre la validez del contrato y la validez de la transmisión de la propiedad (posibilidad teórica más que práctica a la vista de lo que vamos a decir sobre el documento público europeo). Obviamente en países como España (título y modo) o Alemania (acuerdo real abstracto e inscripción registral), en los que no basta el simple contrato para transmitir la propiedad, Roma I puede coadyuvar a resolver "parte" del iter transmisivo, pero no sirve para resolver cuestiones de traditio, acuerdos abstractos e inscripciones registrales, que se habrán de resolver por otras vías.

Por otro lado, cuando la cuestión sobre la validez y eficacia de un negocio se plantea ante los Tribunales españoles (si se plantea ante los extranjeros sería lo mismo más el exequátur), el CC y Roma I pueden ser suficientes para resolver todas las cuestiones implicadas. En efecto, en estos casos los aspectos "documentales"

o desaparecen completamente, o pasan a un segundo plano, al ser absorbidos por el **"documento sentencia"** y prácticamente lo único importante serían los aspectos negociales, con la sola excepción de los negocios estrictamente "formales" (donación de inmuebles, capitulaciones, hipoteca…), que serían los únicos que no se podrían sustituir por una sentencia. Todo ello es lógico, ya que el negocio en discusión puede que haya sido recogido en un simple pacto verbal o documento privado y luego, en el trámite de prueba procesal, ser complementado con peritos, presunciones, testigos, otros documentos, etc., hasta la sentencia que le proporcionaría por ella sola plenos efectos sustantivos, probatorios, fecha fehaciente, identificación de las partes, efecto traditorio, de acceso al Registro, de legitimación, de seguridad, ejecutivo, prelativo, de conservación... Como decimos es únicamente cuando se pretende que el documento tenga "efectos directos" por sí solo, sin auxilio judicial, cuando se plantean en toda su crudeza y extensión las carencias del art. 11 CC y su homólogo de Roma I, que no tratan los aspectos documentales.

Consideramos que lo dicho en este apartado está ratificado por las más recientes decisiones de las instituciones europeas, que son tan conscientes de las carencias en la regulación internacional de los documentos que tratan de ponerle remedio, pues, en efecto, los Rgtos sobre el Título Ejecutivo Europeo, Notificación de documentos civiles y mercantiles, Título Sucesorio y el Convenio Consular de París distinguen entre negocio y documento, entre validez y eficacia de cada uno y varias otras cuestiones que iremos exponiendo en las líneas que siguen.

VICENTE-ALMAZÁN, en las Jornadas dichas, nos recordaba dos decisiones europeas trascendentales, en primer lugar la **Resolución del Parlamento Europeo de 18/12/08**, en la que se pide un nuevo Reglamento sobre el Documento Público Europeo, en cuyo Considerando Q confirma lo dicho hasta aquí, sobre la distinción entre negocio y documento, entre aspectos sustantivos y documentales, en el sentido de que ni Roma I se refiere a los documentos, ni esta Resolución/08 sobre documentos se refiere a los negocios jurídicos; dice así: *"... que el reglamento solicitado no puede aplicarse... a las cuestiones relativas al Derecho aplicable que son objeto de otros instrumentos comunitarios…".*

El Considerando D de la Resolución/08 pone el dedo en la llaga sobre la falta de coordinación en materia documental: *"... que... un*

aspecto fundamental que debe abordarse es el reconocimiento de los documentos públicos; que es necesario y urgente, a este respecto, favorecer el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos, con arreglo a la definición de la sentencia en el asunto Unibank".

También la Resolución/08 es plenamente consciente de que hay efectos jurídicos que emanan directamente del documento y no del negocio, que se atribuyen al mismo por cumplir los requisitos específicos de la legislación notarial que no cumplen los documentos privados y que se producen sin auxilio judicial. Considerando K: *"... que la característica esencial del documento público es su fuerza probatoria, superior a la de un acto privado, y que las legislaciones de los Estados miembros le atribuyen habitualmente esta fuerza probatoria, que se impone al juez, en razón de la confianza de que gozan los actos establecidos, en el marco de transacciones jurídicas, por un fedatario público habilitado al efecto por una autoridad pública".*

Por otro lado, como ningún Estado soberano tiene competencia legislativa sobre otro, ni el primero puede imponer los efectos que tengan sus documentos en el segundo, ni este atribuir efectos a esos documentos que no le atribuya su legislación interna en origen. Por todo esto, dice esta Resolución/08 en el Considerando M: *"... que el respeto de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio debe presentarse el documento para su utilización presupone... que el reconocimiento de la fuerza probatoria no implica que el documento público extranjero goce... de una fuerza superior a la de los documentos públicos nacionales…".* ¿A quién está señalando el Parlamento Europeo con estas palabras? El Considerando P los identifica con nombres y apellidos, deja bien claro lo que era un secreto a voces y, como solución, propugna que hagan examen de conciencia y propósito de la enmienda *"... que la institución del documento público no existe en los sistemas de Common Law, en particular, en el Derecho de Inglaterra y Gales o en los países nórdicos... la Comisión debe iniciar una campaña adecuada de información... para garantizar que los profesionales... conozcan el trabajo de los funcionarios públicos de los sistemas de Civil Law y las ventajas potenciales para sus clientes– en términos, en particular de* ***seguridad jurídica****–…".* Como vemos, en el Parlamento Europeo se tiene bien claro que **el documento público es un simple "medio"**

para conseguir el "fin" de la seguridad jurídica. Luego veremos aplicaciones de estas ideas.

Una restricción muy importante que da idea de lo lejos que estamos de la liberalización del servicio notarial y la libertad de establecimiento de notarios es la Recomendación 4 de la Resolución/08 (también el considerando Q), en la que se establece que ese futuro Reglamento *"... no debe aplicarse... a cuestiones relativas a la competencia, la organización y la estructura de las autoridades y los funcionarios públicos, incluido el procedimiento de autorización".*

Mención especial hay que hacer a la propiedad inmueble, que siempre presenta unas características muy concretas, por lo que cada país regula de manera muy pormenorizadamente todo lo relativo al sistema de su transmisión y protección registral ¡hasta por razones atávicas! En efecto, explicaba Hernando DE SOTO (en su libro *Valor económico de la propiedad formal,* editado por Consejo General del Notariado) que en la base del desarrollo económico de las naciones, incluso hoy en día, se encuentra la propiedad inmueble, que, cuando está debidamente titulizada, es la base del crédito y se convierte en "capital". Tan sensible es esta materia que muchos países tienen normas que restringen su compra por extranjeros por razones militares o económicas y por supuesto que España tiene estas limitaciones. Todo lo cual no puede extrañarnos en un país como el nuestro en el que el miedo a la invasión por mar –a que nos quiten nuestra tierra– forma parte del inconsciente colectivo (Jung) hasta el punto de que por toda nuestra costa hay una zona libre de seis metros junto al mar para "vigilancia" (hoy tránsito) y poder cerciorarse de si hay o no "moros en la costa".

Con un planteamiento estrictamente jurídico la Resolución/08 es plenamente consciente de las particularidades que se plantean en relación a la propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad, que hacen en el ámbito judicial (Considerando O) *"... que en materia de reconocimiento de las resoluciones judiciales en la Unión Europea, tal exclusión corresponde a la atribución de la competencia exclusiva a los tribunales del lugar en el que está sito el inmueble... y a los tribunales del territorio en el que se mantiene el registro público, para todo recurso sobre la validez de las inscripciones en dicho registro público".*

Por todo ello, en la Recomendación 4 sobre el futuro Rgto, esta Resolución/08 contiene una restricción importantísima: *"... con la*

exclusión de los relativos a inmuebles y que deban o puedan ser objeto de una inscripción o una mención en un registro público". Y es que, como se explica en el Considerando N, hay una conexión estrechísima entre escritura pública y Registro de la Propiedad (*vid.* las Directivas de Servicios y la Ley española que la traspone), *"... habida cuenta de la estrecha correlación existente entre el modo de establecimiento de un documento público, por un lado y la inscripción en el registro público, por otro lado".*

En fin, es evidente que si unimos el art. 11.5 Roma I con esta Resolución del Parlamento Europeo (aplicable al menos como criterio interpretativo) no se puede sostener la admisión en España de escrituras extranjeras relativas a inmuebles españoles.

En segundo lugar, el Consejo Europeo ha aprobado el **Programa Estocolmo 2010,** en el que se insiste en esa intención de establecer documentos europeos auténticos, pero *"a largo plazo".* Insistimos que, esto es el futuro... ¡a largo plazo!...

Y desde luego que la Res 22/2/12 no se anda con tantas sutilezas, olvida completamente estas engorrosas cuestiones documentales…

8. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA SOBRE LOS DOCUMENTOS DE UN PAÍS. LA RECEPCIÓN DE UN DOCUMENTO EXTRANJERO SUPONE LA APLICACIÓN "INDIRECTA" DE SU LEGISLACIÓN NEGOCIAL Y DOCUMENTAL. LA LEGISLACIÓN DOCUMENTAL ESPAÑOLA ES ABSOLUTAMENTE IMPERATIVA E INDISPONIBLE

Cuestión básica en esta materia es ver quién tiene la competencia legislativa para regular estas cuestiones y cómo se han ejercitado dichas competencias, lo que desgraciadamente vuelve a enturbiar y complicar nuestra labor. En efecto, una de las mayores dificultades ante la que nos enfrentamos es que **en Derecho español las competencias legislativas se han ejercido de manera errática,** pues (en gran parte por razones históricas) no existe una norma que de manera general y sistemática regule los requisitos de los distintos tipos de documentos y los efectos que producen cada uno de ellos. En el caso español podemos hablar de una auténtica dispersión normativa, pues los requisitos y efectos de los documentos se han sembrado en muy diferentes normas; por supuesto en las

más importantes CC, LN, RN, LH, RH, LEC, pero también en normas de muy distinto carácter sobre Catastro, Inversiones Extranjeras, Blanqueo, Administrativas, Fiscales, Societarias, Consumidores, Mediación, Aprovechamiento por Turno, Arbitraje, etc., hasta el punto de que es difícil encontrar nuevas leyes que no tengan alguna disposición sobre documentos notariales. Súmese a lo anterior la jurisprudencia de los Tribunales y de la DGRN y el rango ínfimo de algunas normas (y a veces ni eso) en temas gravísimos como Órdenes sobre blanqueo o hipotecas; Circulares internas del Consejo General del Notariado sobre ejecución hipotecaria; Circulares de la DGRN y hasta simples Informes del Ministerio de Fomento sobre Obras Nuevas o "Comunicaciones" del Organismo Centralizado de Prevención de Blanqueo (creado por Orden Ministerial) sobre identificación de titulares de sociedades. Este es el desolador panorama con el que a diario nos tenemos que enfrentar y que hace casi imposible todo intento de sistematización de la materia.

Afortunadamente nuestro CC tiene una fórmula omnicomprensiva de toda esta dispersión normativa, a la que se refiere como "legislación notarial" en el **art. 1217 CC:** *"Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial".* Antonio Rodríguez Adrados ("El documento en el Código civil", en tomo III de sus *Escritos Jurídicos*, editados por el Consejo General del Notariado, pág. 36), comentando este art. 1217 CC consideraba exagerado a Rafael Núñez Lagos, que hablaba del mismo como de un "espléndido solar", pero sí que llama la atención sobre que el control de legalidad viene impuesto en muchas normas y se tiene que realizar respecto de muchas normas, pues el CC se refiere a "la legislación notarial", no a la Ley y Rgto Notarial, a diferencia de otras remisiones que se hacen a leyes muy concretas: "Ley especial de Aguas" (art. 425); "la Ley especial de Minería" (art. 427); "la ley sobre propiedad intelectual" (art. 429); la "Ley Hipotecaria" (arts. 608, 1875, 1880); e incluso con fecha "la Ley de 17 de junio de 1870" del Registro Civil (art. 332), etc.

Por otro lado, la malhadada Res 22/2/12 nos obliga a extendernos sobre cuestiones inútiles –por sabidas–, como es que la doctrina de manera unánime ha venido reconociendo durante los tres últimos siglos que nuestro CC carece de auténtica sistemática, a pesar de lo cual, decía Lacruz, que en su sencillez científica resultó un texto superior a sus autores. Corolario de este reconocimiento era que

nadie se atrevía a extraer conclusiones incontrovertibles sobre el hecho de que determinados artículos estuvieran colocados en una u otra parte del Código... En efecto, Rodríguez Adrados ("El documento en el Código Civil", tomo III de *Escritos Jurídicos*, págs. 19 y 20) enseña que la ubicación de "algunas" normas sobre los documentos notariales en el capítulo sobre la prueba de las obligaciones es precisamente digna de alabanza: *"Y aquella colocación sistemática en los títulos iniciales del Libro de las Obligaciones y Contratos tampoco merece una crítica demasiado desfavorable si se tiene en cuenta que constituyen en realidad la verdadera Parte General de que el Código Civil carece…"*. Esta es la misma razón por la que en la regulación del contrato de compraventa se contienen normas de general aplicación a otros negocios jurídicos y así, por ejemplo, la tradición instrumental del art. 1462 CC se aplica también a las transmisiones producidas por una cesión de inmueble a cambio de alimentos o de renta vitalicia, que se ubican en otro lugar dentro de los contratos aleatorios o de suerte.

Continúa Rodríguez Adrados explicando –y escarneciendo a la Res 22/2/12 sin siquiera imaginarlo por las fechas– que la actual ubicación de estas normas es (como todos imaginábamos) puramente circunstancial, pues el Proyecto del CC de 1821 llevaba esta materia al capítulo I del Título VII del Libro I y que Augusto Comas en sus enmiendas y escritos antes y después del CC proponía que se llevaran a un Libro V y último tal y como se había hecho en otros Códigos que se tuvieron en cuenta en nuestra codificación en otras materias, como fue el holandés y el portugués de 1867... pero claro, el bueno de don Antonio no ha hecho otra cosa que estudiar y leer toda la vida sobre estas cuestiones antes de atreverse a escribir sin saber el suelo que pisaba…

Y continúa Rodríguez Adrados desmintiendo a la Res 22/2/12 y recordándonos que hay otras partes del CC que contienen normas "notariales" fuera de las "Obligaciones y Contratos": los testamentos de los arts. 662 a 743 CC del Libro III, y otras referencias como los arts. 11, sobre validez del "negocio" (no del documento); 632 y 633, sobre donaciones; 1327, sobre capitulaciones; 1462, sobre tradición; 1865 y 1872, sobre prenda; 1875, hipoteca; 1921 y ss., sobre prelación, y muchos más...

Estas opiniones de Rodríguez Adrados, preclaramente hechas hace muchos años, han sido ratificadas por la actual LEC, que deroga en el

CC –y las incorpora a su texto– las normas que se refieren estrictamente a la prueba, como son las disposiciones generales (arts. 1214 y 1215) y las que se refieren a la prueba de confesión, inspección del juez, peritos, testigos y presunciones (arts. 1231 a 1253 CC) y sin embargo deja incólumes la sección "De los Documentos públicos" (arts. 1216 a 1224) y la "De los documentos privados" (arts. 1225 a 1230, salvo el 1226, que trataba de la cuestión procesal del reconocimiento)... ¿por qué? Pues por la sencilla razón de que en esos artículos se contiene una disciplina general del documento que va mucho más allá de su consideración de simple medio de prueba.

Ratifica lo que acabamos de exponer la Exposición de Motivos XX de la LEC, que dice: *"... En lo que afecta al Código Civil ha de destacarse que... se mantienen aquellos preceptos relativos a los documentos que pueden tener relevancia, y no pequeña, en el tráfico jurídico... tratan de la certeza y eficacia extrajudiciales…".*

Desde otro punto de vista, el caso español es perfectamente claro respecto a quién tiene las competencias legislativas, pues al considerar la cuestión de extrema trascendencia, nada menos que por mandato constitucional, **el Estado se ha reservado de manera exclusiva en el *art. 148.1.8.ª CE* la competencia legislativa sobre los instrumentos públicos notariales**. Esta reserva es interior, exterior y bidireccional. Veamos.

Es interior en el sentido de que ni las CCAA, ni ninguna otra Administración pueden dictar normas sobre la materia. Y por supuesto que **es exterior**, pues si las CCAA, aun siendo "Estado español" no tienen competencias, con mayor motivo un Estado extranjero carecerá de ellas para legislar sobre los notarios españoles y sus documentos, como tampoco pueden legislar sobre los efectos que han de tener sus documentos propios en España, que es un país no sometido a su soberanía. **Y es bidireccional**, pues, por lo mismo, tampoco el Estado español puede nombrar notarios extranjeros, ni determinar los requisitos que han de cumplir sus documentos, ni mucho menos imponer los efectos que estos han de producir ya que, obvio es decirlo, ni nuestra Constitución ni ninguna otra norma atribuye competencia a España para legislar sobre documentos ingleses, daneses, etc. Estas explicaciones no son tan elementales como aparentan, desde el mismo momento en que se ha pretendido que las escrituras extranjeras produzcan efectos en España (ejecutivos, traditorios…) que no producen en su país de origen... Y esto

es imposible por la sencilla razón de que ni el Estado extranjero puede legislar sobre los efectos que vayan a tener en España sus documentos, ni tampoco el español tiene competencias para ello.

A estos efectos recordemos la Resolución del Parlamento UE 2008 en el Considerando M: *"... que el respeto de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio debe presentarse el documento para su utilización presupone... que el reconocimiento de la fuerza probatoria* ***no implica que el documento público extranjero goce... de una fuerza superior a la de los documentos públicos nacionales****..."*.

Esta falta de competencia legislativa de un país sobre los documentos de otro está expresamente ratificada por el RgtoE 805/2004, sobre Título Ejecutivo Europeo, que atribuye a las escrituras extranjeras un efecto ejecutivo igual al de las españolas, siempre que ese efecto ya lo tuviera en origen y se cumplimente un certificado específico; así lo establece su art. 25: *"Documento público con fuerza ejecutiva. 1. Los documentos públicos con fuerza ejecutiva relativos a créditos en el sentido del apartado 2 del artículo 4,* ***que sean ejecutivos en un Estado miembro****, previa petición a la autoridad designada por el Estado miembro de origen, serán certificados como título ejecutivo europeo cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo III. 2. Un documento público con fuerza ejecutiva que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será ejecutado en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su ejecutividad".* Y por esto, el Certificado Ejecutivo del Anexo III tiene un apartado especial en el que el certificante tiene que asegurar, como uno de los requisitos imprescindibles, que el documento ya es ejecutivo en origen.

Por la misma razón, el RgtoE 650/12-15, sobre Sucesiones, atribuye en su art. 59.1 a las escrituras sucesorias extranjeras (testamentos y particiones) un efecto probatorio igual al de las españolas, siempre que ese efecto ya lo tuviera en origen, cumplimente un formulario y no sea contrario a nuestro orden público: *"Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro* ***el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen****, o el efecto más parecido, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido".*

En el mismo sentido, el art. 60.1 y 3 del RgtoE 650/12-15 atribuye a las escrituras sucesorias extranjeras (testamentos y particiones) un efecto ejecutivo igual al de las españolas, siempre que ese efecto ya lo tuviera en origen, cumplimente un certificado y no sea contrario a nuestro orden público: *"1. Los documentos públicos* ***que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen*** *serán declarados, a petición de cualquiera de las partes interesadas, documentos con fuerza ejecutiva en otro Estado... 3. El tribunal ante el que se interponga un recurso al amparo de los artículos 50 o 51 solo desestimará o revocará la declaración de fuerza ejecutiva cuando esta sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución".*

La conclusión de lo dicho en este apartado es bien clara, por falta de competencia legislativa: **un documento extranjero nunca puede tener más efectos que los que produce en su país de origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción.**

Por lo demás, es evidente que ni las CCAA ni los Estados extranjeros pueden dictar normas "directas" que alteren el estatus de los notarios españoles y los requisitos y los efectos de los documentos notariales. Y precisamente como no tienen competencias legislativas directas para solucionar los problemas que plantean sus documentos en España, estos se pretenden solucionar con la aplicación "indirecta" de su legislación sustantiva y documental, pues no hay otra a la que acogerse. Ahora bien, esta aplicación "indirecta" de la legislación extranjera queda sujeta a los mismos requisitos de toda aplicación de legislación extranjera: no puede infringir el orden público ni incurrir en fraude de la ley del país de recepción, de España.

¿Y si se infringe la competencia exclusiva del Estado español para regular sus notarios y los documentos que producen? Si la infracción proviene de alguna CCAA la solución es bien sencilla, ya que el Estado tiene el recurso de inconstitucionalidad en sus manos para solucionarlo. Si el ataque proviene de fuera de manera directa mediante la instalación en España de un notario extranjero que comenzara a hacer documentos, tampoco habría mayores problemas en solucionar el asunto, ya que, con independencia de que sus escrituras fueran "civilmente" nulas, incurriría en los **delitos de usurpación de funciones y falsedad documental**, con lo que su aventura tendría poco recorrido.

¿Y si lo que no puede hacer en España un notario extranjero lo hace en su país de origen y manda el documento por correo? Pensamos que la solución es la misma, pues al fingir que presta un servicio notarial para el que no tiene título y dar la falsa apariencia de que asesora en Derecho español y controla la legalidad española (cosa que no puede hacer hasta por razones tecnológicas), a esos documentos se les debería negar todo efecto en España por aplicación de los Principios de Orden Público y Fraude de Ley que enseguida veremos en el apartado de la Doctrina de Equivalencia en la Seguridad Jurídica. Ahora bien, esta regla general puede tener excepción en cierto tipo de documentos, que, amparados en alguna norma específica, se les llega a reconocer algún efecto de los que ya producía en su país de origen.

Este planteamiento de que la recepción en España de un documento extranjero supone la aplicación de la ley extranjera y que por tanto no puede contravenir nuestro orden público ni incurrir en fraude, está expresamente consagrado en el RgtoE 650/12-15, sobre Sucesiones, tanto respecto de sentencias y transacciones judiciales como de los documentos notariales (arts. 35, 40.a), 59.1, 60.1 y 3 y 61.1 y 3). También respecto de sentencias sin exequátur, no pueden infringir nuestro orden público, según el art. 26 RgtoE 1346/2000, sobre insolvencias, y la Res 11/6/10 (que veremos).

De todas maneras, antes de continuar tendríamos que hacer una pequeña reflexión sobre quiénes son los encargados de defender las competencias legislativas del Estado sobre el sistema documental español. Nuestro Estado regula minuciosamente quién (el notario español) y cómo (le impone unos requisitos imperativos insoslayables en la autorización de escrituras, muy en especial el asesoramiento y control de legalidad) han de realizar los documentos notariales castigando al notario incumplidor con responsabilidad disciplinaria, civil y penal y a su documento infractor con nulidad e ineficacia. **Nótese que la legislación documental española es absolutamente imperativa** y por ello el notario autorizante ha de tener una triple competencia material, territorial y formal, sin que le sea lícito suprimir requisitos o inventarse los efectos que vayan a tener sus documentos, pues todo está regulado y reglamentado hasta los más mínimos detalles... ¿en base a qué los notarios extranjeros pueden hacer mangas y capirotes de la legislación española? No. Los notarios extranjeros no tienen que cumplir estrictamente las mismas

"formalidades" que los españoles, eso nunca ha sido importante y desde hace muchos años que se admiten muy variadas fórmulas al respecto, pero hay una serie de requisitos trascendentales que han de cumplir todos los funcionarios (los de dentro y los de fuera) en la autorización de documentos y si no se cumplen el documento es nulo e ineficaz (el de dentro y el de fuera).

Evidentemente los funcionarios y particulares extranjeros no tienen que conocer nuestra legislación y no les guía otro interés que alcanzar sus propósitos de la manera más rápida posible, pues no es misión suya defender los intereses generales españoles, ni los de su Hacienda, ni los de sus Ayuntamientos, CCAA, Catastro, blanqueo de capitales, etc.; y desde este punto de vista no se les puede responsabilizar (bueno: sí) de que intenten conseguir sus objetivos utilizando todos los atajos que se les ocurran. Pero claro, frente a lo anterior la legislación española es inflexiblemente formalista a la hora de legislar sobre los requisitos y controles de la documentación notarial, con lo que lógicamente todos aquellos documentos que no se adapten a estas exigencias tienen que ser tajantemente rechazados vengan de donde vengan...

... Y ahora viene la sorpresa... funcionarios españoles que deberían defender las competencias legislativas sobre nuestro sistema documental (algunos registradores, algunos catedráticos, algunos jueces y hasta algún director general) son los primeros en propugnar que desaparezcan esos controles, diciendo que son solo aplicables para el hipotético caso de que algún desorientado se le ocurra otorgar alguna escritura ante notario español, pero que si quiere evitarse engorrosos requisitos y controles lo único que tiene que hacer es cruzar la frontera, o ni siquiera eso, pues basta ir a un Consulado en Madrid o Barcelona, donde el notario extranjero le ayudará a sortear la legislación española tan llena de incomodidades... ¿y todo esto propugnado por funcionarios españoles?...

Ahora imaginemos que un buen día se presenta en una Notaría española a vender un Sr. que trae como título una Sentencia germana de Munich que declara su propiedad de un apartamento de Marbella, u otro que quiere declarar una obra nueva de una casa en Calasparra y trae una Licencia de Obras del Ayuntamiento francés de Burdeos, u otro que acredita la libertad de cargas de determinada finca con un informe de un registrador italiano de Bolonia... ¿de verdad que se podría considerar europeo y progresista que sin

rechistar el notario haga una escritura basada en esos pseudodocumentos?

Que conste que no nos oponemos porque sí a los cambios legislativos. No. Lo que queremos decir es que si algunos funcionarios españoles consideran que: sobra la LN y el resto de la legislación española que imponen el asesoramiento y el control de legalidad notarial; si consideran que sobra el art. 3 LH, que impone una titulación auténtica (y no pseudotitulación pseudoauténtica a completar por el registrador); si consideran que es una rémora el art. 609 CC, que impone título y modo, y el art. 1462 CC, que lo facilita)... No hay ningún problema, lo que tienen que hacer es propugnar un cambio legislativo que para eso cada cuatro años hay elecciones a las que se pueden presentar, lo que no es de recibo es que se sirvan del púlpito de los estrados, el aula o la Administración para intentar derogar la legislación vigente sin decirlo claramente...

9. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA CONFIGURACIÓN DEL NOTARIO ESPAÑOL COMO FUNCIONARIO Y SUS DOCUMENTOS COMO FORMA JURÍDICA DEL ESTADO

Fruto de la apuntada competencia legislativa es que España ha configurado toda la actividad notarial conjugando aspectos privados con públicos, lo que se puede rastrear desde cualquier punto de vista que se observe. Así el notario tiene un doble carácter de "profesional" y "funcionario" y sus documentos sirven a los particulares, pero también tienen una dimensión pública que excede con mucho del ámbito de lo estrictamente privado hasta poder afirmar que el documento notarial es una "forma jurídica del Estado" (expresión tomada de Martín Garrido Melero). Por cierto que esta configuración es la misma que existe en los 81 países que integran la Unión Internacional del Notariado (UINL), que cubren más del 60 % de la población mundial. No obstante, dada la finalidad específica de estas líneas, nos centraremos en estos aspectos públicos, haciendo notar que la actividad notarial va mucho más allá de los documentos que produce, pues pocas veces se ejerce más y mejor de notario que cuando se deniega la autorización de algún documento.

Nuestra legislación solo reconoce como **notario al funcionario** que nombra el mismo Estado español y solo a él, ex art. 1 LN,

"Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios". En el mismo sentido, el art. 60 RN, *"El Notario, una vez que obtenga el título y tome posesión de su Notaría, tendrá en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial…".* Y el art. 69 RN, *"El estudio del notario tendrá la categoría y consideración de oficina pública".*

Esta configuración del notario como funcionario es algo indiscutible en nuestro ordenamiento se mire por donde se mire (STS 13/10/98, STS 28/11/07, etc.) y tiene importantísimas consecuencias, pues **esta configuración es absolutamente contraria a la idea de una liberalización indiscriminada del servicio notarial a nivel interno e internacional**, lo mismo que ocurre con otros funcionarios y los documentos que producen (secretarios de Ayuntamientos, jueces, registradores…). Internamente porque cualquier funcionario no puede hacer cualquier documento público, sino que ha de tener competencia material y por eso **los notarios tienen competencia exclusiva en documentos públicos extrajudiciales y extraadministrativos** (*vid.* art. 1 LN y, por todas, la Res 3/11/11). Externamente, como vamos a ver, ocurre exactamente lo mismo y por eso a ningún español se le ocurre pedir licencias de obra en Francia (cuna del Derecho Administrativo), pleitear sobre luces y vistas en Alemania (paradigma de Justicia seria) o registrar su casa en Italia (patria del Derecho Privado).

Recordamos que la Resolución del Parlamento Europeo de 2008 sobre Documento Público Europeo reconoce expresamente la competencia legislativa de los Estados para establecer *"la competencia, la organización y la estructura de las autoridades y los funcionarios públicos"* del sistema notarial del país.

Igualmente hay que tener en cuenta que esta competencia legislativa para que cada Estado fije el estatus de sus notarios ha sido claramente consagrada por la Justicia Europea en la Sentencia TJUE Gran Sala de 24/5/11, en cuyo núm. 97 dice así: *"... la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los*

notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad…".

Y si la cuestión se observa desde el punto de vista del documento en el que cristaliza la actividad notarial (con la matización de que no hay nada más notarial que negarse a autorizar un documento), los resultados son los mismos.

Detengámonos por un momento en lo que es **un documento privado: que no es otra cosa que una forma documental que sirve exclusivamente a los intereses de los particulares**. Por ello el documento privado, aun "reconocido legalmente", ex art. 1225 CC (que, como dice el art. 326 de la actual LEC, solo cabe el reconocimiento "judicial" expreso, o incluso tácito si no se impugna su validez), únicamente tiene efectos entre los firmantes y sus sucesores, no frente a terceros y si alguna trascendencia general pueden llegar a tener, no se derivaría propiamente del documento, sino más bien del mismo reconocimiento judicial. Por eso el documento privado depende en todo de la voluntad de los particulares que lo firman, ellos deciden cuándo y cómo van a ponerlo a producir efectos; deciden si lo guardan en una caja fuerte o en un armario; deciden si lo depositan en un lugar determinado, si lo trasladan a otro o si lo pasean continuamente; y lo que es más importante, pueden decidir en cualquier momento su desaparición o destrucción por el medio que consideren más conveniente.

Frente a ello, la escritura no es que produzca más efectos que un documento privado (que también), sino que la cuestión va mucho más allá... **la cuestión es que la escritura no pertenece ni a su autor, el notario, ni a aquellos para los que se fabrica, que son los particulares que la consienten, firman y pagan: la escritura pertenece al Estado ¿?** Este es un curioso fenómeno que deriva de la tensión que se aprecia en todo el ámbito notarial entre los intereses generales y los particulares y que solo se entiende cuando se acepta que la escritura no es papel... es seguridad... por supuesto que seguridad jurídica para los particulares, pero también seguridad general para la nación, ambas distintas pero complementarias, pues no pueden existir la una sin la otra... por eso el Estado ha decidido que la escritura sea una forma "suya", lo que implica que…

... con independencia de lo que apetezcan los privados, el notario ha de controlar la legislación por imperativo legal, sin pedir la opinión de los que intervienen.

... hay efectos de la escritura que hasta cierto punto los controlan los particulares, pero otros ya no dependen de su voluntad: contra terceros (la oponibilidad del art. 1218 CC) o a favor de terceros (la utilizabilidad de los arts. 1219 y 1230 CC).

... de manera automática y sin pedir ni tan siquiera la opinión a los particulares, desde el mismo momento de la firma de una escritura, el notario comienza a remitir (por vía directa o indirecta) informaciones sobre ella a: Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, Fiscalías, Hacienda del Estado, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Órganos de Inversiones extranjeras, Ministerio de Defensa (zonas de acceso restringido de extranjeros), Policía ("Proyecto Vigía", donde se notificaban actas de invitación de extranjeros), Registro de Últimas Voluntades (testamentos), Registro Civil (tutelas, autotutelas, poderes preventivos), Órganos de Sanidad (voluntades anticipadas), Administraciones (fundaciones), Catastro, Sociedades Rectoras de Bolsas (transmisión de acciones cotizadas), Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC) y Órgano Centralizado de Prevención (OCP), etc.

... los efectos de las escrituras son directos, por sí mismas, sin necesidad de un apoyo judicial. Es más, las escrituras tienen más efectos fuera de los Tribunales que en un proceso judicial, ya que en el proceso rige la "apreciación conjunta de la prueba".

... antes de la firma de la escritura (mejor, del consentimiento), hasta cierto punto el documento en formación pertenece al notario que lo está redactando y a los particulares que lo instan, que pueden decidir si va a comenzar a producir efectos o no; pero desde el momento en que se firma por todos, se transforma en algo distinto, en una auténtica **"forma estatal"**, de manera que **su titularidad es expropiada por el Estado** convirtiendo al notario únicamente en un depositario de cosa ajena (art. 36 LN), que tiene que conservar, y al particular que la paga en un simple "usuario" que se puede aprovechar de ella, pero que ni siquiera puede impedir que el Estado permita que otros particulares o entidades también se aprovechen de ella.

Esta regla general del Derecho español de origen interno configurando al notario como funcionario y a la escritura como propiedad

del Estado, hace que unos y otras sufran importantes restricciones en su circulación internacional, lo mismo que ocurre con otros funcionarios estatales como secretarios de Ayuntamiento, jueces y registradores y los documentos que elaboran, como licencias de obras, sentencias e inscripciones registrales.

Este planteamiento de Derecho interno se confirma desde el exterior, pues ya hemos dicho que no hay ninguna regla universal de equiparación entre los notarios y sus documentos. Lo que sí que hay son muchas normas que dicen exactamente lo contrario en Derecho europeo e internacional, en el que vemos que se excluye al Notariado de la liberalización de servicios en el *art. 51 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes 45 del Constitutivo de la Unión), "a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público".*

Consecuencia de ello es la *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DirServ)*, que en su art. 1.1 explica que la liberalización de servicios comprende *"libertad de establecimiento"* y *"libre circulación de los servicios"*, y pasa a aclarar que se excluye de esa liberalización, ex *art. 2.2.i).l) "las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado"* y *"**los servicios prestados por notarios** y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración".* Y se insiste en la exclusión en el *art. 17.12) "a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario".*

Esta no liberalización del servicio notarial Fco. J. García Más la detecta en otros muchos elementos del Derecho europeo: *Resolución del Parlamento Europeo de 18/1/1994 y Resolución del Parlamento Europeo de 23/3/2006*; *art. 1.5.d) Directiva Comercio Electrónico 2000/31/CE; Reglamento 2157/2001/CE, sobre Sociedad Europea; Reglamento 805/2004/CE, sobre Título Ejecutivo Europeo; Anexo al informe sobre servicios profesionales excluidos del GATS (COM 0405 final, de 5/9/2005, nota 33 del punto 71);* y hasta el *Considerando 41 Directiva 2005/36/CE, de reconocimiento de cualificaciones profesionales.* Añadimos nosotros que la legitimidad de estas restricciones ha sido expresamente reconocida a nivel europeo en la importante STJUE Gran Sala 24/5/11 y que ya antes lo había reconocido la DGRN en su Res de 24/2/10, del Sistema Notarial, que hace aplica-

ción de la Sentencia Wouters del TJCE, de 19/2/02, y de las ya citadas Resolución del Parlamento Europeo 23/3/06, sobre profesiones jurídicas, y la Directiva Europea de 2006 sobre Servicios.

Fruto de lo anterior es nuestro propio Derecho interno, la *Ley 17/2009, de 23 nov., sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LServ),* que (aunque no constaba en la Directiva) **establece una equiparación entre notarios y registradores, a los que excluye de liberalización** en el *Preámbulo II: "Además, cabe señalar que la Directiva tampoco se aplica a las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública. En nuestro ordenamiento jurídico ello implica que los actos realizados por fedatarios públicos, así como por los registradores de la propiedad y mercantiles, quedan fuera de su ámbito de aplicación".* Aclara en el *art. 1* **que la exclusión de liberalización no solo impide** *"**la libertad de establecimiento de los prestadores**"*, sino también *"**la libre prestación de servicios**"*. Y con todavía mayor precisión insiste en que cuando se habla de servicios se entiende los que se prestan desde España o desde fuera, ex *art. 2.1 "... que son ofrecidos o prestados en territorio español por **prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro**".* Confirmando el Preámbulo, se insiste en la equiparación entre notarios y registradores y su exclusión de liberalización en el *art. 2.2.i) "Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles".*

Este planteamiento de que la actividad notarial supone ejercicio de autoridad pública, que la hace no susceptible de liberalización, ha sido finalmente acogido por el mismísimo **TS, sala 3.ª, en su Sentencia de 19/5/09 (antes en la STS 10/3/09)**, en el último recurso contra la reforma de 2007 del RN, lo que convierte en absolutamente inexplicable la STS 20/5/08, pues no se nos alcanza que en esta se diga que el notario es un actor ciego, sordo y mudo que no se puede negar a nada que pretendan las partes aunque sea claramente ilegal, mientras que en la última se considera acreditado que el notario ejerce funciones públicas que –de acuerdo con la legislación europea– justifican su monopolio extrajudicial para la presentación telemática de documentos, cosa que no pueden hacer las gestorías, que, obviamente, no son funcionarios bajo la disciplina del Ministerio de Justicia. Duele decirlo, pero... ¿en qué quedamos?... ¿cabe que un funcionario colabore en actos ilegales?... ¿en

qué quedan las SAP de Santa Cruz y Alicante, la Res 22/2/12 y hasta la STS 19/6/12, que admiten actuaciones notariales de quien no es funcionario ni español ni extranjero?... el que tiene que aclararse es el TS...

Ante normas tan claras se puede concluir que en España los funcionarios notarios y registradores están equiparados, siguen el mismo régimen de exclusión de liberalización, y por supuesto que la exclusión de liberalización comprende que no se pueda instalar en España ningún notario extranjero, pero también que el servicio notarial español tampoco se preste desde el exterior y se mande el documento por correo, pues, aparte de la legislación citada, lo contrario produciría el absurdo a que hemos aludido al principio. En efecto, bordearía el ridículo que se prohibiera a los notarios extranjeros instalarse en España, mientras una legión de ellos montaran en nuestro interior una serie de oficinas para la recogida de datos de escrituras que se firmarían junto a la frontera en Andorra (Cataluña), Sur de Francia (País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña), Portugal (Galicia, Extremadura, Andalucía), Gibraltar (Andalucía) o Marruecos (Ceuta y Melilla); o sin tan siquiera cruzar la frontera, en cualquier Consulado extranjero en Madrid, Barcelona, Valencia, Zaragoza, Sevilla, Castellón, etc... y luego nos las mandaran por correo... sería absurdo…

Estas conclusiones, sentadas en Derecho interno español, las podemos confirmar con Derecho internacional mediante el **Convenio Europeo de Funciones Consulares de París de 11/12/1967, ratificado por España en el BOE de 8/4/2011 (Convenio Consular)**, que supone la consagración internacional de la Doctrina de Equivalencia de la Seguridad Jurídica (antes, Equivalencia de Formas). En efecto, esta norma parte del hecho innegable de que nuestro Estado no puede impedir que haya escrituras hechas por notarios (cónsules) extranjeros que lleguen a España; pero por mucho que estén hechas por funcionarios autorizados para ello en sus respectivos países, la admisión en España se va a realizar exclusivamente de acuerdo con los criterios que establezca la legislación española, ex art. 15: *"1. Los funcionarios consulares tendrán el derecho a extender o* ***autorizar notarialmente*** *o de la forma análoga que prevean las leyes y reglamentos del Estado que envía… 2. Los* ***actos y contratos*** *a que se refiere el párrafo anterior sólo podrán producir efectos jurídicos en el territorio del Estado que recibe* ***en la medida***

en que las leyes y reglamentos de éste no se opongan *a ello".* Nótese que este art. 15 incluye expresamente a los "reglamentos" como distinto de las "leyes", lo que incluye evidentemente al notarial, y que no solo se está refiriendo a la "validez y eficacia del negocio" *("actos y contratos"*), sino que afortunadamente se refiere también a la "validez y eficacia de los documentos" (*"autorizar notarialmente"*), todo lo cual tiene una gran importancia, pues ya hemos dicho que un negocio puede ser válido y eficaz en España (con lo que tendría garantizado su reconocimiento y aplicación "en un Juzgado"), pero sin embargo el documento puede que sea nulo por contravenir las normas imperativas españolas "documentales" y por ello carecería de efectos "directos", es decir, aquellos que se producen sin auxilio judicial.

Nótese que no se puede alegar que el Convenio de París solo afecta a los países signatarios. No. Esta interpretación es insostenible si consideramos al Convenio desde una perspectiva más amplia, pues lo cierto es que en una norma española de 2011 se dice que los documentos notariales extranjeros "solo" tendrán efectos en territorio nacional en la medida que cumplan nuestra legislación sustantiva (contratos) y documental (autorizar notarialmente) y lo que sería ilógico es que unos controles que España impone a los documentos extranjeros de los países con los que quiere facilitar la circulación de los mismos sean más fuertes que los que impone a los de los países que no han firmado el Convenio, pues si así fuera... ¿para qué serviría el Convenio?...

Una vez establecida la regla general sobre la no admisión en España de notarios extranjeros y sus escrituras, cabría preguntarse... ¿hay excepciones?... Por supuesto que sí: en España se pueden instalar ciertos notarios extranjeros y admitimos determinados efectos de escrituras extranjeras en virtud de normas que expresamente así lo impongan. Veamos.

El Convenio de París admite que en España se instalen libremente una especie de notarios/cónsules que no nombra nuestro Estado, sino el país para el que trabajan. Cierto que esta excepción es muy *"sui generis",* ya que técnicamente ejercitan sus funciones "en España" pero dentro de sus respectivos países que para eso las embajadas y legaciones diplomáticas y consulares gozan del privilegio de "extraterritorialidad". Y ya hemos dicho que también pueden tener ciertos efectos alguna escritura extranjera que acredite (Doctrina de

Equivalencia de Seguridad Jurídica, consagrada en el art. 15 Convenio de París) no infringir la legislación imperativa española sustantiva y documental, ni directamente (orden público), ni de manera indirecta (fraude de ley). Pero recordemos: son excepciones que deben ser tratadas como tales, impuestas por alguna norma específica, no susceptibles de extensión y de interpretación restrictiva.

10. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA "DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA", QUE SUSTITUYE A LA "DOCTRINA DE EQUIVALENCIA DE FORMAS"

Cuando un Estado se ve en la tesitura de admitir en su territorio la aplicación de una legislación extranjera, siempre pone unas líneas rojas inderogables para impedir que los valores que el foro considera esenciales se pudieran ver escarnecidos por la aplicación de aquella por más combinaciones de elementos extranjeros que concurran en el supuesto. La legislación extranjera nunca puede atacar directamente la legislación imperativa propia (orden público), como tampoco puede sortearla de manera indirecta (fraude de ley). Esto es lo que impone el art. 12.3 y 4 CC: *"3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. 4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española".* Sin ánimo de agotar el tema, sobre la aplicación actual del orden público *vid.* Res 11/5/94, 22/10/04 y 18/1/05 y STS de 23/10/92, 22/3/00 y 23/3/05; y sobre fraude de ley la STS de 17/10/06.

Pues bien, recapitulemos lo que llevamos diciendo hasta aquí: PREMISA A), la legislación española sobre negocios jurídicos y documentos públicos y privados es absolutamente imperativa, por cuanto ni los particulares ni los notarios pueden incumplir las bases negociales ni disponer sobre los requisitos que tienen que cumplir y los efectos que van a producir sus documentos al ser estos de formalismo absoluto; PREMISA B), la pretendida aplicación de la legislación extranjera puede ser directa, pero también puede ser indirecta mediante la remisión de documentos (especialmente los notariales, que son una emanación del poder del Estado al ser elaborados por sus funcionarios bajo forma pública estatal), pues el Estado extranjero nunca tiene competencias legislativas para "imponer" (Trata-

dos aparte) al Estado de recepción los efectos que han de producir sus documentos, por ser territorio que no está bajo su soberanía; CONCLUSIÓN, la recepción de documentos extranjeros supone una aplicación de la legislación extranjera que también debe respetar el orden público y no incurrir en fraude de ley, es decir, deben cumplir la legislación imperativa del país de recepción.

Esta utilización del orden público y fraude de ley para negar eficacia a los documentos extranjeros que infringen la legislación española es lo que se venía haciendo desde hace muchos años bajo la conocida como "Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica", antes conocida como "Doctrina de Equivalencia de Formas", a la que le cambiamos hasta el nombre a la vista de que unos insolventes jurídicos la habían rebautizado como **"Doctrina de Equivalencia de las «Formalidades»"**.

En efecto, cuando un experto en Derecho Notarial y Registral (véanse los tres registradores a los que se dedican estas líneas) se refiere a "forma" se está refiriendo en realidad a "contenido", es decir, a determinados documentos que al cumplir ciertos "requisitos" producen unos concretos "efectos". En este sentido se contrapone "documento en forma privada" a "documento en forma pública o escritura", pues con independencia de que ambos sean "válidos" resulta que producen diferentes "efectos", derivado del hecho incontrovertible de que en su gestación se cumplen unos muy diferentes "requisitos". Por eso, respecto de las escrituras españolas, se puede afirmar que todas son equivalentes ya que todas están autorizadas por notarios con formación equiparable y cumplen los mismos requisitos formales y de fondo en cuanto asesoramiento y control, por lo que han de tener los mismos efectos. Ahora bien, si ahora trasladamos el punto de observación respecto a las escrituras extranjeras, un experto en Derecho Notarial enseguida observará que hay muchas escrituras especialmente complejas en las que los requisitos formales, y sobre todo los de fondo de asesoramiento y control de legalidad española (hasta por razones técnicas), solo se pueden cumplir por los notarios del foro.

... Entonces... ¿dónde está el problema?... Pues sencillamente en que en España hay muy pocos expertos en Derecho Notarial y Documental y lo que ocurre es que, en general, los no expertos –que desgraciadamente son legión– no se andan con tantas sutilezas "jurídico-documentales" y confunden "forma" con "formalidad", de

suerte tal que si "externamente" el aspecto de una escritura es similar a otra (ambas con su número de protocolo, fecha, notario, partes intervinientes, pactos, juicios, advertencias, etc.), enseguida concluyen que son "formalmente equivalentes" (cuando en realidad lo que se está diciendo es algo mucho más grave: que son "materialmente equivalentes") y ello es una conclusión que ofende no solo a las normas jurídicas, sino –antes y más importante– a las reglas de la lógica más elemental, pues no se puede afirmar que dos cosas sirven para lo mismo solo por su similar apariencia, sino que antes hay que averiguar si son iguales sus verdaderas características esenciales.

Desde luego que la doctrina notarial española (el autor de estas líneas en su modestia también ha colaborado) no puede echarle la culpa a nadie, pues ella misma es la que de una manera ingenua –casi naif– ha ido elaborando y propagando con fruición la doctrina de la "equivalencia de formas" con un significado muy preciso y profundo, que rápidamente ha sido tergiversado y desvalorizado por manos inexpertas hasta llegar al engendro actual, que se vuelve contra sus autores convertida en la doctrina de "equivalencia de formalidades", que en la vida ordinaria vendría a equivaler a algo tan absurdo como ir tomando medicamentos porque huelen bien.

Para la verdadera "equivalencia de formas" lo importante es estudiar la legislación notarial de dos países para ver si los notarios de ambos tienen similar formación "como funcionarios", si sus escrituras cumplen parejos requisitos formales y en cuanto asesoramiento y control de legalidad, y solo cuando se cumplen esas equivalencias es cuando se puede afirmar que ambos documentos han de producir los mismos efectos. Para esta doctrina, lo importante no es si en una escritura extranjera el número de protocolo está al principio o al final, o si dice que "se han hecho reservas y advertencias", o si dice que se ha prestado "un consentimiento libre e informado", o si se afirma o no que "el compareciente es capaz". No. Para esta doctrina lo importante es que "realmente" se hayan cumplido estos requisitos, pues lo otro –lo que diga el documento– no pasaría de ser una mera "formalidad" no sustancial.

Esta concepción de la doctrina de la equivalencia de formas no solo es conforme a la lógica más elemental, sino que es la que propugna la DGRN en **las Res de 11/6/99 y de 21/4/03** –luego la examinaremos con más detenimiento–, que considera tan poco relevantes las "formalidades" que admite como equivalente a una

escritura española... ¡hasta una legitimación de firmas de notario alemán!... ¿por qué?... pues por la sencilla razón de que va al "fondo" –no a la apariencia– y ve que de una manera... cómo decir... sí... ¡irregular pero contundente!... contiene de manera resumida –y hasta implícita– todo lo que se exigiría a una escritura española similar.

Y hasta tal punto es así que para nuestros documentos el maestro RODRÍGUEZ ADRADOS propugna que se puedan subsanar escrituras que han incumplido la formalidad de no expresar la fecha o el lugar, o que se ha identificado a las partes, o que se las juzga capaces... o incluso ¡considera subsanable la falta de firma de las partes y hasta del notario!, pues como bien dice, lo importante es que "de verdad" –materialmente– no haya duda sobre la fecha, la identidad de las partes, ni de su capacidad, ni de su consentimiento, ni de la autorización del notario por más que este, torpemente, no haya acertado a reflejarlo en el documento.

Pero... ¡qué lejos estaban los autores de la doctrina de la equivalencia de formas (y los que la seguimos) de pensar que manos inexpertas cogerían el rábano por las hojas y se quedarían solo con el aspecto exterior de la "formalidad" sin llegar al fondo de la "forma"! Finalmente se han impuesto los que piensan que si la escritura extranjera tiene las apariencias y formalidades de la española ya es equivalente. Eso es una corrupción de la doctrina de la equivalencia de formas contra la que hay que estar muy prevenidos por su enorme extensión en ámbitos jurídicos (hasta niveles difíciles de imaginar) que caen de hoz y coz en la trampa, pues como vamos a ver hay determinados notarios extranjeros (muy en particular de Londres, ingleses, pero no solo ellos) que son devotos practicantes de su particular y *"sui generis"* equivalencia de "formalidades". El autor de estas líneas con el paso de los años ha ido coleccionando su particular "Bestiario", que prefiere no publicar de momento, pero que pone a disposición del inquieto lector... Veamos algunos ejemplos sin citar nombres…

En una **escritura de Londres de herencia** se dice que con el otorgamiento de la misma se da por cumplida la "tradición" de los inmuebles españoles... **¡pero si en Derecho español en las herencias no se exige la tradición!**

En una **escritura inglesa de poder de venta** se dice que "se han hecho las reservas y advertencias legales, en particular las re-

lativas al control de pagos y blanqueo de capitales…" **¡pero si un poder es documento accesorio de un futuro documento principal de transmisión que no se sabe si se va a producir, ni en qué condiciones, y no procede hacer esas reservas y advertencias, además falsas por falta de conexiones telemáticas y firma electrónica!**

En un **poder noruego formalizado en documento privado** con legitimación de firmas realizada por el LEISEMANNEN de Stange, ¡con la apostilla de La Haya!, pudimos llegar a averiguar antes de utilizarlo que **¡el funcionario autorizante no pasaba de ser una especie de guardabosques!**, que lo mismo legitima firmas que consigue "aquavit" con el que alegrar los festejos locales que ayudan a pasar las largas noches boreales.

En una **donación de inmueble español hecha en documento privado con firma legitimada por notario alemán**, tuvimos que informar al donatario de que no había solución posible a la vista del documento empleado, la forma elegida y que el donante había fallecido sin que el donatario llegara a aceptar en vida... y dijo que demandaría al notario alemán…

En un **modelo de poder elaborado por notario español** dejando en blanco el lugar, notario autorizante, fecha y datos de interesados, luego se nos devuelve con los datos rellenos a mano y una simple legitimación de firmas solo en la última página, mientras las anteriores –que contienen la parte sustantiva– están sueltas y sin garantías de autenticidad…

En **otro poder de Zurich** según modelo de notario español se nos envía el poder en forma de documento privado con firmas legitimadas y en la fórmula de la legitimación el notario dice que autentifica la firma pero que "no responde de que el firmante tenga poderes de representación de la sociedad poderdante", por supuesto todo con apostilla y muchos sellos. Luego se pretendió reparar la omisión con un certificado del Registro Mercantil y cuando se explicó que eso solo acreditaba la inscripción pero que según nuestro Derecho Documental no era "título", se retiró toda la documentación y hasta hoy…

Todos estos notarios son la versión moderna de Mozart... tocan de oído... no saben de lo que hablan... recuerdan a los analfabetos que no saben escribir pero han aprendido a "dibujar" su firma... y lo único que hacen es copiar las "formalidades" externas de las es-

crituras españolas, y como ven que en algunas de ellas se habla de "tradición, reservas, advertencias legales, control de pagos, blanqueo de capitales, etc.", las ponen en todas sus escrituras venga o no venga a cuento, con lo que lo único que hacen es demostrar que no conocen el Derecho español, que todo es mentira, que todo es un fraude a la legislación española... y si no conocen Derecho español, ¿cómo van a asesorar en Derecho hispano y controlar nuestra legalidad? Pensamos que en los casos más graves de actos principales, aquellos notarios que se atreven a decir (o que sin decirlo permiten que los demás lo crean) que han asesorado y controlado la legalidad española sin ser verdad, no solo realizan una escritura nula, sino que pueden incurrir en graves responsabilidades.

A todo lo anterior hay que sumar las "Declaraciones sustitutivas del acta de notoriedad" (no admitidas en la Res 4/2/1990 y desde luego que no pretenden engañar a nadie con ese nombre), en las que en Italia una simple manifestación de un particular pretende sustituir el juicio de notoriedad del notario en una declaración de herederos. O, incluso, las declaraciones de herederos hechas en Francia por los alcaldes…

Todo lo cual demuestra que nos encontramos a diario ante cuestiones de gravedad que requieren un examen más profundo que la simple comparación de "formalidades", pues todos estos documentos nos llegan con la correspondiente apostilla de La Haya, que no significa nada más que en el país de origen lo dan por bueno, pero que no garantiza que no infrinja la legislación imperativa española sustantiva y documental.

Así pues, ante la evidencia práctica del fracaso rotundo en Derecho Documental del uso de la palabra "forma" para referirnos a cuestiones de fondo, bien haríamos todos (incluida la DGRN) en ir eliminándola de nuestro vocabulario cuanto antes mejor, para evitar que manos poco expertas la desnaturalicen y la conviertan en "formalidad": hay que borrarle hasta el nombre.

Los que tienen bien presente (incluido el Parlamento Europeo) que los notarios no hacen documentos, sino "Seguridad", se dan cuenta de que no se pueden comprar libros por las tapas y lo que hay que acreditar es que el documento extranjero produce el mismo nivel de "seguridad jurídica" que el propio, es decir, cumple los mínimos sustantivos y documentales que se exigen a los negocios y documentos propios... no más... pero tampoco menos…

Los mínimos requisitos que todo documento notarial extranjero ha de cumplir para ser aceptado en España los fijó la doctrina y los concretó la Res de 11/6/99, que tuvo muy en cuenta que el art. 11 CC solo se refiere al "negocio" y no al "documento", o sea, en palabras de la Res...

1. "Sería inoportuno intentar resolver el problema por aplicación de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil respecto de la forma de los actos y contratos".

2. "Sólo cuando un documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad".

3. "Desde este punto de vista debe afirmarse que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado `por un Notario o empleado público competente´ (artículo 1216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial".

4. "... que se hayan observado `las solemnidades requeridas por la ley´ (artículo 1216 del Código Civil)... las cuales, cuando se trata de documentar un acto extrajudicial, son sustancialmente, ***la necesidad de identificación suficiente del otorgante****... **la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante**...".*

5. "... la no constancia documental del juicio de capacidad no implica que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. artículo 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad (cfr. artículos 476 y 1518 LEC)".

Nótese que estos requisitos mínimos se han de cumplir en todos los documentos notariales extranjeros, en todos. Pero el problema es que en algunos documentos esto es suficiente y en otros no, ya que el caso de la Res era sobre un poder alemán y todas las Res y STS que han admitido en España documentos notariales extranjeros siempre se han referido a un tipo de documentos que reúnan simultáneamente las tres condiciones de ser "accesorios y sencillos

y no tecnológicos" (poderes, testamentos, actas y capitulaciones), en los que al ser el asesoramiento y el control de legalidad de menor intensidad y extensión, son más aptos para que el notario extranjero pueda cumplir esos mínimos, lo que facilita su circulación internacional y se pueden calificar de "universales". Nótese que este tipo de negocio no plantea grandes problemas sustantivos porque en estas materias hay una apertura nacional e internacional –*"favor negotii"*– que facilita múltiples puntos de conexión que prácticamente convierten en inmune al negocio.

El problema surge respecto de los actos "o principales, o complejos o tecnológicos", en los que hay que asesorar a las partes y controlar la legalidad española con gran intensidad y extensión, lo que no está al alcance del notario extranjero, pues, además, en la mayoría de los casos requieren unos elementos tecnológicos de firmas electrónicas, y conexiones telemáticas y telefónicas con nuestras autoridades que hoy por hoy solo están al alcance del notario español. Pensemos en actas de subastas de bienes españoles, poderes, capitulaciones y testamentos complejos acogidos a la legislación española, o compraventas de inmuebles españoles, constitución de sociedades españolas, reconocimientos de deudas ejecutivas en España, hipotecas inmobiliarias, prendas, etc., sobre bienes españoles. En todos estos casos los mínimos de la Res 11/6/99 no son suficientes. Lo veremos.

Repetimos que esta Doctrina de Equivalencia en la Seguridad Jurídica (antes Equivalencia de Formas) con el consiguiente control del orden público y fraude de ley española ha sido consagrada en el art. 15 del Convenio Consular de París de 1967, que hace depender los efectos en un país del documento de otro, de lo que disponga la legislación del país de recepción, cosa perfectamente lógica, pues lo contrario sería tanto como reconocer competencias legislativas a un país sobre otro no sometido a su soberanía.

Igualmente esta Doctrina de Equivalencia y el control de orden público que supone sobre los documentos extranjeros que pretenden aquí eficacia, está reconocida en España respecto de resoluciones judiciales sobre insolvencia (*vid.* Res 11/6/10) en el art. 26 RgtoE 1346/2000: *"Todo Estado miembro podrá negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado…"*.

Por su parte, el RgtoE 650/12-15, sobre sucesiones, por más que está específicamente redactado para facilitar la circulación de documentos, tiene bien presente que los documentos suponen una aplicación indirecta de la legislación extranjera que no puede ser contraria al orden público español y por eso en su art. 35 ya prohíbe con carácter general esa aplicación. Y más concretamente, ex arts. 40.a) y 61.3 RgtoE 650/12-15: *"Las resoluciones no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido"*, y respecto de las transacciones judiciales *"… revocará la declaración de fuerza ejecutiva cuando esta sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución".*

Y acabamos de ver que respecto de documentos notariales sucesorios el art. 59.1 y 60.3 RgtoE 650/12-15 no se les reconocerá en España ningún efecto probatorio ni ejecutivo si son contrarios a nuestro orden público.

Por último, hay que recalcar que en nuestra normativa interna también hay un reconocimiento de esta Doctrina de Equivalencia con su control de orden público en el art. 323 LEC, ya que, a falta de norma supranacional aplicable, para reconocer efecto probatorio judicial al documento notarial negocial extranjero, ha de superar un control de conformidad a nuestra legislación sustantiva y negocial ("capacidad, objeto y forma"). Lo veremos en otro apartado.

En fin, lo que quedaría por explicar es cómo juristas de alto nivel, con desprecio de estas normas nacionales y supranacionales que acabamos de citar, se han visto deslumbrados por la apariencia externa ("las formalidades") de los documentos que se "parecen" por fuera a los españoles y pretenden sustituir este examen en profundidad del documento por un vistazo sobre si llevan número, fecha, carpeta y sellos... muchos sellos... cuantos más mejor…

11. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA NEGACIÓN DEL MITO DE QUE EL DERECHO ESPAÑOL ES "ANTIFORMALISTA". IMPORTANTÍSIMOS "NEGOCIOS" Y TODOS LOS "DOCUMENTOS" SON FORMALISTAS

Cuando decimos que *"el ordenamiento jurídico español es antiformalista"* estamos diciendo una verdad a medias con graves

consecuencias, ya que recientemente manos inexpertas pretenden darle a esta afirmación una dimensión y un significado que históricamente nunca había tenido.

En efecto, la secuencia de lo que aquí pretendemos combatir –implícita en algunos escritos a los que se refieren estas líneas– más o menos sería esta: el Derecho español es antiformalista... luego cualquier negocio es válido en cualquier forma en que se celebre... luego ha de tener eficacia... luego cualquier documento que recoja ese negocio ha de tener también efectos... luego cualquier documento extranjero que más o menos se asemeje "externamente" a los documentos españoles ha de producir los mismos efectos que estos…

Frente a lo anterior decimos que si se quiere mantener este principio hay que acotarlo a sus justos términos en el sentido de que **solo la validez de "algunos negocios intervivos" está sujeta al principio del antiformalismo**... pero todo el resto de negocios y documentos no se rige por ese principio, sino, por el contrario, del "formalismo".

Cierto que respecto de la validez de "algunos negocios" el Derecho español histórico ha tenido una enorme generosidad a la hora de admitirla haciéndolos inatacables por razones formales, al menos desde la Ley Única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, del año 1348, hasta llegar a nuestro CC y por eso en nuestro ordenamiento se admite la validez de los contratos verbales, o en determinadas circunstancias ni eso, pues bastarían otros signos o silencios significativos. Por eso dice el art. 1278 CC: *"Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".*

Pero con lo anterior se acaba el antiformalismo y el ordenamiento jurídico español se adentra en el reino del formalismo. En primer lugar hay un grupo de **"negocios formales"** (intervivos de gran importancia y todos los mortis causa) en los que no rige la máxima de que se puedan celebrar "en cualquier forma", sino que bajo sanción de nulidad sustancial se habrán de celebrar con unas formas muy específicas y determinadas (documentales o extradocumentales) ya sean escrituras, actas, pólizas, documentos judiciales, documentos privados firmados y/o escritos por el interesado, concurrencia de testigos (obviamente capaces) o entrega material de la cosa donada (no cualquier entrega, sino simultánea), etc.

Así, la **donación de "inmuebles"** necesariamente exige que se haga en "escritura pública específica de donación" sin que se admita que se disimule en algún otro tipo de escritura (art. 633 CC y STS 11/1/07). También la **donación de "muebles"** requiere como mínimo "documento privado específico de donación" aunque admite como forma alternativa la verbal con entrega simultánea de la cosa (art. 632 CC y STS de 14/4/11). La constitución de los derechos reales de **hipoteca** inmobiliaria, naval o mobiliaria y los de prenda "sin desplazamiento" de la posesión son negocios formales en los que no se ha previsto ningún tipo de forma alternativa: las hipotecas necesariamente se han de constituir en escritura (arts. 145 LH y 1875 CC), si bien cabe la hipoteca naval en póliza (art. 3 de la Ley de Hipoteca Naval, de 21/8/1893), y la **prenda** sin desplazamiento se puede constituir en escritura o en póliza (art. 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y PSDP de 16/12/1954); fuera de esto solo queda una excepción marginal en las hipotecas constituidas en los Juzgados dentro del proceso penal (art. 595 LCrim). Las **capitulaciones matrimoniales** (art. 1327 CC) solo está previsto que se documenten en escritura pública. Por supuesto que los **testamentos** son siempre y en todo caso negocios normales en los que no cabe la simple expresión verbal. El **testamento ológrafo** necesariamente se ha de documentar por escrito, fechado y firmado todo él de propia mano del testador (art. 688 CC). El **testamento común abierto normal** solo se puede formalizar en escritura ante notario (art. 694 CC), y el **cerrado** en acta (art. 707 CC, aunque cabe forma alternativa como ológrafo, ex art. 715 CC). En el **testamento común abierto en peligro de muerte** (5) **o en epidemia** (3) se necesitan testigos. Y los **testamentos especiales militar y marítimo** requieren intervención de ciertas personas y si es en **peligro de acción militar y naufragio** dos testigos como mínimo (arts. 700, 701, 720 y 731 CC). Y aún cabría añadir casos como censos, superficie…

Y si abandonamos el mundo de la validez y eficacia de los negocios y nos adentramos **en el de los documentos nos encontramos de nuevo en el reino del más puro formalismo**, pues no existe nada parecido a la libertad proclamada en el Ordenamiento de Alcalá y en el art. 1278 CC respecto de aquellos. No. Respecto de los documentos no existe ninguna regla que más o menos dijera ***"Cualquier particular o funcionario podrá hacer los documentos que les interese, con los requisitos que crean con-***

veniente y que producirán los efectos que les convengan". Veamos:

La **validez del negocio verbal** no requiere otra cosa que la simple manifestación de nuestra voluntad (verbalmente, o como ya hemos dicho, con sus equivalentes de signos o silencios significativos), pero el problema es que carece de **eficacia directa**, pues solo faculta para acudir a la autoridad judicial a exigir su cumplimiento.

Por su parte, **la validez del documento privado** está sujeta a un rígido formalismo, pues es imprescindible cumplimentar un requisito: que el documento esté firmado –"suscrito"– por las partes, aunque sea con huella dactilar y aunque no tuviera fecha, tal y como se deduce de los arts. 1223 y 1225 CC, siendo los arts. 1228 y 1229 CC excepciones menores que confirman esta regla.

También la **eficacia del documento privado** está sujeta a un rígido formalismo, puesto que para evitarlo debería haber existido en el ordenamiento jurídico español una norma que con carácter general le atribuyera todo tipo de efectos, y como ya hemos dicho, esa norma no existe. Es más, lo que sí hay son muchas otras disposiciones que demuestran *"ad nauseam"* que estos documentos solo tienen los efectos que específicamente le atribuyen las diferentes normas que a ellos se refieren dentro del panorama jurídico español.

Por supuesto que el documento privado tiene unos efectos "directos" (por sí, sin intervención judicial) de los que adolece "la expresión verbal". Aquí simplemente recordamos que los documentos privados producen efectos probatorios –reconocidos, no impugnados–, fecha fehaciente –por fallecimiento, legitimación, etc.–, acceso al Registro –heredero único, distribución hipotecaria–, ejecutivos –letras, pagarés, cheques–, como forma sustitutiva sustancial o no sustancial de documentos notariales nulos –escrituras en general, testamento cerrado, donación de muebles–. En cualquier caso, lo más importante es destacar en este apartado que aquí –lo mismo que no hay libertad sobre los requisitos necesarios para la validez del documento privado– tampoco hay "libertad de efectos", en el sentido de que el documento privado no produce los efectos que libérrimamente pretendan los particulares, sino que solo producen los que les atribuye el ordenamiento.

En cuanto a la **validez de los documentos públicos** es puro formalismo, pues, aun a riesgo de ser reiterativos, para evitarlo, debiera haber habido alguna norma que en paralelo al Ordenamiento de Alcalá y al art. 1278 CC dijera algo así como que ***"Cualquier***

funcionario podrá hacer los documentos que le interese, con los requisitos que crea conveniente y que producirá los efectos que le convengan"... y no es así, esta norma no existe…

Precisamente lo que hay son muchas otras normas (tal vez demasiadas y demasiado dispersas) que van determinando los complejos requisitos que son necesarios para que el documento público sea válido. Obviamente el autor de estas líneas no pretende (ni puede…) hacer un tratado de Derecho Notarial, pero sí que considera necesario resumir los requisitos más importantes impuestos por la legislación española en la autorización de documentos públicos.

Y el primero de todos los requisitos es que el funcionario que autorice el documento "sea competente" desde un triple punto de vista: por la materia, por el territorio y por la forma, pues nada más lejos de la realidad que cualquier funcionario pueda hacer cualquier tipo de documento, donde le venga en gana y en la forma que quiera. Insistimos mucho en este aspecto para no caer en el papanatismo jurídico de aceptar como válido un documento por el simple hecho de venir con la firma de un funcionario (que, además, en algunos casos ni siquiera es español, y en otros ¡ni siquiera es funcionario! ¿?) No deja lugar a dudas el **art. 1216 CC**: *"Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público* ***competente****, con las solemnidades requeridas por la ley".*

Esta es la primera sorpresa (evidentemente no para la doctrina notarialista): no todos los funcionarios pueden hacer de todo. En otras palabras: no es argumento definitivo para sostener la validez de un documento público que este sea redactado por un funcionario. No. Inmediatamente hay que preguntarse si ese funcionario tiene **"competencia material"** para hacer lo que ha hecho. Así, resulta que los secretarios de Ayuntamiento no pueden formalizar una compraventa entre dos particulares ni legitimarles sus firmas; un secretario judicial no puede autorizar una declaración de herederos entre cónyuges; por esta misma razón competencial ningún secretario administrativo o judicial puede hacer reproducciones de documentos que no sean para consumo interno de ese órgano y por eso el Tribunal, si lo necesita, lo único que puede hacer es solicitar copias al notario que corresponda, ex art. 222 RN; y por lo mismo tampoco un secretario de una Diputación puede documentar el resultado de un proceso realizado ante un Juzgado, etc. La Ley Notarial no deja lugar a dudas cuando sustrae la competencia sobre la fe pública ex-

trajudicial y extraadministrativa a los funcionarios administrativos y judiciales y se la atribuye en exclusiva a los notarios en el art. 1.1 LN. Y esta delimitación de competencia por razón de la materia es de doble dirección, pues tampoco el notario puede inmiscuirse en la competencia de otros funcionarios encargados de documentar aspectos administrativos o judiciales como los secretarios de las Corporaciones o de los Juzgados (*vid.* las curiosas DT 1.ª y 8.ª de la LN, sobre las escribanías judiciales, y el art. 198.1.9.º RN, sobre actas notariales en reuniones presididas por autoridades). En este sentido la Res 3/11/11 niega que en un proceso judicial de liquidación de régimen matrimonial los cónyuges puedan aprovechar para transmitirse bienes privativos y aclara que esta es la postura tradicional en nuestro ordenamiento, pues nada menos que se apoya en la Real Orden 13/12/1867, y las Res 16/1/1864, 25/7/1880, 14/6/1897, 12/2/1916, 31/7/1917 y 1/7/1943…

Y una segunda sorpresa. Una vez seleccionado al notario como el funcionario adecuado para formalizar documentos extrajudiciales resulta que tampoco puede actuar donde le plazca, sino que ha de sujetarse a un territorio determinado, ha de tener **competencia territorial**, pues uno de los objetivos de la Ley Orgánica del Notariado fue precisamente acabar con los "viajantes de la fe pública" y por eso dice el art. 8 LN: *"Los notarios podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halla su Notaría".*

Y una última sorpresa. Aun contando que actúe el funcionario adecuado (el notario), en el territorio idóneo (dentro de su distrito, en su término municipal y también en el que no haya demarcada otra Notaría), resulta que ha de cumplimentar toda una serie de requisitos formales en la redacción de sus documentos que podemos englobar bajo la rúbrica de **"competencia formal"**. Es decir, el notario no es libre de elegir ni la forma del documento que autoriza ni los requisitos que ha de cumplir esa forma documental. En efecto, el notario puede autorizar diferentes tipos de documentos: testimonios, actas, pólizas y escrituras, pero dentro del más ortodoxo formalismo ha de elegir la forma documental adecuada, pues no todo sirve para todo, tal y como se detalla en los arts. 17 LN y 144 RN. Así resulta que no se pueden legitimar las firmas en documento privado de compraventa; que no se puede utilizar un acta para recoger declaraciones de voluntad y por eso no se podría formalizar una compraventa en un acta de protocolización, porque a pesar de

eso el documento protocolizado seguiría siendo privado; que una póliza no se puede referir a cuestiones inmobiliarias y sí solo a actos mercantiles y financieros habituales de una de las partes; y que, en fin, en escritura no se puede tramitar una declaración de herederos abintestato…

Y más... una vez elegida la forma documental adecuada, dentro de ella, el notario no puede inventarse la manera y los requisitos formales que ha de cumplir en su redacción, pues todo ello se halla minuciosamente determinado en la legislación notarial. Menos requisitos en los testimonios, más en las actas, todavía más en las pólizas, hasta llegar a las escrituras como el documento más complejo, y dentro de estas últimas, las que se refieren a derechos reales inmobiliarios alcanzan el máximo de requisitos imprescindibles en su redacción... Todo ello está minuciosamente determinado en la "legislación notarial", a la que se refiere el art. 1217 CC.

El conocimiento de estas cuestiones no se trata de una broma, pues su incumplimiento puede dar como resultado la nulidad del documento por razones formales y como consecuencia de ello su pérdida de eficacia y la responsabilidad disciplinaria, civil y penal del notario.

Y claro, si del campo de la validez pasamos al de **la eficacia del documento todavía es más claro el formalismo**, pues para evitarlo –insistimos una vez más– tendría que haber existido una norma que más o menos dijera que *"los efectos de los documentos públicos serán los que convengan a los que los firmen"* y... esta norma ni está ni se le espera... Y lo que sí que existen son pruebas abrumadoras de lo contrario, pues como se explicará en estas líneas –y con todas las matizaciones que quieran hacerse–, en general, testimonios, actas, pólizas y escrituras no solo requieren más o menos requisitos en su formalización, sino que producen distintos efectos: menos requisitos y menos efectos en los testimonios, más en las actas, todavía más en las pólizas, hasta llegar a las escrituras, en las que se darían la máxima exigencia de requisitos y la plenitud de efectos. Es más, dentro de cada una de estas variedades documentales todavía habría que hacer subdivisiones por el objeto, pues, por ejemplo, una escritura de poder requiere menos requisitos que otra que se refiera a la propiedad o derechos reales inmobiliarios y que tendría la máxima eficacia incluidos efectos traditorios, registrales, ejecutivos...

En fin, ya hemos dicho que nuestro Código Civil siempre ha tenido muy presente esta diferencia entre el "antiformalismo" para la validez de "algunos" negocios (art. 1278) y el "formalismo" para la validez y eficacia del documento y por eso permite que el interesado pueda pedir a la contraparte (incluso contra su voluntad) la formalización documental que sea necesaria, ex art 1279 CC.

Terminamos recordando lo que de manera clamorosa olvida la Res 22/2/12: en el ámbito internacional ocurre lo mismo, pues los arts. 11 del CC y de ROMA I establecen un principio de "antiformalismo"... pero solo para los "negocios", no para los "documentos", ya que respecto a ellos no existe ninguna norma parecida a esos arts. 11.

Y que conste que el olvido de la Res 22/2/12 es de su propia cosecha, pues el Parlamento Europeo en la Resolución de 2008 sobre Documento Público Europeo tiene bien presente esta diferencia entre el antiformalismo del negocio y el formalismo del documento y por eso deja aparte a Roma I e intenta facilitar la aproximación de los aspectos documentales en el seno de la UE.

12. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LOS "REQUISITOS IMPERATIVOS" DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS ESPAÑOLES, EN PARTICULAR EL ASESORAMIENTO A LAS PARTES Y EL CONTROL DE LEGALIDAD EN DOCUMENTOS "ACCESORIOS/PRINCIPALES", "SENCILLOS/COMPLEJOS" Y "TECNOLÓGICOS/NO TECNOLÓGICOS"

Venimos diciendo que todos los sistemas documentales, y por supuesto el español, funcionan de la misma manera: solo producen determinados efectos los documentos que cumplan determinados requisitos.

Venimos diciendo que en España, los requisitos y efectos de los documentos están sujetos a un estricto formalismo, pues todo está reglamentado hasta los más mínimos detalles.

Venimos diciendo que la legislación española que establece los requisitos y efectos de los documentos notariales es absolutamente imperativa, pues ni funcionarios ni particulares pueden disponer de ella en ningún caso y circunstancia.

Como quiera que esta legislación imperativa no puede ser violentada (orden público y fraude de ley) ni por la aplicación "directa" de

legislación extranjera, ni por la aplicación "indirecta" de esa legislación mediante la recepción de documentos hechos a su amparo, es muy importante aclarar cuáles son estos requisitos mínimos que han de cumplir todos los documentos que pretendan tener efectos en España, vengan de donde vengan.

Pero también hemos dicho que el primer problema que hay en esta materia es que no hay una única norma que con carácter general y sistemático regule los requisitos y efectos de los documentos, ni de los privados... ni de los públicos... Esta materia se halla dispersa en muy diferentes leyes y reglamentos de lo más variopinto: CC, LEC, LN, RN, LH, RH, Ley cambiaria y del cheque, de SA y SL, del Registro Civil, de consumidores, de defensa, sanitaria, administrativa, fiscal, y muchas otras normas menores, todo ello englobado en la amplia remisión del art. 1217 CC a la "legislación notarial".

Demasiadas normas y demasiado dispersas... Pero, en fin, la disciplina básica sobre la materia la encontramos en los Títulos III y IV (arts. 17 a 40) de la LN, de 28 de mayo de 1862, en el Título IV (arts. 143 a 300) RN, de 2 de junio de 1944, y en los arts. 662 a 743 CC, respecto de los testamentos, en los que se determina minuciosamente, entre otras muchas cosas, la competencia material, territorial y formal, cómo se ha de redactar el documento (desde las letras de cada línea, hasta las líneas que debe contener cada página), el idioma, la identificación, la capacidad, la exposición, el otorgamiento, la lectura, el consentimiento, la firma, las copias, cómo se conservan los documentos en el Protocolo, en el Libro Registro, en el Libro Indicador, etc. etc. etc.

Pero como el autor de estas líneas no pretende hacer un manual de Derecho Notarial (sinceramente tampoco puede), remitimos con gusto a los magníficos que existen en el mercado para el estudio de los "requisitos formales" que han de cumplir las escrituras españolas, no sin antes advertir que esta remisión no pretende minusvalorar estos requisitos, pues detrás de cada uno de ellos se encuentra una garantía para el ciudadano, cosa que sistemáticamente es olvidada por los operadores jurídicos, que imponen unas prisas inaceptables, pues solo ven obstáculos a su propio interés, olvidando que esa escritura puede surtir efectos para otras personas durante generaciones.

Reiteramos los requisitos básicos que todo documento notarial extranjero ha de cumplir para que se le reconozca eficacia en Es-

paña por superar los controles de orden público y fraude de ley según la Doctrina de la Equivalencia en la Seguridad Jurídica, son los detallados en la Res 11/6/99 (notario designado por la autoridad pública, lugar y fecha, identificación de las partes, juicio de capacidad aunque sea implícito, lectura, consentimiento y firma, más traducción, apostilla o legalización y negocio válido por algún punto de conexión).

Como decimos, remitimos a los manuales el estudio de los requisitos de la escritura, en todo, menos en dos requisitos de fondo que sí que vamos a tratar: el asesoramiento a las partes y el control de legalidad (este último entendido en un sentido estricto, pues si no, todo se puede entender como control de legalidad) y que en nuestra opinión han alcanzado tal grado de complejidad e importancia –incluso técnica– que hoy por hoy son los que justifican la existencia misma del Notariado, los que le dan tal valor añadido a la escritura que si desaparecieran arrastrarían en su desaparición al Notariado en sí. Y no es solo nuestra opinión... el catedrático de Derecho Procesal González-Cuéllar Serrano (revista *El Notario del Siglo xxi,* septiembre-octubre 2011) explica la evolución en el valor de la escritura y coloca este control de legalidad en el centro de la moderna concepción del Notariado: *"Desde hace siglos la escritura pública se enfoca desde el paradigma probatorio. Ahora, se enfoca la función notarial desde una perspectiva más amplia, en la que el control de legalidad que efectúa el Notario adquiere un protagonismo que... es la base de un nuevo paradigma, en el cual la escritura pública debe convertirse en el puente entre el contrato y su ejecución judicial inmediata".*

De todas maneras, antes de continuar, lo primero sería advertir que el asesoramiento a las partes y el control de legalidad están tan unidos que les ocurre como a la adjunción del art. 375 CC: "se pueden distinguir pero no se pueden separar", son dos aspectos del mismo fenómeno debido a esa tensión que existe en todo "lo notarial" entre aspectos que se orientan más al servicio de los particulares y aspectos que están más inclinados a los intereses generales. Por eso el primer asesoramiento a los particulares es evitar que incumplan las normas imperativas y prohibitivas, lo que llevaría fatalmente a la nulidad y la ineficacia, pues, en definitiva, el asesoramiento comienza por un estricto control de legalidad que puede llevarnos a negar la formalización del documento que inicialmente querían las partes.

Y una vez asesoradas las partes –incluido el primer control de legalidad–, resulta que el Estado exige al notario que siga controlando la legalidad española, no tanto pensando en los intereses de los particulares que le pagan, sino en otros intereses más generales, que van mucho más allá, extendiendo la actividad del notario como funcionario a otros aspectos que ya no pretenden servir al interés privado, sino al colectivo, y así, se le obliga a conservar los documentos para el Estado y para una pluralidad de interesados, particulares y entidades públicas, que no son los iniciales firmantes, informando de algunos aspectos del contenido del documento a muy distintos organismos de manera directa o indirecta: Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, Hacienda estatal, autonómica y municipal, Catastro, Fiscalías, Ministerio de Defensa, Sanidad, Policía, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro Civil, Registro de Últimas Voluntades, SEPBLAC, Inversiones Extranjeras, Sociedades Rectoras de Bolsas…

Ahora bien, como explica Miguel Ángel Campo Güerri (RJN núm. X/2010), el que sean requisitos obligatorios no implica que se tengan que prestar siempre de la misma manera y así se puede observar que el asesoramiento puede verse afectado por razones subjetivas del asesorado y objetivas derivadas del acto documentado, mientras que la forma en que se practica el control de legalidad solo depende de razones objetivas derivadas del negocio formalizado.

Evidentemente una persona sin conocimientos jurídicos necesita un asesoramiento más intenso y extenso que los que sí que los tienen. Así, en una escritura de compraventa entre dos hermanos, abogados en ejercicio, de fincas que han heredado de sus padres y cuya descripción y situación jurídica conocen de sobras, puede que estos renuncien a que se obtengan notas simples registrales para acreditar la inexistencia de cargas, o que no necesiten acreditarse entre sí los pagos por gastos de comunidad o por IBI, o que no quieran inscribir de momento en el Registro, lo que hace inútil la presentación telemática de la escritura. Nótese que hablamos de asesoramiento, no de control de legalidad, que es indisponible ni por los particulares ni por el notario.

Toda esta renuncia al asesoramiento es posible, pero en cualquier caso hay que llamar la atención sobre dos cosas: la primera es que el notario siempre ha de estar perfectamente preparado para cumplir su asesoramiento y lo que no puede es imponer él a nadie

una renuncia de derechos, sino que los únicos que pueden hacerlo son los particulares respecto de un derecho que se les ofrece: nadie puede renunciar a algo que no ha llegado a su círculo de disposición. Y la segunda cuestión es que el notario, no solo "puede", sino que "debe" rechazar renuncias al asesoramiento que no estén perfectamente justificadas, especialmente en contratantes "débiles" frente a grandes empresas profesionales del mercado.

Así pues, vemos que los aspectos "subjetivos" tienen una grandísima importancia en la forma y el contenido en que se ha de cumplir el asesoramiento, pero dada la concreta finalidad de estas líneas nos vamos a referir a otros límites "objetivos" que tienen el asesoramiento y el control de legalidad.

En efecto, resulta que "objetivamente" los documentos notariales son muy distintos entre sí, pues hay diferentes categorías de ellos y dentro de cada categoría también hay diferencias muy notables dependiendo del acto que se documente, todo lo cual supone que el asesoramiento y control que se ha de prestar en cada tipo de documento "objetiva y necesariamente" hayan de ser distintos según los casos. Veamos...

En un testimonio por exhibición no parece, en principio, que deba haber un control de legalidad muy extenso... pero... hay que tener gran cuidado en cuestiones muy importantes que pueden causar daños a terceros y posible responsabilidad del notario sobre cumplimientos de requisitos fiscales, vigilar que el contenido no sea delito (incluso obligando a traducir el documento), reflejando si las firmas y sellos son originales o no, haciendo constar si el documento reproducido es una simple fotocopia, o documentos que la Administración española habitualmente expide sin firmas (certificados de la Seguridad Social sobre "vida laboral"), etc. Igualmente un testimonio de una simple legitimación de firmas puede plantear problemas muy importantes, pues no en todos los documentos se pueden legitimar firmas y, con independencia de problemas fiscales y penales, hay que asesorar con mucho cuidado los fines pretendidos por las partes, ya que aunque se quiera que la legitimación sea solo para el extranjero, los problemas no se terminan ahí, y como nos explica Paz-Ares, el "CRIDON de París" (Organismo que en Francia resuelve consultas de Derecho privado y notarial) no ha admitido la validez de un poder para la donación de inmueble francés, hecha en documento privado con firma legitimada por notario español, por más

que este había actuado correctamente –en Derecho español, no en el galo– autorizando el acta complementaria del art. 207 RN...

Respecto de las pólizas, normalmente no se suelen plantear grandes problemas fiscales por el gran número de exenciones existentes en operaciones sujetas a IVA y no sujetas ni a ITP ni a AJD... Insistimos en el término "normalmente", pues en determinados supuestos sí que se plantean problemas complejísimos, como el muy actual de la tributación de cierto tipo de fianzas formalizadas en póliza, tal y como explican con su habitual claridad los notarios Jorge Díaz Cadórniga, Vicente Martorell García y Joaquín Zejalbo Martín. Por otro lado, el asesoramiento y el control de legalidad ha de ser meticuloso en gran número de pólizas que ponen en juego –a diario– gran parte de nuestro Derecho civil, mercantil y societario, en especial la autocontratación, la múltiple representación y la calificación de poderes complejísimos expresados con lenguaje y fórmulas bancarias que parecen destinadas más a confundir que aclarar, por no hablar de modernas variedades contractuales cuyo nombre ya da una idea de su complicación: *"leasing, renting, factoring, confirming…"*. Nótese que ya no solo nos estamos refiriendo a la importancia "económica" de determinadas pólizas (que también), sino que, especialmente en estas épocas de crisis, cada vez son más frecuentes fianzas y superposición de garantías prestadas por muy diferentes personas y sociedades, mezcladas con derechos reales pignoraticios sobre una gran variedad de bienes como créditos, depósitos, acciones, fondos, obligaciones, con pactos de recompra de obligaciones preferentes y suscripción de acciones, cesión de créditos, etc., con el problema añadido de que como no se inscriben ¡el único control de legalidad que existe es el notarial!

Pero, en fin, sin menospreciar el asesoramiento y control que es necesario prestar en las variedades documentales que acabamos de expresar, dada la finalidad concreta de estas líneas nos vamos a referir especialmente a los actos notariales más típicos y frecuentes en su circulación internacional: actas y escrituras. Y para ello vamos a ver que es imprescindible combinar tres binomios de documentos (por abreviar no decimos que son documentos que recogen actos de ese carácter): "accesorios y principales", "sencillos y complejos" y "tecnológicos y no tecnológicos", pues depende de la proporción que de ellos se recojan en cada documento notarial para que **el asesoramiento y el control tenga uno u otro grado: menor en los**

accesorios y sencillos y no tecnológicos, y máximo en los "o" principales, "o" complejos, "o" tecnológicos.

Es bien curioso que estando más que asentada en la doctrina estas distinciones desde hace muchos años, sin embargo no se tengan en cuenta cuando se trata de los documentos notariales, sin reparar en que si se quiere llegar a respuestas mínimamente coherentes en esta materia lo primero es determinar lo más afinadamente posible qué proporción encontramos en cada documento de cada uno de esos binomios.

En efecto, hay documentos que son accesorios respecto de otro principal, en los que el control de legalidad que debe prestar el notario es menos "extenso" que el de escrituras que documentan los principales. Nótese bien que no quiere decir que sea descuidado o de poca calidad, antes al contrario, ha de ser igual de riguroso que el que se presta en todo documento y lo único que ocurre es que en los actos accesorios el control es menos "extenso", se refiere a muchas menos cuestiones no porque el notario haga dejación de sus funciones, sino simplemente porque su objeto es mucho más acotado e implica a un número menor de leyes. Ahora bien, el "grado de intensidad" con el que se ha de prestar el asesoramiento notarial no depende propiamente de que el acto sea principal o accesorio, sino de que sea sencillo o complejo, pues un acta, un poder o un testamento pueden exigir –en determinados supuestos– un asesoramiento mucho mayor que una compraventa de una pequeña finca rústica. Intentaremos explicarnos con algunos ejemplos…

Si nos fijamos en **un acta como documento accesorio** relativo a hechos, estamos seguros que ningún notario se tomará a broma su práctica, pero lo cierto es que **el control de legalidad es menos "extenso"**, es más limitado, porque (con las excepciones que están en la mente de todos) solo tienen por objeto la fijación de hechos y no la declaración de derechos y por eso hasta en la legislación notarial se relajan los requisitos exigidos en su formalización: no es necesario, en general, que el notario afirme la capacidad y legitimación del requirente, sino que basta apreciar un interés legítimo (art. 198.1.1.º RN); tampoco es necesaria la unidad de acto (art. 198.1.3.º RN); incluso tampoco es imprescindible que se firmen por el requirente (art. 198.1.8.º RN). Por su propia naturaleza, no plantean problemas sobre el efecto traditorio, o el efecto ejecutivo, de inversiones extranjeras, fiscales (salvo algún caso de inmatri-

culación o exceso de cabida), de blanqueo de capitales (salvo las de titularidad real), relaciones con el Catastro (salvo de inmatriculación o exceso), etc., etc., etc., ya que todo ello son cuestiones que solo se plantean respecto de determinados actos principales.

Ahora bien, venimos diciendo que la **"intensidad del asesoramiento" depende de otras circunstancias, de la sencillez o complejidad del caso**, pues existen actas complejísimas en las que se exige un asesoramiento meticuloso, tal y como se acredita con un simple vistazo a las Resoluciones de la DGRN del Sistema Notarial y a innumerables artículos doctrinales, que atestiguan la gran complejidad que se oculta tras su aparente sencillez: en materia de Juntas de sociedades conflictivas, de entradas a domicilios, de actos presididos por autoridades, de posibles invasiones de la intimidad de personas, de manifestaciones con tintes de tragedia griega edípica, de materia electrónica y páginas Web... En todos estos casos, entre lo que pretenden los particulares y lo que finalmente el notario puede y debe hacer, se interpone el asesoramiento y el control, que en ocasiones obligará a denegar la autorización del acta o a plantearla de manera radicalmente distinta a lo que inicialmente se pretendía.

Y lo mismo ocurre con las escrituras que documentan **actos accesorios de puro consentimiento como poderes, ratificaciones, testamentos y capitulaciones**, que se refieren a otros actos principales (de puro consentimiento, como un reconocimiento de deuda, o de transmisión de propiedad, como compraventa o partición hereditaria, o societarios, como constitución de una SL o de celebración de un matrimonio). En todos estos casos ocurre como en las actas, ya que **el control de legalidad no es tan "extenso"** como en los actos principales –que ni siquiera se sabe si llegarán a realizarse, entre otras razones porque poderes y testamentos son revocables–, puesto que no están mezcladas cuestiones de efectos ejecutivos, traditorios, de blanqueo, de inversiones, de Defensa, etc. Será el notario autorizante de estos futuros actos principales el que, en su momento, deberá poner en juego un control de legalidad que se extienda no solo a cuestiones de consentimiento (que también), sino a todos estos otros aspectos que ahora ya no se pueden posponer: fiscales, administrativos, sustantivos, procesales, de inversiones, de Defensa, de Catastro... Será en este acto principal cuando se deberá acreditar el estado de cargas, la descripción

actualizada de fincas según Catastro, la notificación del acto a diferentes autoridades, etc.

Si una persona desea vender una propiedad inmueble suya y cobrar un precio mínimo determinado sin pagar ningún gasto por la operación y sabe que no podrá estar presente en el momento de formalizar la transmisión, todos le recomendaríamos que otorgara un "poder" para ello. Y aun siendo conscientes de que el diablo está en los detalles, en una gran mayoría de casos, lo que debería preocuparle sería encontrar una persona de su absoluta confianza que se encargue de cobrar y entregarle el dinero. Este sería un caso de documento accesorio y sencillo, en el que el notario deberá obtener la plena certeza de que la persona seleccionada como apoderada reúne las condiciones requeridas por el poderdante... y poco más... ya que el resto será misión del notario que autorice el documento de venta –si se llega autorizar– que, en la persona del apoderado, cumplirá el resto de asesoramientos y controles que exija la legislación aplicable. Lo mismo ocurre en la formalización de un poder de pleitos, en la que prácticamente solo hay que tener en cuenta (aparte de los requisitos generales de todo documento notarial) el elegir bien al abogado que nos represente…

Pero al igual que en las actas, **la intensidad en el asesoramiento no depende de la anterior circunstancia, sino de que el supuesto sea "sencillo o complejo"**. Por supuesto que hay poderes complejísimos, como serían todos los "preventivos de incapacidad" con mezcla de graves cuestiones de derecho de familia, los otorgados por un Banco que se van a utilizar e interpretar por miles de personas distintas o, en general, cualquier poder en el que el otorgante pretenda concretar tanto la actuación del apoderado que obliga a diseñar prácticamente hasta en los más mínimos detalles el futuro acto principal, lo que implica un asesoramiento casi de igual intensidad que en este.

Respecto de los testamentos es evidente que hay supuestos sencillos desde el mismo momento en que un particular puede hacer testamento ológrafo por sí solo, o en destacamento militar ante un subalterno y dos testigos (art. 716 CC), o en peligro de muerte inminente por combate o naufragio, en que bastan dos testigos (art. 720 y 731 CC). En todos estos casos no se nos ocurre que el testador pida asesoramiento al subalterno o los testigos, mientras caen bombas o están asidos a una tabla en mitad del mar, sobre las ventajas

e inconvenientes de la sustitución fideicomisaria de residuo... No, en estos casos lo único que tiene que quedar claro es quiénes son los familiares del testador y su voluntad de nombrar a un heredero, aunque se llame "Pacicos"…

Lógicamente en otros testamentos las complicaciones pueden llegar a ser extraordinarias (pensamos en los de Salvador Dalí, Rafael Alberti, Camilo José Cela o cualquier otro de enfermos graves o con sustituciones fideicomisarias, pupilares o ejemplares, fundaciones, reconocimiento de hijos, desheredaciones, disposiciones sobre la colación, etc. etc. etc.), en los que es necesario poner en juego prácticamente todo el Derecho privado y tributario. Puede que en el testamento no sea imprescindible pedir una nota simple para ver la situación de cargas de una finca, ni notificar al Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales, pero desde luego que asesorar sobre los problemas que plantea una herencia futura en la que participará un incapaz, o en la que un empresario pretende atar el mantenimiento de la empresa familiar sin defraudar las legítimas, supone un asesoramiento que solo se puede prestar después de estudiar buena parte del ordenamiento jurídico español y las características personales y familiares implicadas en el supuesto hasta el punto de que se puede convertir en uno de los documentos más importantes y complejos que autorice un notario.

También en este apartado incluimos a las capitulaciones matrimoniales, que son convenios estrictamente formales, ex art. 1327 CC, ya que siempre deben constar en escritura pública. Ahora bien, son un caso muy especial, ya que son accesorias de otro negocio principal (el matrimonio) y sin embargo entendemos que nuestro CC autoriza expresamente que se acojan a la forma dictada por la legislación extranjera si es esta la que rige la celebración del matrimonio y no por aplicación del art. 9.3 CC, que solo se refiere a la validez del negocio y no a la del documento. En efecto, los arts. 49 y 50 CC permiten que los españoles (fuera de España) y los extranjeros (dentro y fuera de España) contraigan el matrimonio en la forma del país extranjero, con lo que se está admitiendo que cuestión tan íntimamente relacionada con el matrimonio como el régimen matrimonial se pacte en capitulaciones según la forma del país en el que se ha contraído matrimonio. Y aquí ocurre lo mismo que en los otros supuestos a los que nos estamos refiriendo, pues es evidente que las capitulaciones pueden ser complejísimas (basta pensar en

los múltiples pactos que pueden recoger en Aragón, Navarra, Cataluña, etc. sobre donaciones, heredamientos, aportaciones, reglas de administración…). Ahora bien, las capitulaciones matrimoniales pueden constituir un supuesto sencillo si los cónyuges se limitan a elegir entre un régimen matrimonial de comunidad o separación sin adornarlo con otros pactos.

Y avanzando más hemos de llamar la atención sobre un aspecto puramente formal y accesorio que rodea a estos requisitos, pero que a la postre se ha convertido en algo tan importante como los requisitos en sí, vaya, en un nuevo requisito con sustantividad propia: se trata de **los elementos tecnológicos con los que se han de llevar a la práctica el asesoramiento y el control de legalidad y que integrarían el último binomio de "actos tecnológicos y no tecnológicos".**

En efecto, en la actividad notarial del siglo XXI ha ocurrido lo mismo que con el resto de la actividad económica, social y jurídica, en la que hoy en día se transmite la información de manera, más que rápida, "instantánea", mediante una serie de conexiones telemáticas con firma electrónica, y en muchos casos, eliminando completamente hasta el soporte papel, en el que tradicionalmente se cumplía el asesoramiento y el control. Por supuesto que la actividad notarial cada día se convierte en más compleja por el gran número de leyes y orientaciones jurisprudenciales a las que hay que atender, pero es que además, todo se desarrolla mediante unos **elementos tecnológicos que eran absolutamente inimaginables cuando se dictó la Ley Hipotecaria de 1861, la Notarial de 1862, la LEC de 1881 y el CC de 1889. En aquella época ¡ni existía el telégrafo (comenzaba a balbucear), ni la radio, ni el teléfono ni la televisión, y eran inimaginables los ordenadores, internet, las conexiones telemáticas y la firma electrónica!**

Hoy en día, cualquier persona puede ir a una de las 3.000 Notarías españolas a pedir copias de documentos; al Catastro a obtener certificaciones o hacer cambios de titular; puede ir a un Ayuntamiento o a la Recaudación Ejecutiva y comprobar las deudas de IBI de un inmueble; al Registro de la Propiedad a pedir notas simples y a presentar sus escrituras para reforzar la garantía de sus derechos; al Registro de Últimas Voluntades para ver cuál es el último testamento de una persona; al Registro de Seguros a comprobar si su causante dejó alguno pendiente de cobro; al Registro Mercantil

Central a obtener denominaciones sociales; al Registro Mercantil a comprobar la inscripción y administradores de una SA o SL, a inscribir una SL o un cambio de administrador; a la AEAT para obtener un CIF; debe ir al Juzgado o a la Fiscalía a denunciar cualquier delito que conozca; debe liquidar sus impuestos estatales, autonómicos o locales; debe informar de cualquier operación que conozca de blanqueo de capitales, etc. etc. etc.

Pues bien, algunas de las anteriores actividades son optativas para el particular, pero todas ellas han de ser ofrecidas por el notario a sus clientes –y muchas ejecutadas directamente sin más: índices, notificaciones al SEPBLAC, etc., y además de manera rápida y perentoria– mediante números especiales de fax o la correspondiente conexión telemática con firma electrónica notarial. Insistimos en que hoy por hoy la profesión notarial no se puede ejercitar sin números de teléfonos especiales, servidores, conexiones, tarjetas, códigos, firmas electrónicas del notario y sus empleados, tan imprescindibles como el papel y el bolígrafo. Para el notario no es optativo el contar con estos elementos técnicos, pues sin ellos no puede ejercer su profesión, y su no uso, o su uso inadecuado, puede acarrearle todo tipo de responsabilidad: disciplinaria, civil y penal.

Para ser un buen notario español no basta con aplicarse al estudio y al trabajo, intentando estar al día de las novedades jurídicas incesantes; no basta con prestar un asesoramiento a las partes impecable, ni basta ejercer un riguroso control de legalidad, sino que es necesario hacerlo específicamente con los elementos técnicos electrónicos, telefónicos, etc., de que disponemos. Nos corregimos: no es que el notario sea "mejor o peor", sino que, sencillamente, no puede ejercer la profesión sin pedir notas simples con un fax especial, sin presentar telemáticamente escrituras al Registro de la Propiedad, sin obtener certificaciones catastrales, sin hacer cambios de titulares catastrales, sin obtener certificados de deudas de IBI, sin enviar índices electrónicos, y por tanto, sin notificar a la Hacienda estatal, autonómica y local los actos sujetos a liquidación, sin constituir SL telemática y obtener su CIF, sin recibir y mandar a otros notarios solicitudes de copias o requerimientos (no se puede negar, no puede apagar su ordenador), sin notificar al OCP operaciones de blanqueo, sin enviar al Registro de Últimas Voluntades partes de testamentos y obtener de los mismos certificados de los existentes, sin mandar partes de iniciación de actas de declaración de herede-

ros abintestato, sin obtener del Registro de Seguros certificados de los eventualmente pendientes de cobro, etc. etc. etc.

Ahora bien, en este aspecto tecnológico ocurre lo mismo que con los otros binomios "accesorios/principales" y "sencillos/complejos", que no todos los documentos notariales requieren el mismo grado de utilización de estos elementos para prestar el asesoramiento y el control, ya que todo ello depende del tipo de documento y, dentro de cada tipo, del acto concreto que se formalice.

Y concretándonos a las escrituras y actas como más frecuentes e importantes en la circulación internacional de documentos, vemos que todas ellas requieren un mínimo de complejidad técnica electrónica, pues a todos los comparecientes se les ha de escanear sus documentos de identidad para guardar un testimonio en una base de datos especial, lo mismo que a sus poderes y, luego, todo documento ha de ser reflejado en el índice único electrónico, que cada 15 días se envía al respectivo Colegio Notarial.

Pero fuera de este mínimo, las diferencias en la utilización de los elementos tecnológicos son muy importantes. Si tomamos como ejemplo un poder para hacer una venta "en las mejores condiciones posibles" vemos que al ser un acto accesorio el control de legalidad no es muy "extenso", que al ser un supuesto "sencillo" el asesoramiento no es muy "intenso" y al no requerir gran aparataje de elementos electrónicos se podría calificar como de "no tecnológico". En un testamento en el que se pretendiera organizar una sucesión en la que intervendrán incapaces, con sustituciones ejemplares, con legados con carga o modo, constitución de fundaciones, desheredaciones, rentas vitalicias, etc., vemos que al ser un acto accesorio el control no es "extenso", ya que se refiere "solo" (que ya es decir) al derecho sustantivo y fiscal (sin mezclar legislación de Catastro, Registro, Inversiones, Defensa, Costas, etc.), pero al ser un acto complejo el asesoramiento es muy "intenso", mientras que al no requerir grandes elementos electrónicos se podría calificar como "no tecnológico". Por último, en una compraventa entre españoles de una finca rústica inmatriculada, catastrada y delimitada, al ser un acto principal el control es "extenso", ya que se refiere a aspectos sustantivos, fiscales, catastrales, registrales, de control de pagos, de blanqueo, etc.; sin embargo, el asesoramiento puede que no sea demasiado "intenso" dependiendo de las circunstancias, pero desde luego que requiere gran número de elementos técnicos para acredi-

tar la situación de cargas, presentación al Registro, deudas de IBI, cambio de Catastro, notificaciones sobre impuestos estatales, autonómicos y locales, notificaciones sobre blanqueo, etc., de manera que podríamos catalogarlo de "tecnológico".

Llegados a este punto tenemos que reconocer que esta distinción entre escrituras y actas autorizadas por notario español "accesorias y principales", "sencillas y complejas" y "tecnológicas y no tecnológicas", cuando solo están destinadas a surtir efectos en España, tiene una utilidad más que dudosa, puesto que solo sirve a efectos expositivos para recalcar que el asesoramiento y el control no siempre es igual en todos los documentos, pero en definitiva, al notario español –y a sus clientes– poco importan estas distinciones, ya que, por imperativo legal, aquel está obligado a prestar a estos todo el asesoramiento y el control que sea necesario, con todos los medios técnicos que sean precisos según las circunstancias, por más que le cueste al fedatario largas horas de dedicación y estudio. En Derecho interno español el notario no puede denegar su ministerio por incómodo que le sea, ex art. 2 LN.

Ahora bien, si insistimos en estos tres binomios es porque cobran relevancia cuando se trata de documentos notariales españoles que se pretende que tengan eficacia en el extranjero (y por lo mismo, cuando los documentos de notarios extranjeros pretendan tener eficacia en España), puesto que la situación es radicalmente distinta, dado que el notario español no está obligado a conocer el Derecho extranjero y carece de elementos tecnológicos "extranjeros" con los que prestar su asesoramiento y control. En estos casos sí que hay que distinguir perfectamente entre lo que notarialmente se "puede" y lo que se "debe" hacer para el exterior. Lo veremos en otro apartado.

13. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE QUE SEGÚN LA DOCTRINA, EL TS Y EL TC, EL VERDADERO CONSENTIMIENTO INFORMADO NO SE PUEDE PRESTAR SI NO VA PRECEDIDO DE UNA EXTENSA E INTENSA INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO JURÍDICO... MENOS MAL QUE DE UNA MALA ESCRITURA O DE UNA PÉSIMA RESOLUCIÓN O SENTENCIA NO SE MUERE NADIE...

La *doctrina* ha dicho:

"La forma en que la libertad y el principio de autonomía se han

abierto paso en este contexto ha sido a través de la institución del consentimiento informado... La información deviene esencial, pues sin ella no hay respeto a la dignidad del *cliente*.

Tanto el consentimiento como la información pasan a tener entonces una determinación jurídica…

De entrada existen dos formas fundamentales de entender el consentimiento desde el punto de vista jurídico: como un derecho del *cliente* o como un deber más del *notario* para con el *cliente*. Pero realmente estamos ante dos caras de la misma moneda.

Y ello es así porque lo relevante en un litigio en el que el principal elemento de discusión sea el consentimiento informado no es ya la autonomía de su persona, elemento básico desde un punto de vista doctrinal, sino, en primer lugar, la negligencia por no informar…

Con ese panorama así esbozado nos llega la STC 37/2011, de la que es ponente la magistrada Elisa Pérez Vera... y añade en su fundamento quinto que «podemos avanzar que el consentimiento del *cliente* (…) se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al *cliente*, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente... escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados»...

Continúa la Sentencia manifestando que «para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los *actos notariales* que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el *cliente* cuente con la *información jurídica* adecuada... pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los *documentos...* De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la *actuación notarial*»...

Y concluye que «la información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado,

puede ser considerada pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del *cliente*»...

La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, cuando se refiere al deber/derecho a la información del *cliente* lo fundamenta en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); así como en la dignidad de la persona y en el libre ejercicio de la personalidad, consagrados por el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social. Y en concreto, deduce del art. 1.1 CE el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

Quizás el estado jurisprudencial en esta materia lo resume, magníficamente, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2011, ponente José Antonio Seijas Quintana.

Afirma que «la falta de información implica una mala *praxis notarial* que no sólo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el *cliente* pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que... es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisan las Sentencias de 2 de julio de 2002 y 10 de mayo 2006. La actuación decisoria pertenece al *cliente...* y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses»...

Siguiendo ese precedente, y de acuerdo con la conceptuación que del derecho al consentimiento informado hace la sentencia 37/2011, de 28 de marzo, estaríamos realmente ante un derecho constitucionalizado... Siendo así, el ámbito de protección del consentimiento informado es el más alto posible, permitiendo acudir incluso al Tribunal Constitucional lo que abre vías alternativas para el justiciable...".

Fin de la cita doctrinal...

Recapitulemos... Vulgarmente todos admitimos (por pereza intelectual más que por otra cosa) una metonimia, un tomar la parte por el todo, cuando decimos que determinadas personas "han firmado la

escritura", cuando en realidad deberíamos decir que "han consentido la escritura" manifestando ese consentimiento mediante su firma personal estampada en el documento.

Es más, ese consentimiento es un "consentimiento cualificado", pues no vale el prestado de cualquier manera, sino que ha de reunir unas características muy especiales, pues ha de ser prestado tras una información y un asesoramiento dado a nuestros clientes, para que puedan saber las opciones que tienen, sus consecuencias y costes, para que finalmente pueda elegir –de una manera fundada– lo que más le conviene, incluso no realizar ningún documento como comprobamos todos los días en nuestros despachos.

En otras palabras, este "consentimiento informado" es exactamente lo contrario de lo que a diario vemos en los medios de comunicación sobre la compra de participaciones en fondos que negocian en sellos (Forum, Afinsa), productos derivados sobre hipotecas basura estadounidenses, participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, cuotas participativas, pagarés de empresa (Nueva Rumasa), etc. etc. etc. En todos estos casos los perjudicados habían "firmado" –se les había recogido la firma– pero realmente no habían prestado un "consentimiento informado".

Nuestro art. 17 bis.2.a) LN no deja duda sobre que ante el notario español hay que prestar un "consentimiento informado" y no una simple firma: *"el notario deberá dar fe... 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".*

Desde este punto de vista no podemos estar más de acuerdo con la doctrina, el TC y el TS que acabamos de transcribir cuando hacen una ligazón inseparable entre "información/asesoramiento" y "consentimiento informado", pues lo que es deber para el notario es un derecho para nuestros clientes y sin el uno no puede existir el otro.

Y llegados a este punto descubrimos ante el lector (si alguno queda) el pequeño juego que hemos hecho. Veamos:

Lo que hemos llamado "doctrina" es en realidad un clarificador artículo de Eugenio Moure González publicado en *Diario La Ley* núm. 7912, de 30/7/12, al que pedimos excusas por esta recreación de su obra.

El "consentimiento informado" al que se refiere el artículo no es el de los documentos notariales españoles, sino el relativo a los tratamientos médicos y por eso el artículo se llama: "El consentimiento

informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de Marzo".

La transcripción se entiende perfectamente simplemente con cambiar las palabras que hemos escrito con cursivas: cliente por paciente; notario por médico; actos notariales por actos médicos; información jurídica por información médica; documentos por tratamientos; actuación notarial por actuación médica; praxis notarial por praxis médica.

Y es que en nuestra opinión no puede haber una similitud más estrecha que la que hay entre el consentimiento informado para "actos médicos" y el consentimiento informado para "actos notariales", pues en ambos casos se trata de que el "paciente enfermo" y el "cliente notarial" reciba una "información/asesoramiento" completo para que enterado de las opciones que tiene, con sus costes y riesgos, elija lo que más le conviene, incluso no someterse a ningún tratamiento o no hacer ningún documento.

Y el responsable de asegurarse de que el paciente/cliente ha recibido la información adecuada es, lógicamente, el jefe de la cadena de mando: el médico/cirujano y el notario. En efecto, si hay algo que sale mal en el acto médico, de nada valdrá que se alegue que una "empleada administrativa" había recogido la firma del paciente en un documento de consentimiento, pues eso no librará de responsabilidad al médico, que tiene el poder decisorio sobre el tratamiento. Y por lo mismo, el jefe de la oficina notarial, el notario, no se librará de responsabilidad ante una mala praxis profesional con la alegación de que tiene unos empleados muy competentes: el único responsable de lo que ocurra en su Notaría será él mismo sin delegación posible.

Y aquí empiezan los problemas, pues lo mismo que un cirujano no puede delegar en un auxiliar administrativo la explicación de los riesgos que tiene realizar un bypass coronario o un trasplante de pulmón, un notario extranjero no puede asesorar en legislación "española" respecto de actos principales, complejos y tecnológicos por la sencilla razón de que no está preparado para ello, por eso el Estado español delega su poder de asesoramiento no en cualquier jurista, sino en una clase especial de ellos a los que somete a una férrea disciplina haciéndolos funcionarios bajo su control.

En efecto, los notarios extranjeros (entiéndase bien la licencia literaria) son unos auténticos analfabetos jurídicos...

en Derecho español... lo mismo que los notarios españoles son analfabetos jurídicos en Derecho extranjero. No solo no aprobarían las oposiciones a notario español... es que no aprobarían ni la carrera de Derecho…

Y este analfabetismo jurídico incluso comprende a aquellos notarios que se han especializado en Derecho extranjero y son auténticos especialistas en la materia, pues como ocurre en otras muchas profesiones, la complejidad tecnológica actual en la forma en que se presta nuestra función hace que el que no está conectado a las redes notariales y jurídicas del país con las debidas tarjetas, claves, etc., es imposible que preste con un mínimo de garantías un servicio notarial digno de ese nombre.

Con unos pequeños ejemplos esperamos aclarar la cuestión. Imaginemos un supuesto sencillo de una partición de herencia con una viuda y varios hijos, en el que parecería que con adjudicar todos los bienes una mitad a la viuda y la otra mitad a los hijos no se necesitarían especiales consejos del notario extranjero... sin embargo, depende como se haga la adjudicación de la vivienda habitual en la liquidación del régimen de comunidad, se puede perder la desgravación prevista solo para quien la "herede". En otras ocasiones puede que lo mejor es que renuncien los herederos y se llame a los sustitutos vulgares o se abra la sucesión intestada con menor carga fiscal... o aconsejar una extinción de comunidad antes que una compraventa... o, ¿saben los notarios extranjeros que según nuestro TS una escritura sin precio real no vale ni como compraventa ni como donación?... ¿y la obtención de notas simples... y la presentación telemática de escrituras con tarjeta y clave notarial?

Se nos dirá que no siempre las escrituras presentan un grado de complejidad elevado... puede ser... pero, ¿quién ha de juzgar ese grado de complejidad?, ¿el que en caso de tal complejidad no sabría cómo actuar? Por favor, seamos serios... es como si ante el hecho innegable de que hay más catarros, anginas y gripes que cánceres de pulmón y de colon, se pusieran al frente de todos los centros médicos españoles a auxiliares de enfermería, en el bien entendido de que si ven algo raro ya llamarán al médico... ¿cuántos cánceres se les pasarían? Y por la misma razón, dado que se caen muy pocas casas en España también se podría decir que para construir casas de solo dos alturas bastaría que lo hicieran directamente los albañiles, que en caso de dificultad ya pedirían el auxilio de algún arquitec-

to... Nótese que (con independencia de que todas las profesiones sean dignísimas), como muchos cánceres son de evolución lenta e insidiosa y como las casas tampoco se caen de un día para otro, los ahorros en médicos y arquitectos serían inicialmente espectaculares, pero ¿qué ocurriría dentro de unos años cuando las estadísticas de patologías graves y ruinas de edificios se dispararan?, ¿quién se haría cargo del desastre?

Y este es el punto al que queríamos llegar, pues, finalmente, sí que hay una diferencia (¡solo una pero muy importante!) entre la información necesaria para un tratamiento médico y el asesoramiento jurídico para el otorgamiento de una escritura: ¡de las escrituras no se muere nadie! En otras palabras, de una mala escritura extranjera sin asesoramiento en Derecho español, de una pésima sentencia o resolución, o de un artículo confuso como el presente, nadie se muere... menos mal, porque si no nuestras estadísticas de fallecidos asombrarían al mundo…

Afortunadamente gracias a Moure González acabamos de descubrir que nuestro TS (no hemos leído la STS 19/6/12) y nuestro TC han llegado al convencimiento de que sin información y asesoramiento previo y adecuado no es posible obtener un consentimiento informado para los tratamientos médicos y estamos seguros que cuando tengan que decidir sobre el asesoramiento notarial previo al consentimiento informado de los documentos notariales (el TC más pronto que tarde se tendrá que pronunciar) aplicarán los mismos criterios, pues lo contrario sería abrir la puerta al analfabetismo jurídico en nuestro país, cosa que estamos seguros que nadie (mejor: casi nadie) desea…

14. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LO QUE "PUEDE" Y LO QUE "DEBE" HACER UN NOTARIO. LOS DOCUMENTOS NOTARIALES UNIVERSALES Y EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Hoy por hoy, un notario español (y por lo mismo, un notario extranjero), si autoriza documentos que pretendan tener eficacia en otro país ha de pensarse muy mucho "qué tipo de acto y de documento" va a formalizar, pues la cuestión ya no es el grado de conocimiento y estudio que pueda acreditar del Derecho extranjero, sino que "además" ha de tener una serie de elementos técnicos que ha-

gan viable el asesoramiento y control de esas legislaciones al mismo nivel que el notario del país al que envía el documento. Más directo: si un notario español que sea un experto en el Derecho austríaco –pero que carezca de los elementos tecnológicos que tienen los notarios austríacos para asesorar y controlar su legislación– se empeñara en autorizar documentos en los que el juego de esos elementos técnicos fuera esencial, no solo sería un mal notario austríaco, sino que sería un pésimo notario español absolutamente contrario a la prudencia jurídica que debe regir todas sus actuaciones (este criterio de *"elegantia iuris"* fue alegado por Julio BURDIEL HERNÁNDEZ y aceptado en la Res 3/3/93). Teóricamente el notario español "podría" autorizar ese documento... pero no "debería" hacerlo, pues ya adelantamos que la cuestión de fondo es que previamente se ha de ir a una aproximación de sistemas jurídicos y tecnológicos... Lo iremos viendo…

Insistimos en que un notario como poder puede hacer muchas cosas, pero solo debería hacer aquellas en las que su documento pueda producir en el país de recepción el mismo nivel de seguridad jurídica que los documentos allí realizados. Y no solo por cuestiones éticas, sino por razones estrictamente jurídicas, pues si su actuación aparenta cumplir el asesoramiento a las partes y el control de legalidad de la legislación extranjera y no fuera cierto, y si aparenta prestar un servicio notarial para el que no está capacitado, la escritura sería civilmente nula y su autor incurriría en grave responsabilidad.

Cierto que el asesoramiento y control en legislación extranjera puede tener diferentes grados, pues es cuestión subjetiva que dependerá de los conocimientos que de ella tenga el notario autorizante. Por decirlo más claro: los conocimientos acreditados por Inmaculada ESPIÑEIRA SOTO o Jorge LÓPEZ NAVARRO sobre cuestiones internacionales sobrepasan con mucho a los de la media de sus colegas notariales…, pero antes de embarcarse en aventuras de dudoso resultado, cada notario deberá preguntarse si su documento produce el mismo nivel de seguridad que los del país de recepción y deberá hacer examen de conciencia sobre que no se trata de copiar un frío formulario para formalizar un testamento inglés con un *trust*, un testamento mancomunado alemán o una herencia francesa con atribución universal al cónyuge supérstite sin intervención de los hijos legitimarios. No. Se trata de tener bien presente que, si llega el caso, ante una reclamación por asesoramiento defectuoso,

ha de poder superar un examen judicial a sus conocimientos de la ley extranjera. Este límite –que fácilmente superarían los dos que acabamos de citar– es variable, y cada uno debe ponérselo según sus capacidades teniendo en cuenta que para el notario español no es obligatorio el conocimiento del Derecho extranjero (Res 2/8/11 y 28/7/11, y arts. 168.4.º RN y 36 RH).

Con este planteamiento un notario para el exterior solo debería hacer documentos que cumplan simultáneamente las tres condiciones de ser "accesorios y sencillos y no tecnológicos", como poderes, ratificaciones, actas, testamentos y capitulaciones que presenten esas características, entendiendo como "sencillo" el que lo sea para el autorizante según el grado de conocimiento que tenga de la legislación extranjera. Este tipo de documentos se pueden denominar **"documentos notariales universales"**.

Y cuando se vea en la tesitura de tener que autorizar un documento "o principal, o complejo, o tecnológico" que no se pueda diferir, debería cumplir un **triple requisito**:

A) Deberá **advertir** expresamente que dado el tipo de documento de que se trata no puede asesorar a las partes y controlar la legislación extranjera (incluso por razones tecnológicas) con la misma intensidad y extensión que lo haría un notario del país de recepción.

B) Deberá **condicionar** la eficacia que pueda tener su documento en el país de recepción al cumplimiento de los requisitos que eventualmente imponga aquella legislación, otorgándose ante el notario y/o funcionario competente los documentos complementarios que sean necesarios.

C) Deberá autorizar un **poder** (recíproco entre los comparecientes o a favor de quien digan) a fin de que ante los notarios y/o funcionarios competentes del país de recepción se otorguen cuantos documentos sean necesarios para el cumplimiento de aquella legislación para obtener la plena eficacia de lo pactado en el documento.

Esta diferencia entre documentos notariales universales y los que no lo son, es algo que de manera más o menos explícita (cierto que con argumentos de lo más variopinto) está presente en la DGRN y el TS, que desde antiguo vienen admitiendo la recepción en España de poderes, testamentos, actas y capitulaciones extranjeras, incluidas las de declaraciones notariales de herederos francesas e italianas (no las hechas ante alcaldes franceses y tampoco las sustitutivas

italianas por simple manifestación del interesado), el *"Erbschein"* alemán y la *"Probate"* inglesa, mientras que nunca han admitido la inscripción directa en nuestros Registros de documentos principales, complejos y tecnológicos como las escrituras extranjeras de transmisión de propiedad inmueble española.

Expondremos las Res y Sentencias más relevantes siguiendo el relato que de ellas se hace en la revista *La Notaría* de 2009 sobre extranjería, en concreto el tomo III, a cargo del coordinador J. M. Fugardo Estivill y Eva M.ª Corbal San Adrián y Jesús Gómez Taboada.

En efecto, la DGRN admite la recepción de poderes extranjeros (siempre que superen el control de requisitos mínimos de la Doctrina de Equivalencia en la Seguridad Jurídica) en las Res 11/6/99, 21/4/03, 4/7/05 y 29/5/06. Sin embargo, nunca ha admitido la inscripción en España de escrituras extranjeras de transferencia inmobiliaria hispana en sus Res de 4/1/93, 15/3/00, 15/6/00, 7/2/05, 20/5/05, 28/1/06 y 22/2/12; como también se denegaron –por incumplir el Derecho español– las inscripciones de una "hipoteca provisoria" ordenada por un juez francés (Res 12/5/92) y la de una "hipoteca asegurativa" ordenada por un juez alemán (23/2/04). Nótese que la Res 6/3/97 admitió la validez de una escritura francesa de donación, pero considerándola como "mortis causa", es decir, como testamento, ex art. 620 CC, que es el mismo criterio del TS, como vamos a ver.

Por su parte, el TS sigue la misma línea y no ve obstáculo para admitir poderes formalizados en el extranjero, por ejemplo, en sus STS de 31/10/88 (de Alemania), 17/3/92 (de Italia) o la STS de 2/6/98 (parece que de UK). Igualmente admite la validez de testamentos extranjeros en su STS 15/11/97 (de USA), incluso aunque fuera mancomunado por no infringir el orden público español, en su STS 8/10/10 (de Alemania). Frente a lo anterior nuestro TS nunca (hasta ahora) se ha pronunciado sobre la inscripción directa de una escritura extranjera de transmisión de propiedad española, pues si bien es cierto que en la STS 4/10/82 el pleito versaba sobre inmueble español y una escritura de "donación autorizada en Francia", lo cierto es que el TS admite su validez pero bajo el expediente de que era una "donación mortis causa", vaya, un testamento.

De acuerdo con el planteamiento que nos hemos propuesto, una vez examinada la situación en España, pasamos a corroborarla con la que existe fuera, en donde vamos a ver países que no admiten la

recepción de documentos principales como transferencia de la propiedad inmueble o relativos a acuerdos de sociedades ya que, entre otras razones, tienen una legislación propia y distinta de blanqueo de capitales.

En efecto, Enrique Brancós, en el artículo citado al principio de estas líneas aclara que en Holanda no caben escrituras extranjeras de transferencia de propiedad neerlandesa, pues su CC establece en el art. 31 (3.1.2.12) que *"Cuando una disposición de la ley relativa a bienes inmatriculados exige un acto o declaración notariales, se entiende referida al acto o declaración de un notario holandés".*

En la revista *El Notario del Siglo xxi* de julio/agosto y nov/diciembre de 2010, se relatan por María de Zulueta, Rocío Rodríguez y Álvaro la Chica las reuniones de junio y octubre de 2010 de la Asociación de Notarios de Metrópolis Europeas (ANME), en las que se constata la existencia de diferencias en la legislación de cada país sobre blanqueo de capitales y que no se admiten a inscripción en los respectivos Registros de la Propiedad las escrituras extranjeras de transferencia de propiedad inmueble en Alemania, Suiza, Francia, Italia y Bélgica. Hacemos, no obstante, dos acotaciones: la primera es que en nuestra experiencia personal, en la práctica, es necesaria la intervención de notario belga que homologue lo hecho por notario extranjero, y la segunda es que Juan Carlos Martín Romero (en el *Libro homenaje a Juan Fco. Delgado de Miguel,* de Civitas) aclara que en Italia se exige la homologación notarial por el art. 106.4 de la Ley del Notariado, de 1913, y que en Francia ocurre lo mismo por la exigencia del art. 68 del Decreto núm. 55-1350, de 14/10/55.

Por otro lado, Juan Álvarez-Sala Walther, en el núm. de julio/agosto de 2007 de la citada revista, relata que el Ministerio de Justicia de la alemana Baviera dictó la Resolución 3830 E IV752/64, de 16 de abril de 1964, en la que se negó la competencia del notario no alemán para autorizar escrituras de transferencia de propiedad de inmuebles alemanes, postura que sería ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10/6/1968 (*Bundesgerichtshof,* BGH WM, 1968, 1170).

En la misma revista de julio/agosto 2011 Ignacio Paz-Ares cita otras tres Sentencias alemanas que niegan que un notario no alemán pueda autorizar eficazmente la *"Auflassung"* (acuerdo real abstracto de trasferencia de propiedad inmueble alemana): la del Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Colonia de 29/9/1971, la del

Tribunal Cameral (*Kammergericht*) de 27/5/1986 y la del Tribunal (*Landgericht*) de Ellwangen/Jagts de 28/11/1999.

Más recientemente, en el número de mayo/junio 2012 de la misma revista, se informa de que los acuerdos de sociedades limitadas alemanas se tienen que formalizar en escritura pública alemana sin que se puedan admitir los formalizados ante notario no alemán, tal y como han reconocido las Sentencias de los Tribunales Superiores (*Oberlandesgericht*) de Hamm de 1/2/1974 y Karlsruhe de 10/4/1979.

Llegados a este punto conviene hacer hincapié sobre el **"Principio de Reciprocidad"**, que nos puede ayudar a explicar las incomprensibles pretensiones de determinados notarios extranjeros que reiteran con una contumacia digna de mejor causa. En efecto, la formulación actual de la reciprocidad la encontramos en el ámbito procesal aplicable por analogía a la documentación notarial, más concretamente en los arts. 952 y 953 de la LEC de 1881, que mantienen su vigencia a la espera de lo que disponga la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (Derogatoria Única, 1, 3.ª, LEC/2000).

Pues bien, la formulación de la reciprocidad se hace positiva y negativamente en los dos siguientes artículos de la LEC/1881, art. 952: *"Si no hubiere Tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España"*. Y art. 953: *"Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrán fuerza en España"*.

Como explica Corbal San Adrián, la reciprocidad está perfectamente vigente y se aplica de manera ordinaria para admitir o denegar el exequátur de Sentencias extranjeras: STS 25/2/85 y Autos TS de 16/10/61, 24/7/88, 13/11/01 y 17/10/06.

En fin, por lo que acabamos de relatar en los párrafos anteriores, la lógica y el principio de "reciprocidad" imperante en Derecho Internacional (*vid.* en este sentido la Res 15/3/00), haría suponer que nuestros "hermanos en la fe" (en feliz frase de Tomás Giménez Duart), los notarios alemanes, se abstendrían de autorizar escrituras de transmisión de propiedad inmueble extranjera... Y en efecto, el notario alemán doctor Buckardt Lobër (un ejemplo de *"prudentia iuris"*, conocido por sus siempre interesantes colaboraciones en nues-

tra *Revista Jurídica del Notariado*), a la vista de la derogación del Reglamento de Inversiones Extranjeras, consultó a la DGRN sobre la posibilidad de inscripción de escrituras alemanas en el Registro de la Propiedad español y la Res 15/3/00, del Sistema Notarial, contestó taxativamente que no... y parafraseando a Cervantes... *"fuese y no hubo nada"…*

Sin embargo, ya hemos indicado que lo que "debe" hacer un notario no siempre coincide con lo que "puede" hacer, y en este sentido el notario germano Peter Gantzer también consultó sobre la posibilidad de inscripción de escrituras alemanas en el Registro de la Propiedad español, lo que le fue negado en la Res 15/6/00. Ante este inicial fracaso de sus pretensiones, un mínimo "decoro documental" haría suponer que abandonaría su línea de actuación, si no por el principio de "reciprocidad internacional", cuando menos por la máxima bíblica de "la paja en el ojo ajeno y la viga en el propio"... Pero no, lejos de arredrarle, incrementó (... cómo decir... sí... eso…) su "arrojo notarial", y emitió un informe para apoyar la inscripción de una escritura alemana de venta de inmueble español, que fue negada por la Res 7/2/05, y no contento con ello, él mismo hizo una escritura similar y planteó el recurso a la DGRN para obtener su inscripción, lo que también le fue negado por la Res 20/5/05.

Nada más lejos de nuestra intención que dar lecciones de Derecho a los herederos de Thibaut y Savigny, pero sí que nos atrevemos a aconsejar al Sr. Gantzer (sin duda experto en Derecho germano) que si tanto interés tiene en prestar servicios notariales hispanos que aconseja a sus clientes en Derecho español y parece ser que controla también la legalidad española (lo cual es de extraordinario mérito, pues es imposible que esté conectado telemáticamente a Registros, Oficinas Liquidadoras, Recaudación del IBI, Catastro, AEAT, CCAA, Ayuntamientos, Servicio Español de Prevención de Blanqueo de Capitales, etc.), que tal vez hubiera sido mejor que colmara sus aspiraciones con una acreditación de sus conocimientos como hacen el resto de los españoles y europeos, o sea, ni más ni menos que pasando las mismas oposiciones abiertas a todos los expertos en Derecho... en Derecho español, claro... Nótese que para ser notario hispano basta ser (art 10.1 LN) ciudadano de la UE...

Recordamos, finalmente, que según la Resolución del Parlamento Europeo de 2008 sobre Documento Público Europeo, los actos relativos a transmisiones de propiedad inmueble íntimamente ligados a

los Registros de la Propiedad están excluidos del ámbito del futuro Rgto, por la misma razón que la competencia judicial sobre estas materias siempre es exclusiva de los Tribunales del país de situación del inmueble.

15. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA LEGISLACIÓN, LA JURISPRUDENCIA Y LOS AUTORES QUE IMPONEN EL ASESORAMIENTO A LAS PARTES Y EL CONTROL DE LEGALIDAD EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES ESPAÑOLES

Creemos que hemos dado pruebas más que suficientes de la complejidad que plantea el cumplimiento de estos requisitos del asesoramiento y control de legalidad en la autorización de documentos notariales, entre otras razones por la "balcanización" del Derecho (o si se prefiere, la legislación "motorizada"), que impone la existencia de un legislador estatal y 17 autonómicos, y que genera un ritmo de cambios normativos tan "agónico" que la doctrina y la jurisprudencia apenas puede seguirlo. Pero siendo comprometida la situación descrita, lo que carece de la más mínima explicación razonable es que, voluntariamente, determinadas instituciones se empeñen con inusitado vigor en complicarla todavía más negando la evidencia de que no puede haber documento notarial que incumpla esos requisitos.

... Y claro... volvemos a lo que antes ya hemos dicho... en vez de aplicarnos todos a la tarea verdaderamente importante, que sería ¡cómo proporcionar al notario medios jurídicos y técnicos con los que mejore su labor de asesoramiento y control de legalidad!, ahora resulta que se nos obliga a todos a perder un tiempo precioso gastando inútilmente energías para solemnizar lo obvio, teniendo que justificar algo que está en el ADN de la profesión notarial: sin asesoramiento y sin control de legalidad el notario no puede existir.

Esta pérdida de tiempo se torna casi insoportable si tenemos en cuenta que el Parlamento Europeo en su Resolución/08 sobre el Documento Público Europeo ordena que la Comisión Europea pierda tiempo... ¡pero en explicar a los que no lo practican las ventajas en seguridad jurídica que tiene nuestro sistema! Lo que no se comprende es que se pretenda dinamitarlo desde dentro precisamente por los funcionarios españoles llamados a defenderlo...

En fin, se nos obliga a la penosa tarea de exposición de algo que realmente sobra: los argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinales que imponen el asesoramiento y el control de legalidad como cuestión medular de la actividad notarial, con la advertencia de que solo nos referiremos a los más importantes, porque agotar el tema sería imposible. Nótese que vamos a dar datos que no se improvisan, ya que se refieren a los siglos XIX, XX y XXI, llamando la atención que algunos de ellos son de ¡este mismo año 2012!

Legislación

Art. 1 LN (versión 1862): *"El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales".*

Art. 2 LN (versión 1862): *"El notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes".*

Art. 17 bis.2.a) LN (versión 2001): *"a) 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".*

Art. 24 LN (versión 2006): *"Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas".*

Art. 22 LH: *"El Notario que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuere posible, e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta".*

Art. 43.Dos.2, Ley 14, de 29/12/2000: *"... A) Son infracciones muy graves:... c) La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración... B) Son in-*

fracciones graves:... c) Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función".

Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 16/11/07: *"Artículo 81. Aprobación e información. 2. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia". "Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación".*

Art. 18 Ley 2, 31/3/2009: *"Deberes notariales y registrales. 1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley... 2. En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume...".*

Art. 30.1 Orden EHA 2899, de 28/10/11: *"En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume...".*

Ley 10/2010, de 28 abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales: *"Artículo 2. Sujetos obligados... n) Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles...". "Artículo 19. Abstención de ejecución... se entenderá por justa causa que motive la negativa a la autorización del notario o su deber de abstención la presencia en la operación bien de varios indicadores de riesgo de los señalados por el órgano centralizado de preven-*

ción o bien de indicio manifiesto de simulación o fraude de ley…". "Artículo 20. Comunicación sistemática. 1. En todo caso los sujetos obligados comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión con la periodicidad que se determine las operaciones que se establezcan reglamentariamente".

Art. 4 Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio... tras el escándalo de Forum Filatélico y Afinsa... *"2. Los contratos se formalizarán en escritura pública... 4. El notario autorizante deberá dar fe de los requisitos de validez del contrato, del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley, y de la fecha de la recepción por el consumidor de la oferta contractual. El notario autorizante deberá incorporar a la escritura pública testimonio de la constitución de las garantías previstas en el artículo siguiente, quedando constancia documental de las mismas en la escritura pública. En todo caso, deberá entregarse al cliente un ejemplar del contrato debidamente fechado y firmado".*

Art. 71.6 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (modificado por Ley 38/2011, de 10 de octubre), establece que en determinadas condiciones los acuerdos de refinanciación no se podrán rescindir siempre que *"3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores".*

Art. 25.2 RDLey 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación: *"Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en este real decreto-ley y que su contenido no es contrario a derecho."*

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, deroga el anterior RDL y se ratifica en el control notarial de legalidad manteniendo el art. 25.2 con la misma dicción que el derogado.

Art. 31 RDLey 8/2012, de 16 de marzo, de Aprovechamiento por Turno de bienes inmuebles. *"2. Si el contrato se celebra ante Notario, éste advertirá del derecho de desistimiento... y de los demás derechos que le reconoce el presente decreto ley. 3. El Notario no autorizará la escritura... si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 25."*

Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, deroga el anterior RDL

y se ratifica en el control notarial de legalidad estableciendo en el art. 25.4 que *"Los notarios no autorizarán una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno y los registradores no lo inscribirán mientras no se les acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo".* Y mantiene el art. 31 que *"2. Si el contrato se celebra ante Notario, éste advertirá del derecho de desistimiento que el artículo 12 establece en favor del adquirente, que podrá hacerse por acta notarial, y de los demás derechos que le reconoce la presente Ley. 3. El notario no autorizará la escritura, ni el registrador inscribirá el derecho si el contrato no contiene las menciones exigidas por el artículo 30".*

... Y lo dejamos aquí, pues la acumulación de más legislación que impone el asesoramiento y el control notarial sería inabarcable: control de pagos, control de NIF, sobre Catastro, inversiones extranjeras, zonas de acceso restringido por razones de defensa, costas, impuestos, etc. etc. etc. Es más, en millones de documentos notariales el único asesoramiento y control es el que realiza el notario: inversiones extranjeras (Res 25/8/98 y 24/7/01), poderes (STS 23/9/11), pólizas y, en general, todos los que no se pueden o no se quieren inscribir en el Registro, que es voluntario.

De todas maneras creemos haber cumplido el objetivo de demostrar lo profundamente erróneas que son las STS 20/5/08, SAP de 22/11/06 de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife y la SAP de 2/3/11 de la Audiencia de Alicante, pues no solo antes, sino después de ellas (incluso en este mismo año 2012), el legislador español sigue imponiendo en cuantas normas elabora el asesoramiento y el control notarial con carácter absolutamente imperativo.

Jurisprudencia

Para dejar las cosas claras desde el principio, lo primero es rendir homenaje a la jurisprudencia más antigua, que desde hace centurias siempre tuvo claro que este asesoramiento y control es imprescindible en la profesión notarial, especialmente en esta época en la que parece que se está dando como verdad una gran mentira, pues no es cierto que todos los españoles vivan en grandes capitales y poblaciones rodeados de un nutrido ejército de prestigiosos despachos de abogados, asesores fiscales y organizaciones de consumidores que día y noche velan por sus intereses. Esto es una ofensa a la callada labor de muchísimos notarios y registradores que (instalados en lo

que en tiempos eran "cabezas de partido judicial", hace muchos años suprimidas hacia núcleos habitados más importantes) atienden "con notorio celo" a poblaciones que aún hoy en día se quedan bloqueadas frecuentemente por la nieve: que se lo pregunten a los notarios de Morella, Villafranca, Lucena del Cid, o de cualquier pueblo de Teruel o del Pirineo... ¿a qué gran despacho, asesoría u organización de consumidores acuden los habitantes de esas zonas?, ¿de verdad se puede decir que los notarios de esos pueblos autorizan escrituras sin asesoramiento y control?... ¡pero si es el único que existe en kilómetros a la redonda cuando ni con cadenas se puede circular!

En fin, nuestro **Tribunal Supremo** (¡por lo menos el de aquella época!) decía en su STS 29/12/1927: ***"el Notario no solo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero de los individuos y de las familias"***.

Y más modernamente la STS 3/7/65: *"Que el Notario debe autorizar el instrumento público una vez requerido legalmente, siempre que el acto sustancial objeto del mismo sea conforme a la Ley... llevando consigo como presupuestos de su ejercicio... la obligación de asegurarse de la legalidad de la relación jurídica (art. 145) y la de cerciorarse de su legitimidad (arts. 170 y 175), y como elemento básico a dichos fines la de aconsejar a los interesados…".*

Y por no agotar el tema, otra STS moderna, de 24/10/00 *"... a notarios y registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público o sobre los títulos inscribibles".* Citamos esta STS con especial énfasis, pues viene a poner de relieve los distintos planos en los que operan el control notarial (el negocio) y el registral (el título); dicho en otras palabras (en acertada frase de Cabanas Trejo), el registrador ejercita un "control sobre el controlador"... y solo sobre los documentos que pretenden la inscripción…

Hay que resaltar desde el principio que en nuestro **Tribunal Constitucional** parece que no existe ninguna vacilación sobre el asesoramiento y control notarial, según se expresa en la STC 207, de noviembre de 1999, *"a los notarios, en cuanto a fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad... la función pública incorpora pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del ins-*

trumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público".

Y una vez que hemos expuesto una parte de la jurisprudencia interna española es el momento de ratificarla con la europea (por cierto, posterior a la STS 20/5/08 y a las de las Audiencias de Santa Cruz y Alicante). Concretamente con lo que se lee en los núm. 97 y 98 de la **STJUE Gran Sala de 24/5/11**: *"… las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares…".* ***"Es también cierto que el notario debe negarse a autentificar un acto o un contrato que no reúna los requisitos legalmente exigidos, con independencia de la voluntad de las partes"****.*

Añádase a todo lo anterior todas las Sentencias en las que se condena a notarios por incumplimiento de sus deberes de asesoramiento y control, tal y como explica el profesor Rafael Verdera Server en su libro, de Editorial Civitas, *La responsabilidad civil del Notario*.

En efecto, los que todos los días empezamos nuestra jornada laboral aplicándonos la máxima de un ilustre médico zaragozano (mi padre), *"ojalá que mis errores los pague yo y no mis clientes"*, tenemos bien asumido que es imposible que los humanos no cometamos errores que deberemos reparar. Desde este punto de vista no nos escandaliza que haya sentencias condenatorias contra notarios (como las hay contra abogados, médicos, arquitectos, etc.).

No. Lo que no alcanzamos a comprender es que unas sentencias condenen al notario por no cumplir un asesoramiento y control que en otras se declara inexistente. Lo que no alcanzamos a comprender es que haya una especie de notarios/cónsules extranjeros que están dispensados de cumplir la legislación imperativa española y puedan fabricar escrituras sin cumplir los requisitos cuyo incumplimiento sirve para condenar a los notarios españoles…

… ¿es que el asesoramiento a las partes y el control de legalidad únicamente es un arma que solo sirve para agravar la condena a los notarios españoles?...

En fin, la conclusión provisional de estas disfunciones jurisprudenciales salta a la vista: es imprescindible una revisión del sistema de recursos contra las Res de la DGRN exigiendo una especialización judicial en Derecho Privado, Hipotecario y Notarial, lo mismo

que existe en otras áreas para los Juzgados Mercantiles y para lo Contencioso-Administrativo, pues no pueden luchar con las mismas armas la DGRN, que lleva tres siglos dedicándose solo a estas materias, y los que no tienen esta especialización.

La pregunta sería... ¿se sabe que la escritura produce efectos contra 3.º (oponibilidad) pero también a favor de 3.º (utilizabilidad)?; ¿se conoce la teoría de la contraescritura explicada magistralmente por Antonio Rodríguez Adrados desde la historia y desde nuestros arts. 1219, 1230 y 1738 CC?; ¿se está al tanto de que los efectos de la escritura eran tan extensos que eso fue una de las razones históricas de la creación del Registro de la Propiedad precisamente para acotarlos?; ¿se es consciente de que los documentos notariales sobre inmuebles están tan íntimamente conectados con el Registro de la Propiedad que en el Parlamento Europeo se va a excluir cualquier tipo de escritura que se refiera a ellos que no sea hecha por los notarios del país del inmueble? Si se sabe que la escritura es veraz e íntegra y hace "prueba plena" por sí sola, ¿cómo se explica que reiteradamente se llame a declarar sobre ella al notario y a sus empleados forzando la ley? Estas son las cuestiones sobre las que serenamente debemos todos reflexionar...

Doctrina

Consideramos que no va a ser útil la cita de los autores que sostienen que las normas españolas que regulan los requisitos y efectos de los documentos notariales son imperativas y que, por tanto, el asesoramiento y control en legislación española es ineludible. Y no es útil porque abarcaría proporciones inmanejables.

Lo que sí que puede ser útil es dedicar algo de tiempo a los que sostienen lo contrario, exigiéndoles un comportamiento más coherente. En efecto, a la vista de la legislación y jurisprudencia que acabamos de citar, no se puede sostener lo contrario sin antes promover un cambio legislativo que apoye estas pretensiones. Por todo ello sugerimos que los que directa o indirectamente se opongan al asesoramiento y control notarial español, se presenten a las próximas elecciones con un programa legislativo de reformas que como mínimo se refiera a las siguientes cuestiones:

Modificación del art. 1 LN, que deberá decir: *"El notario no podrá negarse a autorizar escrituras de actos y contratos aunque sean claramente ilegales por razones sustantivas".*

Lógica consecuencia de lo anterior es que hay que modificar el régimen de responsabilidad del notario, y por eso corresponde la **modificación del art. 43 Ley 14, de 29/12/2000**, que deberá decir: *"El notario no cometerá ningún tipo de infracción aunque no asista, asesore o controle la legalidad española en los documentos que autorice o intervenga".*

Se añade un nuevo núm. 4 al art. 11 CC, que diga así: *"El notario o cónsul extranjero autorizará sus documentos con arreglo a su propia legislación sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos por la legislación documental imperativa española, no obstante lo cual producirán en España los mismos efectos que los documentos notariales españoles".*

Se añade un nuevo segundo párrafo al art. 12.3 CC, que diga así: *"En concordancia con el artículo 11.4 de este Código, siempre será de aplicación la legislación extranjera que se produzca mediante la recepción en España de documentos notariales extranjeros aunque sea contraria a nuestro orden público".*

Se añade un nuevo segundo párrafo al art. 12.4 CC, que diga así: *"En concordancia con el artículo 11.4 de este Código, siempre será de aplicación la legislación extranjera que se produzca mediante la recepción en España de documentos notariales extranjeros aunque sea en fraude de nuestra ley".*

Modificación del art. 15.2 del Convenio Consular de París 11/12/1967, ratificado por España en el BOE de 8/4/2011, que deberá decir: *"Las escrituras y contratos a que se refiere el párrafo anterior producirán en el Estado que recibe (aunque sus leyes y reglamentos se opongan a ello) todos los efectos jurídicos que establezca la legislación del país de origen".*

Se añade un nuevo tercer párrafo al art. 1462 CC, que diga así: *"Los documentos autorizados por notario o cónsul extranjero producirán por sí solos la transmisión de la propiedad inmueble española aunque ni la legislación de su país ni la española les reconozca ese efecto traditorio".*

Se añade un nuevo segundo párrafo al art. 3 LH, que diga así: *"Respecto de documentos autorizados por notario o cónsul extranjero bastará para su inscripción que puedan ser calificados como «semititulación semiauténtica», pues será misión del registrador (bajo su responsabilidad disciplinaria, civil y penal) completar los requisitos de que adolezcan según la legislación española".*

Se añade un nuevo segundo párrafo al art. 4 LH, que diga así: *"Respecto de documentos autorizados por notario o cónsul extranjero, dado que ni tienen que cumplir la legislación documental imperativa española, ni pueden atentar contra nuestro orden público, ni incurrir en fraude de nuestra ley y que producen por sí solos la transmisión de la propiedad inmobiliaria española, serán directamente inscribibles sin mayores requisitos, incurriendo caso contrario el registrador en la responsabilidad a que hubiere lugar".*

Disposición derogatoria de todo lo que se oponga a esta Ley.

En fin, este sería un programa mínimo de reformas a las que abocaría la postura que aquí combatimos y que vendría a ser algo parecido a que un buen día los camiones empezaran a circular por la izquierda mientras todos los demás siguiéramos circulando por la derecha: un caos. Francamente pensamos que semejantes propuestas colocarían a sus defensores en contradicciones insuperables y que no pasarían la prueba del Consejo de Estado y los Letrados de Cortes... ¿quién las apoyaría, quién las votaría?...

16. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS TECNOLÓGICOS IMPRESCINDIBLES EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN NOTARIAL

Y ya no es solo que haya que asesorar y controlar la legislación española, sino que además hay que hacerlo con unos elementos tecnológicos cuyo uso no es optativo para el notario español, pues caso contrario puede incurrir en responsabilidad.

En este punto nos basaremos en García Más y Juan Ignacio Castro-Girona Martínez, aunque ya avisamos que simplemente haremos un resumen no completo de las normas más importantes que imponen la utilización de elementos tecnológicos específicos para el ejercicio de la profesión de notario español. Nótese que estas aplicaciones informáticas están en continua evolución y que como dijo el Decano del Colegio Notarial de Valencia, César Belda Casanova, la base de datos del Consejo General del Notariado es la segunda del país tras la de la AEAT y pronto llegará a ser la primera. Veamos.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, es el punto de partida introduciendo el art. 17 bis de la LN, que establece el **documento públi-**

co electrónico y las copias electrónicas en pie de igualdad que en soporte papel. También impone la obligatoriedad de **presentación telemática de las escrituras** en los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, con referencia a la fe pública y el uso de la firma electrónica.

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, que modifica el art. 17 LN y ratifica el **índice informatizado** (previamente se estableció en el RD 1643/2000), al que pueden acceder directamente las Administraciones Tributarias (de todos los niveles) en labores de inspección de impuestos.

El art. 175 RN impone la obligación del notario de obtener **información registral sobre titularidad y cargas** de las fincas, bien telemáticamente, bien por FAX.

El art. 249 RN impone bajo sanción de responsabilidad la obligación del notario de **presentar las escrituras por él autorizadas en los Registros telemáticamente** o subsidiariamente por FAX. Se da así cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de impulso a la productividad.

Ley 7/2003, de 1 de abril, y RD 682/2003, de 7 de junio, que regulan la constitución telemática de las **Sociedades Nueva Empresa**.

Constitución "exprés" de sociedades de capital del RDL 13/2010, de 3 de diciembre (complementado por Orden JUS/3185/2010, sobre estatutos, la Instrucción DGRN 18/5/11 y varias Res DGRN), que establece el procedimiento telemático para la misma, su inscripción y obtención del CIF en cuestión de horas.

Ley 20/2005, de 14 de noviembre, sobre Registro de Seguros y Últimas Voluntades, desarrollado por RD 398/2007, de 23 de marzo. El notario, si no se le presentan por los particulares, por vía telemática puede obtener certificados sobre existencia de seguros de las personas fallecidas y sobre existencia de sus testamentos.

Denominaciones sociales del Registro Mercantil Central. El notario puede y debe pedir denominaciones sociales telemáticamente para la constitución de sociedades.

Obtención del CIF de sociedades de la AEAT. El notario puede y debe obtener el CIF telemáticamente de las sociedades constituidas directamente de la AEAT.

Legislación sobre Blanqueo de Capitales, a la que ya se ha aludido y que impone comunicaciones telemáticas con el OCP (creado por Orden EHA 2963/2005) y por su mediación con el SEPBLAC.

Actas abintestato y partes de testamentos se comunican telemáticamente a Colegios Notariales y Registro de Actos de Última Voluntad, que se regula en el Anexo III del RN, de manera que se puede averiguar si algún otro notario ha realizado algún acta o testamento de determinada persona. Se da así cumplimiento a la Orden de 21/12/92 y Resoluciones Circulares DGRN 31/3/93 y 8/11/94.

Comunicación telemática con el Catastro. Desde la Resolución de la Dirección General del Catastro de 24/11/08 (confirmada en el Texto Refundido Ley del Catastro de 5/3/04) el notario puede cambiar directamente la titularidad catastral desde el Indice Único y obtener certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de las fincas y cualquier otra información relevante del Catastro. Está en marcha el proyecto **Ramón Lull** para la asignación de referencias catastrales a las nuevas fincas directamente desde la Notaría.

Préstamos personales e hipotecarios. Desde la Res DGRN de 5/5/03, las entidades adheridas al sistema permiten que se formalicen unilateralmente por el deudor pólizas y escrituras enviando directamente los datos a las Notarías y que posteriormente son aceptadas por los acreedores en otros documentos.

Consulta deudas de IBI. La aplicación telemática permite directamente al notario obtener esa información de las entidades adheridas al sistema.

Liquidación de plusvalías y de impuestos. Respecto de las entidades locales y Comunidades Autónomas adheridas al sistema, las Notarías pueden realizar las liquidaciones de impuestos telemáticamente.

Voluntades anticipadas. Se trata de un proyecto para la comunicación telemática de su otorgamiento y revocación en las CCAA que se adhieran al sistema.

Ábaco. Es un servicio que se ofrece a los clientes para que puedan depositar notarialmente las bases de concursos y que puedan ser consultadas telemática y gratuitamente por los interesados.

Proyecto Vigía. Se comunicaba directamente a la Policía las actas autorizadas de reagrupación familiar para su control en fronteras y aduanas. Hoy está en suspenso.

Es más, estos elementos tecnológicos se dan ya por descontado en la jurisprudencia ex STS 15/2/11, FD 2.º: *"... la comunicación entre el Registrador Mercantil Central y el* ***Notario*** *tiene lugar mediante el sistema de firma electrónica y, más concretamente, en las consecuencias de ello en la posterior relación entre el Notario autorizante de la escritura pública de constitución de la sociedad y el Registrador Mercantil que ha de practicar la inscripción en el Registro…"*, y STS 20/9/11, FD 2.º: *"... el Notario que, junto al Registrador, dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información (artículo 107 Ley 24/2001, de 27 de diciembre..."*.

Y entonces, a la vista de que los notarios extranjeros parece que en las Audiencias y en el mismo TS están dispensados de todas estas moderneces, surge la pregunta... ¿estos elementos tecnológicos los tienen que tener todos los notarios o solo los que les guste la informática?; ¿hay que utilizarlos en todos los documentos o solo en algunos?; ¿hay que tenerlos disponibles todo el tiempo o solo de vez en cuando?; ¿por días, semanas o meses alternos?... De nuevo es el TS el que se tiene que ir aclarando…

17. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA EXPLICACIÓN DE LOS "EFECTOS" DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES ESPAÑOLES

Venimos insistiendo en que una de las claves para intentar llegar a soluciones coherentes en el tema que nos ocupa es interiorizar y asumir que los efectos que producen los documentos se los atribuye el ordenamiento, no a un papel (escritura notarial), sino a un contenido (escritura en la que el notario cumpla los requisitos imperativos en su formalización).

Si no hay cumplimiento de requisitos, un papel, por muy "rimbombante" que sea su nombre (¡escritura pública autorizada por notario!), no es nada, no tiene efectos jurídicos.

En apartados anteriores nos hemos referido a los requisitos que deben cumplir los documentos notariales españoles y ahora corresponde explicar los efectos que nuestro Derecho les atribuye a los que así lo cumplan, volviendo a insistir en que la tarea es ciertamente compleja por la aludida falta de una única norma que con carácter sistemático regule los requisitos y efectos de los documen-

tos, que, bien al contrario, se hallan desperdigados en multitud de normas con rango de lo más variopinto. Súmese a lo anterior que hay diferentes tipos de documentos notariales que se pueden referir a diferentes actos jurídicos con efectos muy distintos y tendremos una aproximación de las dificultades ante las que nos encontramos.

Pero en fin, dado el concreto objetivo que se persigue en estas líneas vamos a exponer la materia pensando en un documento frecuente (también en el ámbito internacional) que formaliza una venta de inmueble con precio aplazado, que sería una escritura en la que potencialmente se darían el máximo de efectos documentales. Y para esta labor seguimos en este apartado lo dicho por Ávila Álvarez en su conocido *Manual de Derecho Notarial* (Editorial Bosch) y el estudio que hace Alejandro Fliquete Cervera en el tomo III, volumen 1.º, de las *Instituciones de Derecho Privado* (Editadas por el Consejo General del Notariado y Civitas). Veamos:

A) Efecto fecha fehaciente. No hay lugar a dudas, "extrajudicialmente", "todos" los documentos notariales (escrituras, pólizas, actas y testimonios) lo tienen, ex art. 1218 CC: *"Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros".*

Y "judicialmente" ocurre lo mismo, ex art. 319 LEC: *"Fuerza probatoria de los documentos públicos. 1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán* ***prueba plena*** *del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella".*

B) Efecto firma legítima. Nos queremos referir en este punto a que se produce "extrajudicialmente" en todo documento notarial una identificación de persona a la que se le atribuye como propia una determinada firma (o huella dactilar). Como decimos, esto se produce en todos los documentos notariales (arts. 23 LN y 187 RN), aunque puede ser objeto exclusivo de un "testimonio de legitimación de firmas" (art. 256 RN) puesto en otro documento no notarial (art. 257 RN). "Judicialmente" ocurre lo mismo según el art. 319 LEC, que acabamos de trascribir.

C) Efecto probatorio. "Extrajudicialmente" ya hemos visto los efectos probatorios que produce la escritura, en el art. 1218; y judicialmente el art. 219 LEC considera que produce una prueba privilegiada: "plena". Pero esto requiere más explicaciones...

Históricamente incluso se daba preeminencia a la fe pública notarial sobre la judicial en la –hoy desaparecida– acta del art. 769 de la LCrim de 1882, prevista para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados: *"Si el que promoviere el antejuicio por cualquiera de los delitos expresados en los artículos anteriores, no pudiere obtener los documentos necesarios, presentará a lo menos el testimonio del acta notarial levantada para hacer constar que los reclamó al Juez o Tribunal que hubiese debido facilitarlos o mandar expedirlos".* En este sentido también se puede leer la Res 18/3/85.

Hay que tener en cuenta que los efectos de las escrituras son directos, por sí mismas, sin necesidad de un apoyo judicial. Es más, las escrituras tienen más efectos fuera de los Tribunales que en un proceso judicial, ya que en el proceso rige la "apreciación conjunta de la prueba", mientras que extrajudicialmente la validez y la eficacia de la escritura no puede ser puesta en duda por ningún particular ni por ningún funcionario, puesto que según el art. 27.bis.2. b) LN tienen fe pública, y son veraces e íntegras. Esta es la razón de que no haya ningún recurso administrativo para intentar parar la eficacia de una escritura y que solo exista recurso administrativo de queja (del antiguo art. 145 RN y del vigente 231 RN) contra la "negativa" de actuación notarial: únicamente una sentencia firme en un proceso con prueba contradictoria podría arrebatarles esa validez y eficacia. Nótese que, como decía Rodríguez Adrados, la calificación registral solo se refiere a unos cuantos documentos (hay cientos de miles de otros que nacen, crecen, se reproducen y mueren fuera del Registro), solo respecto de ciertas partes del documento (no a la fecha, ni a la legitimación de firmas, ni al efecto ejecutivo, ni al prelativo, etc.) y solo a los efectos de inscripción. Nada más, pues las calificaciones en ningún caso prejuzgan la validez del documento, ya que la calificación no supone "cosa juzgada" aunque la confirme o revoque el TS y como la inscripción no convalida actos nulos (art. 33 LH) los interesados pueden pleitear sobre la validez o nulidad de los títulos aunque estén inscritos.

Y es que extrajudicialmente la escritura tiene una fuerza probatoria extraordinaria, puesto que por sí sola "hace fe", se prueba por

sí misma, y debido a su "veracidad e integridad" (art. 17.bis LN), es autosuficiente en cuanto a lo relatado en ella (es tal y como se quiso que fuera), de manera que su contenido no puede ser puesto en duda (salvo querella de falsedad) ni por funcionarios ni por particulares: "es la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad".

En este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS explica que la escritura es "la verdad", pues el desenvolvimiento histórico del Notariado Latino se debe en gran medida a la necesidad de que la acreditación de hechos y negocios no quede al albur de la frágil memoria de los hombres. Es una lucha para conseguir que el notario hable única y exclusivamente por los documentos que autoriza. En su artículo "El principio de autoría" (publicado en la revista *El Notario del siglo XXI* núm. 21, sept-oct/08) lo explica de manera magistral llegando a considerar incompatibles la función de testigo y fedatario: *"La incompatibilidad entre fedatario y testigo se consuma cuando la fe pública se objetiviza. La fe pública era en su origen una fe subjetiva, una fe en la persona del tabelión... empieza a objetivizarse cuando en los tiempos intermedios el tabelión o 'escribano' va conservando la 'imbreviatura' o nota por la que ha confeccionado la Escritura; y se convierte en fe pública objetiva cuando esa nota ha de ser completa... La prueba del documento se obtiene por el cotejo con la matriz, sin declaración del escribano.* ***Es el documento, no el notario, el que hace fe".***

En esta línea insiste RODRÍGUEZ ADRADOS en su artículo "El principio de la forma escrita" (publicado en la misma revista, núm. 23, enero-febrero/09), que no es solo que la escritura sea "verdad", sino que, además, es "toda la verdad", pues lo no recogido por escrito en el documento "no existe" en términos notariales: *"El resto de la realidad no narrado no ha sido consentido, y su omisión es sinónima de inexistencia (NÚÑEZ LAGOS), incluso a fines interpretativos (CC, art. 1282), porque lo que el instrumento no dice, tampoco nosotros debemos decir, axioma común en la boca de los Doctores según PAREJA y QUESADA".*

Todo lo cual hace más incomprensible la contumacia con la que en los Juzgados se pide la declaración del notario y sus empleados sobre lo que dijeron o no dijeron personas que intervinieron –o rodearon a los que intervinieron– en determinado documento: sencillamente es inadmisible y contraria al principio de "veracidad e integridad" de la escritura... con los debidos respetos: es ilegal…

Sobre el particular poco podemos añadir a lo que ya dijimos en la revista *La Notaría* núm. 3/2010... poco... pero sustancial... En efecto, RODRÍGUEZ ADRADOS (*La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* editado por el Consejo General del Notariado) nos ilustra sobre lo que al respecto dice el **Código francés** (art. 1.341.1 *"no se recibirá ninguna prueba de testigos contra o fuera del contenido de los documentos, ni sobre lo que se alegue haber dicho antes, al tiempo o después de ellos"*), y los preceptos similares de los **Códigos italianos** (1341/1865 y 2722/1942) **proyecto de 1851** (art. 1.220.3); y más acertado todavía el artículo 992 del **Código Civil argentino**: *"Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él…"*. **En otro caso la prueba del documento público dejaría de ser "plena", y toda la seguridad negocial se vendría abajo**.

Como decimos, la explicación de que en el proceso los documentos públicos hagan "prueba plena" es por la veracidad e integridad de su contenido, lo que se expresa en un sentido positivo en el art. 17 bis.2.b) LN (*"Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y* ***su contenido se presume veraz e íntegro*** *de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes"*) y en un sentido negativo en los arts. 1219 y 1230 CC y 178 RN, que niegan efecto frente a tercero a la escritura o documento privado que pretendieran modificarla a menos que, ex art. 1219 CC *"… hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero".* Esta es la explicación de que en el art. 1738 CC los que contratan de buena fe con un apoderado que justifica su representación con escritura sin nota de revocación no se tienen que preocupar de nada más: siempre serán protegidos.

D) Efecto ejecutivo. Si la escritura recogiera una obligación de pago de cantidad determinada (aunque BRANCÓS NÚÑEZ propone que se puedan ejecutar todo tipo de obligaciones no personalísimas, en *El Notario del S. XXI* de mayo/junio 2011), su exigibilidad en juicio se ve enormemente facilitada, ya que el Juzgado puede ordenar directamente la ejecución.

En este sentido, dice el art. 17 LN: *"Es primera copia el traslado de la* ***escritura matriz*** *que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4.º de la*

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó... A los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo el testimonio expedido por el Notario del original de la ***póliza*** *debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma, acompañada de la certificación a que se refiere el artículo 572.2 de la citada Ley".*

En concordancia, se dice en el art. 517 LEC: *"Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos. 1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ... 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes... 5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos".*

E) Efecto prelativo. El efecto ejecutivo que se acaba de explicar soluciona muchos problemas cuando se pretende un cobro o ejecución aislada, pero no en los casos en los que se ha de acudir a ejecuciones colectivas sobre los bienes del deudor ante la insuficiencia de su patrimonio, por lo que es complementado con el que aquí tratamos.

En efecto, el simple hecho de que un determinado crédito aparezca recogido en una escritura le otorga una especial preferencia para el cobro respecto de los que no lo están, así como respecto de los que constan en escrituras posteriores, ex art. 1924 CC: *"Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia: 3.º Los créditos que sin privilegio especial consten: A. En escritura pública. B. Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias".*

F) Efecto traditorio. Sabido es que en determinados sistemas jurídicos como el francés y el italiano la transmisión del dominio se

produce de manera consensual por el simple acuerdo de voluntades en el contrato. Por el contrario, en el sistema del BGB alemán la transmisión de la propiedad se produce por un acuerdo especial con esa finalidad, que es de carácter abstracto (*"Auflassung"*), pues está completamente desvinculado del acuerdo obligacional, lo que se completa con la inscripción registral.

En el sistema español de transmisión de propiedad y demás derechos reales mediante contrato, se tienen que reunir acumulativamente dos requisitos: la entrega de la posesión (modo) apoyada una causa (título). Este sistema de título y modo está explícitamente reconocido en diferentes arts. del CC, como el 1095, pero sobre todo en uno de los más citados de ese cuerpo legal, el **art. 609 CC:** *"… La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición..."*.

Pues bien, si la tradición fuera solo un traspaso posesorio, como cuestión de hecho que es, se producirían unos problemas prácticamente irresolubles en la vida extrajudicial, pues no existiría otra solución que acreditar ante el Juzgado que realmente ha producido ese traspaso y hasta entonces la transmisión de la propiedad y demás derechos reales no se habría completado, con lo que, entre otras cosas, no se podría inscribir en el Registro de la Propiedad.

Cierto es que la traditio *"per chartam"* ya era conocida en nuestro Derecho histórico (Rodríguez Adrados explica que en Las Partidas, Fuero Real, Leyes de Toro…), pero era en época en la que no existía el Registro de la Propiedad y por tanto no existían problemas de coordinación entre traditio y Registro. Cuando se plantea la codificación, el coordinar el sistema de transmisión de la propiedad con el Registro de la Ley Hipotecaria de 1861 era una tarea urgente e insoslayable, por lo que la solución se plasma en el art. 1462 CC. En definitiva, el otorgamiento de escritura pública conlleva un fortísimo efecto traditorio del que carecen otros actos y documentos, pues, aunque no haya traspaso "posesorio de hecho" se cumple la traditio *"... Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario".*

La jurisprudencia del TS es de un rigor indesmayable en exigir para la acreditación de la traditio, o bien una prueba completa en un

proceso judicial, o bien el otorgamiento de la escritura, que **nunca se puede sustituir por simples explicaciones o manifestaciones de los particulares**. Las Sentencias que se podrían citar al respecto sobrepasarían cualquier previsión, así que simplemente nos referiremos a una bien reciente para demostrar la vigencia de este requisito. La STS de 2/12/2010 en su FD 2 nos dice que: *"Los anteriores hechos ponen en evidencia que la venta de los inmuebles se realizó en documento privado. Este contrato constituye el título de quienes compraron para la adquisición de la propiedad... Sin embargo, no puede deducirse de estos hechos que se hubiera producido una entrega traslativa de dominio y que, en consecuencia, hubiesen adquirido la propiedad, careciendo de modo, al no haberse efectuado la tradición, que no se concreta mediante la afirmación hecha en los contratos de que la promotora «vende y transmite» y que los compradores «compran y adquieren»…".*

G) Efecto registral. Ya se ha explicado que la base de producción de efectos de la escritura pública es su "veracidad e integridad" y este núcleo central justifica su eficacia no solo entre las partes, sino en contra y a favor de tercero (arts. 1218, 1219 y 1230 CC).

Frente a lo anterior, el documento privado (aun el reconocido judicialmente) tiene su eficacia limitada a los que lo firman y sus sucesores, pero no frente a terceros, conforme al art. 1225 CC: *"El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes".*

Esta es la explicación de que la regla general es que a los registros jurídicos como el de la Propiedad, el Mercantil y el de Bienes Muebles solo pueden acceder los actos y negocios que estén debidamente documentados "extrajudicialmente" en escritura pública, pues si no fuera así el documento privado acabaría teniendo efectos frente a terceros. Este es el principio de titulación pública o auténtica que excluye al documento privado en el **art. 3 LH**: *"Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en Escritura pública, ejecutoria o documento auténtico exigido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos".*

Insistimos en que son razones documentales antes que hipotecarias las que imponen la titulación pública o auténtica en el acceso al Registro: no es que el art. 3 LH reserve la inscripción a los docu-

mentos notariales. No. Se limita a aplicar la configuración civil de los documentos públicos y privados.

Esta es la regla... que tiene sus excepciones en virtud de norma específica, no extensible y de interpretación restrictiva... lo veremos...

H) Efecto conservación. Ya se ha dicho que el original de la escritura firmado por los comparecientes y el notario –"la matriz"– se queda en la Notaría para su conservación, formando el Protocolo, que no es otra cosa que los libros formados por la encuadernación de las escrituras y actas matrices (art. 17.º LN: *"9. Se entiende por Protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año…"*) y que necesariamente –y a su cargo– realiza cada notario (art. 5.º LN: *"Cada notario formará por sí protocolo"*).

El Protocolo no es un archivo cualquiera, ya que es propiedad del Estado y el notario es solo su archivero, y por eso dice el art. 36.º LN: *"Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán, con arreglo a las leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad".* Si no lo hiciera así incurriría en la responsabilidad civil, penal y disciplinaria del art. 279 RN: *"Los Notarios y los Archiveros serán responsables de la integridad y conservación de los protocolos... Si se deteriorasen por falta de diligencia, los Notarios y Archiveros los repondrán a sus expensas, incurriendo además en responsabilidad disciplinaria. Si resultase motivo racional para sospechar que hubo delito, se pondrá en conocimiento de los Tribunales a los efectos procedentes".*

Se ha de insistir una y otra vez en que la formación y custodia del Protocolo no es una actividad marginal o accesoria de la profesión notarial, sino bien principal, hasta el punto de que se puede afirmar que la oficina notarial lo es por conservarlo y por eso dice el art. 32 LN (al igual que el art. 578 LECrim, de 1882): *"Ni la escritura matriz ni el libro protocolo podrán ser extraídos del edificio en que se custodien, ni aun por Decreto judicial u orden superior…".* Por supuesto que para los particulares tiene una importancia vital como garantía de sus derechos, pero la importancia para el Estado y Administraciones públicas del Protocolo con sus índices es extraordinaria si tenemos en cuenta que hay infinidad de documentos que no se pueden o no se quieren inscribir en ningún tipo de Registro, con lo que la información que proporciona es fundamental para cualquier política estadística, catastral, económica, fiscal, de blanqueo, penal, judicial, financiera, agrícola, de vivienda, etc.

Desde otro punto de vista hay que llamar la atención de que los testimonios son documentos notariales que no se incorporan al Protocolo, aunque según el art. 264 RN de alguna manera se puede decir que se conservan en el Libro Indicador. En cualquier caso esta pseudoconservación no se puede equiparar (por múltiples razones que no es momento de explicar) a la que proporciona aquel, de suerte que si la finalidad del particular fuera la de estricta conservación habrá que recomendarle que se incorpore al Protocolo ordinario mediante escritura o acta según los casos.

I) Efecto garantía. Los documentos elaborados por notario español están blindados por la responsabilidad disciplinaria, civil y penal exigible a los notarios que los autorizan.

La responsabilidad disciplinaria se exige por la organización corporativa del Notariado: Colegios Notariales, DGRN y Ministerio de Justicia, en el que se encuadran como funcionarios suyos. Para atender a las eventuales responsabilidades civiles los notarios depositan fianzas y cuentan con seguro de responsabilidad civil. Lógicamente la responsabilidad penal se sustancia exclusivamente ante los Tribunales.

Insistimos en este efecto inherente a las escrituras españolas porque precisamente en el tema de la circulación internacional de documentos notariales, nos parece que se está actuando con una ligereza que francamente está fuera de lugar.

En efecto, somos firmes partidarios de que se avance en favorecer esta circulación, pero no a costa de lo que sea bajo excusa de un falso progresismo jurídico que tiene más de imprevisión que de otra cosa. Porque lo que no puede ser es que se avance en la circulación de documentos y no se diga nada de lo que puede ocurrir si un particular se ve perjudicado por un documento elaborado en Japón, Rusia, Finlandia o Colombia... ¿qué solución se ha pensado para estos casos de mala praxis profesional?, ¿se tendrá que demandar al notario en Tokio, Vladivostok, Helsinki o Medellín?, ¿con qué resultado?, ¿a qué coste?... Algo habrá que ir pensando sobre todo esto...

J) Efecto sustantivo y su "intensidad" (constitutivo, declarativo y de reconocimiento). Respecto del acto o negocio que incorpora la escritura los efectos que produce esta sobre aquel tienen distinta intensidad según que el negocio "nazca" con ella (constitutiva), se limite a recoger un negocio preexistente sin alterarlo y sin manifestar esa previa existencia (declarativa) o que la escritura

se limite a constatar expresamente el negocio previo (de reconocimiento).

En el grupo de escrituras constitutivas hay que incluir todos aquellos casos en los que el negocio no existía con anterioridad y nace con el otorgamiento mismo de la escritura, bien porque no exista otra alternativa al ser negocios "formales" (hipotecas, capitulaciones, donación de inmuebles…), bien porque siendo simplemente "consensuales" se haya pactado expresamente que el contrato no tendría efectos sino desde el otorgamiento de aquella o cuando se acude directamente a la escritura.

En las escrituras declarativas se deberían incluir todos aquellos casos en los que el negocio (evidentemente "consensual") ya ha nacido previamente a la escritura, pero cuando se produce el otorgamiento de esta nada se dice de esa previa existencia y, al menos externamente, la escritura no es de "reconocimiento" de ese negocio anterior. Aparentemente la escritura podría ser considerada como "constitutiva", pero realmente no lo es y lo que ocurre es que en la patología que pudiera afectar a la consumación del negocio es cuando se descubre que había un previo negocio ya nacido del que la escritura es simplemente "declarativa".

El problema fundamental es decidir lo que hay que hacer en los casos en los que hay diferencias entre lo pactado privadamente y lo que finalmente se ha llegado a recoger en la escritura cuando no hay pruebas evidentes de qué es lo que realmente han querido las partes. Pedro Ávila considera que será siempre preferente lo recogido en la escritura y se apoya en una aplicación "sensu contrario" del art 1224 CC con cita de la STS 28/10/44. No obstante, en nuestra opinión, el tema dista muy mucho de ser claro y nos parece de mejor fundamento la opinión contraria de **González Palomino** (citado por el mismo Ávila). Probablemente en tema tan espinoso lo más prudente sea no dar reglas generales –que en nuestra opinión no existen– y examinar caso a caso en busca de la solución más acorde a la voluntad real de las partes.

En el apartado de escrituras de reconocimiento no hay duda posible, pues las partes expresamente recogen en la escritura su voluntad de dar "forma notarial" a un acto o negocio (evidentemente "consensual") que ya existía previamente en documento privado, administrativo o judicial. Si se trata de documentos privados se conocen como escrituras de "elevación a escritura pública de docu-

mento privado". A estas escrituras se les aplica el art. 1224 CC que, en caso de discrepancia, da preferencia al documento previo salvo novación expresa, pero, en cualquier caso, el negocio nunca nace con la escritura, sino con el pacto inicial.

K) Efecto legitimación.

Una vez que se han fijado los términos del negocio y ha pasado el control de legalidad, la escritura comienza a desplegar una eficacia adicional por su mera existencia ya que por su veracidad e integridad, todos consideran que es "la verdad y toda la verdad". En efecto, como señala Ávila, en paralelo al principio de legitimación que existe en el Registro de la Propiedad (art. 38.1 LH), se puede hablar de que las escrituras notariales otorgan una legitimación, pues gozan de una presunción que permite *"... obtener la seguridad –relativa pero suficiente para la vida jurídica– de que el negocio en aquélla recogido es válido y legal e incluso reconocer, al menos provisionalmente, al sujeto de aquél la titularidad de los derechos que de dicho negocio se deriven".*

L) Efecto seguridad jurídica. Así como el efecto de legitimación proporciona una seguridad al particular sobre la titularidad obtenida en el documento notarial, con este efecto de seguridad nos queremos referir a esa otra dimensión "pública" de la escritura que proyecta sus efectos mucho más allá de los intereses del particular.

Por supuesto que el particular obtiene una seguridad de su escritura, pero debido a la extensión de sus efectos a favor y en contra de terceros, resulta que esa legitimación del particular es reconocida por el resto de particulares, instituciones como Bancos, Administraciones públicas y funcionarios, lo que hace que se extienda como una mancha de aceite por toda la sociedad y es en ese ambiente de seguridad jurídica en el que particulares, familias y empresas progresan y hacen progresar a toda la sociedad.

Este es el efecto fundamental que deben producir los documentos notariales, por más que sea difícil apreciarlo a simple vista cuando la mayoría de la gente no cae en que lo importante no es el medio (la escritura) sino el fin (la seguridad).

Desde este punto de vista la cuestión no sería tanto la "circulación internacional de documentos notariales", sino la "circulación internacional de la seguridad jurídica preventiva": solo cuando los documentos del país de emisión produzcan el mismo nivel de seguridad que los del país de recepción es cuando se pueden aceptar en este.

M) La "extensión" de los efectos de la escritura pública española contra terceros (oponibilidad) y a su favor (utilizabilidad). En materia negocial rige el principio de la "relatividad del contrato", en virtud del cual es únicamente entre las partes contratantes entre las que despliega su eficacia (arts. 1091 y 1257 CC), lo que es siempre de aplicación si el negocio es verbal o en documento privado.

Cuando el acto o negocio está recogido en una escritura pública autorizada por notario, aun cuando el principio general sigue siendo el de la relatividad del contrato entre los que lo suscriben, no se puede evitar el hecho de que se haya realizado por un testigo especialmente privilegiado como es el notario, con el asesoramiento de este y bajo su control de legalidad y de que ese profesional jurídico guarde el original firmado para su conservación en el Protocolo y la expedición de copias. De esa especial intervención notarial se derivan unos efectos que no se pueden dar en los documentos que carecen de ella y que traspasan el ámbito de lo estrictamente privado entre los particulares que intervienen en la misma, ya que aquí rige la veracidad e integridad de la escritura como forma pública del Estado.

Por estos principios los documentos privados nunca pueden atacar una escritura en perjuicio de terceros, ex art. 1230 CC: *"Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en Escritura pública, no producen efecto contra tercero".* Pero también las "contraescrituras" –de manera condicionada respecto de terceros– sufren la misma limitación, ex art. 1219 CC: *"Las Escrituras hechas para desvirtuar otra Escritura anterior entre los mismos interesados, solo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la Escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero"*.

El académico Rodríguez Adrados ha tratado los principios que sustentan la eficacia de la escritura pública notarial en multitud de artículos y conferencias, pero tal vez sea en "Escrituras, contraescrituras y terceros" (tomo III de los seis que componen sus *Escritos Jurídicos,* editados por el Consejo General del Notariado) en donde con mayor extensión trata esta especial materia deshaciendo una confusión muy extendida, en el sentido de que –con independencia del Registro de la Propiedad– las escrituras notariales producen efectos en contra y a favor de terceros.

Explica el autor que *"La teoría simulatoria de las contraescrituras"* procede del art. 1321 del Código de Napoleón, de donde pasaría al Codice italiano de 1865 y al Codice Civile de 1942. Nuestro proyecto de 1851 lo tomaría también del francés hasta llegar al vigente CC con ciertas modificaciones que mejoran sus precedentes, y de ahí pasarían a otros Códigos como los de Chile, Colombia, El Salvador, Uruguay y Argentina.

La legislación notarial desarrolla –según explica Rodríguez Adrados– este principio en el Reglamento Notarial de 1935, el de 1944, el de 1967 y el vigente en su art. 178: *"Se hará constar al final o al margen de la Escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo: 1.º La Escritura o Escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o queden sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1219 del Código Civil".*

Pues bien, el principio de integridad de las escrituras notariales no puede ser entendido –según Rodríguez Adrados– sin explicar la eficacia de las escrituras *"contra terceros (oponibilidad) y a favor de terceros (utilizabilidad)".*

Aclara Rodríguez Adrados que las escrituras notariales producen efecto *"contra tercero"* (oponibilidad), ex art. 1218 CC, pero también las escrituras notariales tienen efectos a favor de terceros en el sentido de que estos pueden utilizarlas en todo aquello que les favorezca. Este principio tiene una formulación negativa en los ya vistos arts. 1219 y 1230 CC, pues, como explica Rodríguez Adrados *"... si la contraescritura no perjudica al tercero, a no ser con los requisitos que el artículo 1219 establece, es porque ese tercero está protegido por la Escritura primordial, de manera que el instrumento público no sólo produce efectos contra tercero, sino también en beneficio de tercero; si el documento primordial no produjera esos efectos protectores del tercero, la contraescritura le perjudicaría siempre".*

Por otro lado, nos recuerda Rodríguez Adrados que los efectos a favor de terceros de las escrituras públicas, es un principio que también tiene una formulación positiva en muchos preceptos de la legislación española, especialmente en el antiguo artículo 24 CCom: *"Las Escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen; pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable"*. Y en el antiguo artículo 29 CCom: *"Los poderes no registrados producirán acción entre mandante*

y mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables".

Hoy los arts. 24 y 29 CCom tienen otro contenido, pero no así los principios en los que se asentaban, tal y como se puede ver en el régimen de las sociedades en formación de los antiguos arts. 11 LSRL y 15 y 16 de la LSA.

Otra aplicación del principio de integridad de las escrituras notariales (en el mismo sentido que el antiguo art. 29 CCom) lo encontramos respecto de las escrituras de poder (arts. 1733, 1734 y 1738 CC). Como dice RODRÍGUEZ ADRADOS: *"A quien contrata con un apoderado... hay que asegurarle la vinculación del verdadero... mandante... hay que protegerle de la contraescrituración, modificatoria o revocatoria, y hay que imponer la continuación del poder extinguido en beneficio de ese tercero... y... en beneficio del apoderado, frente a cualquier otra causa de extinción…".*

Es por esto que la obtención de copias de la escritura de poder está muy restringida, ex art. 227 Rgto Not: *"El mandatario sólo podrá obtener copias del poder si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ello…".*

RODRÍGUEZ ADRADOS concluye señalando que *"… los terceros tienen derecho a pensar que en la Escritura primordial está contenido el negocio íntegro, la totalidad del negocio...".*

18. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE LA EXPLICACIÓN DE LOS "EFECTOS" DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Hay que destacar que la legislación civil española sustantiva y procesal coinciden en aceptar únicamente dos categorías de documentos extrajudiciales no administrativos. Solo dos: los documentos notariales y los documentos privados. Y ambas legislaciones coinciden en definir solo a los primeros, considerando a los privados una categoría residual integrada por todos los documentos que no son notariales, lo cual es de trascendencia extraordinaria a los efectos del presente artículo.

Pues bien, que la categoría de documentos privados es una categoría residual se deduce del art. 1223 CC cuando remite a ella todos los notariales nulos por incompetencia del notario u otros defectos de forma. Igualmente el art. 715 CC, que considera que el testa-

mento cerrado nulo por razones formales puede valer como testamento en documento privado –o sea, como testamento ológrafo– si está todo él escrito, fechado y firmado de propia mano del testador. También hemos de ver que determinadas escrituras nulas sin firmar por los comparecientes pueden valer como pactos "verbales" –incluso con fecha fehaciente–. Pero, en fin, lo que queremos destacar ya inicialmente –insistimos en ello– es que la categoría de documentos notariales es una categoría muy técnica y precisa, de suerte que todo documento que no cumple sus estrictos requisitos se reenvía a la de los documentos privados.

Ya hemos visto que el art. 1216 CC solo considera documentos públicos notariales los autorizados por funcionario que tenga una triple competencia: material (*"notario"*), territorial (*"competente"*) y formal (*"con las solemnidades requeridas por la ley"*; la Ley Notarial, claro, ex art. 1217 CC).

Lo mismo ocurre con la Ley procesal civil, que contiene una enumeración de lo que considera documentos públicos en su art. 317 LEC: *"Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho. 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades".*

Y posteriormente pasa a considerar que son documentos privados los que no encajan en la enumeración anterior, ex art. 324 LEC: *"Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317".*

Pues bien, los documentos privados solo tienen que cumplir el fundamental requisito de la suscripción del art. 1225 CC (aunque

sea con huella dactilar y aunque no conste ni lugar ni fecha) pero no tienen los efectos de los públicos y básicamente solo tendrían una eficacia probatoria mínima y poco más.

En principio parecería que con encajar un documento en el grupo que le corresponde ya podríamos saber los efectos que puede producir... pero como hemos dicho, la cuestión es mucho más compleja, puesto que hay determinados documentos a los que en virtud de ciertas circunstancias especiales se les atribuyen unos efectos que no son los propios de la categoría a que pertenecen, y clasificar, por tanto, un documento de público porque produzca un efecto que no se le reconoce en general a los privados puede producir errores de bulto, ya que puede tener uno solo de esos efectos y no los restantes. En efecto, determinados documentos privados a los que se les añade alguna circunstancia (extradocumental como fallecimiento de firmante, documental como legitimación de firma, judicial como reconocimiento o formal como las "letras") pueden llegar a tener un concreto efecto de los notariales, pero no el resto, ya que eso no los convierte en públicos y no se le anudan el resto de efectos que sí que producen "per se" los que lo son. Veamos algunos ejemplos.

Documentos privados reconocidos. Los documentos privados no es que no tengan fuerza probatoria en el proceso, sino que la tienen muy limitada. Rodríguez Adrados sigue en este punto a Sacristán Represa en el sentido de que podrán valorarse con otros elementos de juicio (STS 12/6/86) y poseen un valor probatorio deducido de las circunstancias del debate (STS 22/10/92 y 10/2/95).

Ahora bien, fuera de este valor probatorio básico, los documentos privados reconocidos –sin dejar de ser privados– pueden tener una eficacia probatoria como si fuera una escritura notarial. Por eso dice el art. 1225 CC: *"El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes".* Y en este sentido el art. 326 LEC aclara que el "reconocimiento" es siempre judicial, equiparando al documento reconocido el "no impugnado" o cuya impugnación no dé resultado.

De todas maneras Rodríguez Adrados aclaraba que el art. 1225 CC es una exageración, pues el documento privado reconocido no se convierte en escritura pública por más que tenga "algunos" de sus efectos entre partes (no contra terceros). Por eso, el art. 1225 habla de que *"tendrá el valor"* de escritura, no que "sea" escritura,

y además se cuida muy mucho de limitar esa eficacia a las partes. Y por eso también el art. 326 LEC tampoco dice que el documento privado se convierta en público, sino que tiene su valor probatorio *"en el proceso"* pero no fuera de él, a diferencia de la oponibilidad y la utilizabilidad del notarial.

Queríamos llegar a esto: el documento privado (aun en copia simple no impugnada, ex art. 268.2 LEC) que sea reconocido, que no sea impugnado o que impugnada su autenticidad haya sido comprobada, tiene la eficacia probatoria en el proceso del documento público... aun sin serlo…

Documentos privados liquidados de impuestos. Los documentos notariales tienen fecha fehaciente frente a terceros por aplicación del antes transcrito art. 1218 CC, pero para los documentos privados no rige esta regla salvo que ocurra alguna circunstancia excepcional como sería que se liquidara de los impuestos en la Oficina Liquidadora que corresponda (o el fallecimiento de algún firmante). En este caso llegaría a tener uno de los efectos típicos de los públicos, ex art. 1227 CC: *"La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio."*

Queríamos llegar a esto: el documento privado liquidado de impuestos (o por fallecimiento de un firmante) tiene desde ese momento fecha fehaciente contra terceros como el documento público... aun sin serlo…

Documentos privados testimoniados. De un documento privado se puede obtener una reproducción notarial exacta mediante el testimonio por exhibición del art. 251 RN: *"Mediante los testimonios por exhibición los notarios efectúan la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a tal fin o dan fe de la coincidencia de los soportes gráficos que les son entregados con la realidad que observen…".*

Ignacio Gomá Lanzón, comentando este artículo (en la edición a cargo del Colegio Notarial de Madrid) atribuye al testimonio la fecha fehaciente del art. 1227 CC y, en general, un valor sustitutorio a todos los efectos del documento testimoniado, pero no absoluto, ya que determinados documentos deben presentarse en original, como el DNI, el Carnet de Conducir y la copia de la escritura, pues un testi-

monio no sirve para acceso al Registro ni para acreditar el poder, ante el hecho evidente de que la copia autorizada es la única que puede tener nota de revocación (Res 15/2/82) por más testimonios que puedan estar circulando de ese poder. Por nuestra parte, llamamos la atención sobre que aunque el notario conserve una reproducción del testimonio en el Libro Indicador (art. 264 RN), técnicamente no se produce el "efecto conservación", pues la finalidad de este Libro no es constituirse en una especie de "Protocolo abreviado", y si lo que pretende el interesado es la conservación del documento, habría que recomendarle un acta o escritura de protocolización, que sí iría al Protocolo ordinario con su especial régimen de conservación y custodia.

Insistimos en que tiene que quedar muy claro que el documento privado testimoniado (documentos mixtos los llamaba RODRÍGUEZ ADRADOS) no entra en una categoría superior y sigue siendo un simple documento privado con fecha fehaciente a partir de ese momento, pero sin ningún otro de los efectos de la escritura pública, pues no hacen prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento, ni de la fecha de ese documento anterior a la intervención notarial, tampoco hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes por sus declaraciones –cabe la excepción de documento no leído– ni tiene entre los firmantes fuerza de escritura porque la intervención notarial no es un reconocimiento "judicial" de su contenido.

Queríamos llegar a esto: el testimonio de un documento privado tiene desde ese momento fecha fehaciente contra terceros como el documento público... aun sin serlo…

Los documentos privados protocolizados. Los documentos privados tienen el inconveniente de su posible extravío o destrucción y para evitarlo cabe la posibilidad de incorporarlos al Protocolo notarial mediante acta (o escritura, según los casos), con lo que ya quedarían sujetos al especial régimen de conservación y custodia al que está sometido el Protocolo. Se pueden protocolizar todo tipo de documentos, sean contratos o no, pero siempre que contengan actos sujetos habrán de estar previamente liquidados de los impuestos correspondientes, tal y como dice el art. 215 RN.

Como se ve, tras la protocolización, el documento privado consigue dos efectos típicos de los instrumentos públicos: el "efecto fecha fehaciente" y el "efecto conservación", pero eso no lo convierte en documento público... "*sin ninguno de los efectos de la escritura pública"* (art. 215 RN).

En este sentido ya la Res 5/9/90 fijó las diferencias entre la escritura pública y el documento privado aunque esté protocolizado o incorporado a un documento público negando su acceso al Registro. Y esta línea se mantiene sin excepción en otras Res bien recientes como la de 19/7/2011.

Queríamos llegar a esto: el documento privado protocolizado tiene desde ese momento fecha fehaciente contra terceros y será conservado en el Protocolo notarial como si fuera un documento público... aun sin serlo…

Documentos privados con firmas legitimadas. Por muchas causas y en múltiples circunstancias, los particulares quieren acreditar que la firma que aparece en un documento no notarial es suya sin que pueda ponerse en tela de juicio. Este es un efecto implícito en todas las escrituras y actas, pero se puede obtener de manera específica mediante el testimonio del art. 256 RN. No obstante, no todas las firmas en documentos privados se pueden legitimar (art. 258 RN), con lo que se ha dado lugar a toda una serie de normas interpretativas (Res de la DGRN, Circular 1/1996 del Consejo General del Notariado, Circular 30/2002 del Colegio Notarial de Madrid) perfectamente estudiadas por Ignacio Gomá Lanzón y que no es momento de detallar aquí. Por cierto que al igual que ocurre con los testimonios por exhibición, técnicamente no se produce el "efecto conservación" por el hecho de constar en el Libro Indicador.

Pero en fin, queríamos llegar a esto: el documento privado con firmas legitimadas tiene desde ese momento fecha fehaciente contra terceros y garantía de autenticidad de dichas firmas como si fuera un documento público... aun sin serlo...

Los documentos privados inscritos. Como ya hemos dicho, la imperatividad de la titulación pública o auténtica en el acceso al Registro (art. 3 LH) es una derivación del principio que antes hemos visto de que el documento privado –aun el reconocido– solo tiene efectos entre las partes y no frente a terceros (art. 1225 CC y 326 LEC).

Ahora bien, excepcionalmente (y dejando aparte algún otro ejemplo como cuentas anuales y algunos nombramientos de cargos en el Mercantil y la obsoleta anotación de crédito refaccionario) hay ciertos documentos privados que tienen acceso al Registro de la Propiedad, como ocurre con el documento privado de distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas, cuya inscripción ha sido ratificada en la Res 7/1/04 DGRN en base al art. 216

LH, *"... Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas..."*.

La subsistencia del art. 216 RH (a la vista de su choque frontal con el art. 3 LH y 1225 CC) es más por "compasión tributaria" que por otra cosa, pues al no constar la distribución en escritura pública va de suyo que no está sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, tal y como ha reconocido la Consulta de la DGT 11/12/02. De todas maneras hay que advertir que la distribución en instancia privada no deja de plantear serios problemas –que no es momento de detallar aquí–, puestos de relieve por Díaz Cadórniga y Martorell García.

Otro caso es el de las instancias privadas solicitando la inscripción a favor de heredero único admitidas en el art. 14.3 LH: *"Cuando se tratare de heredero único, y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo 16 de esta Ley, bastará, para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante"*.

Si imaginamos un documento privado complejo –perfectamente posible– que contenga la distribución de responsabilidad hipotecaria y además un reconocimiento de deuda a favor del acreedor, nos encontraríamos con que el documento tiene fecha fehaciente, tiene acceso al Registro "la distribución", pero como todo lo anterior no lo ha convertido en público, el reconocimiento de deuda no tiene "fuerza ejecutiva".

Si ahora imaginamos un documento privado –bien frecuente– de herencia (con heredero único) y compraventa, nos encontraríamos de nuevo con que el documento tiene fecha fehaciente, tiene acceso al Registro "la herencia", pero como todo lo anterior tampoco lo ha convertido en público, resultaría que respecto de la compraventa no tiene ni "efecto traditorio" ni efecto de "acceso al Registro".

Queríamos llegar a esto: el documento privado inscrito tiene desde ese momento fecha fehaciente contra terceros y acceso al Registro como el documento público... aun sin serlo…

Letras, pagarés y cheques. Una variedad documental realmente interesante es la que integran las letras de cambio, los pagarés

y los cheques, pues a pesar de que son puros documentos privados (aunque tuvieran legitimación notarial de la firma –hoy intervención–), se les reconoce en algunos casos fuerza ejecutiva sin mediación de ningún funcionario a través del procedimiento ejecutivo cambiario de los arts. 819 a 827 LEC.

En efecto, excepcionalmente el tenedor puede accionar contra el aceptante y su avalista sin más trámite, según la Ley Cambiaria y del Cheque de 16/7/85 en su art. 49. Y hay otros casos en los que se sustituye el acta de protesto notarial por una simple declaración de un particular o de otra entidad no pública, ex art. 51 LCyC. Es más, es que hay casos en los que está excluida el acta de protesto notarial (art. 56 LCyC).

Este régimen que acabamos de ver para la letra de cambio se aplica también a los pagarés y los cheques, conforme a lo que disponen los arts. 96, 146 y 147 LCyC, y, en definitiva, todos estos títulos valores pueden acceder al juicio cambiario sin intervención de ningún funcionario.

Queríamos llegar a esto: letras, pagarés y cheques tienen fuerza ejecutiva, como el documento público... aun sin serlo…

Escrituras y actas "documentalmente inválidas" que pueden dar lugar a documentos privados y hasta pactos verbales con fecha fehaciente. Ya hemos dicho que para las escrituras que incurran en nulidad formal insubsanable, o que aun siéndolo se opte por no subsanar, previene el art. 1223 CC: *"La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes".*

La mayoría de la doctrina considera este fenómeno como un caso de conversión formal de documento público en privado, aunque Rodríguez Adrados tiene dudas de esa calificación por la razón de que, en determinados casos, podría ser subsanada la defectuosa por otra nueva escritura, cosa imposible con un simple documento privado. De todas maneras el mismo Rodríguez Adrados considera que sería un documento privado muy especial, ya que tendría fecha fehaciente desde su otorgamiento y los efectos del documento privado con firmas legitimadas, siempre que la causa de nulidad no afectara a la legitimación misma.

¿Y si la escritura ni siquiera se llegó a firmar por las partes? Evidentemente en este caso no puede haber documento privado de ninguna clase, pero ello no excluye que llegue a existir un pacto verbal

si se dio el consentimiento, objeto y causa de que habla el art. 1261 CC, con lo que se plantearía una situación ciertamente curiosa y excepcional. Seguro que serán supuestos que no se dan todos los días, pero puede ocurrir algún caso de escrituras firmadas fuera del despacho, en condiciones precarias que se han tenido que corregir varias veces, con intervención de muchas personas (para cancelar condiciones resolutorias, levantar prohibiciones de disponer, testigos que tienen prisa, etc.) y pudiera ocurrir que haya muchas firmas... pero falten las de comprador y vendedor, que inicialmente estaban conformes con un primer borrador, pero que finalmente no llegaron a firmar la versión definitiva, por descuido, enfermedad o accidente…

La situación descrita sería muy similar al caso del documento privado –incluso escrito por las partes– que puede llegar a recoger las firmas de testigos pero que debido a alguna circunstancia excepcional no llega a ser firmado por comprador y vendedor. Pues bien, como ya se ha dicho, sin firmas no puede haber documento privado, pero nada impide que pueda existir y probarse un pacto verbal que sea válido y eficaz en esa forma.

Decimos que la situación es similar a la del documento privado sin firmar... pero no es igual, ya que en el caso de la escritura nula sin firmas de las partes, nada impide que se pueda aceptar y probar la existencia de un pacto verbal, que vendrá "descrito" en una escritura –acaso con firmas de testigos y otros intervinientes– que está incorporada a un Registro Público que es el Protocolo Notarial propiedad del Estado, en una fecha determinada. En estos casos, si tenemos que ser congruentes con la solución propugnada para las escrituras nulas firmadas, nos encontraríamos con un pacto verbal que tendría fecha fehaciente…

En fin, centrándonos en los casos más frecuentes... queríamos llegar a esto: la escritura nula firmada por las partes, como documento privado, tiene desde el otorgamiento fecha fehaciente contra terceros y autenticidad de las firmas, como el documento público... aun sin serlo…

En definitiva, todos los casos que hemos relatado en este capítulo son una excepción a la regla general de que los documentos privados no tienen los efectos de los públicos; pero el hecho de que se les reconozca "algún" efecto típico de los notariales no quiere decir que se transformen en públicos y, por tanto, no tienen el resto de efectos que con carácter general sí que ostentan estos.

Lógicamente, como son supuestos excepcionales cumplen todo el protocolo de actuación de las excepciones jurídicas: solo se producen por virtud de una norma expresa que así lo impone, no se pueden extender a supuestos no estrictamente comprendidos y habrán de ser objeto de interpretación restrictiva.

19. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE QUE EL SISTEMA DOCUMENTAL ESPAÑOL DEL CC ES ABSOLUTAMENTE INFLEXIBLE: SOLO RECONOCE COMO ESCRITURAS Y NOTARIOS A LOS ESPAÑOLES, NO A LOS EXTRANJEROS, CUYOS DOCUMENTOS SE TRATAN COMO DOCUMENTOS "ESPECIALES" DE MUY DIFÍCIL ENCAJE

Con lo dicho hasta aquí –que aunque cueste reconocerlo es solo un apretado resumen de las cuestiones implicadas– consideramos más que probada la afirmación del arranque de estas líneas sobre las enormes dificultades que se plantean en la circulación internacional de documentos notariales.

Pero el sistema documental español diseñado en el CC todavía nos guardaba una última sorpresa, pues, como es absolutamente inflexible, obliga a encajar a los documentos notariales extranjeros en una sola de las categorías posibles: o entran dentro de la de los documentos notariales españoles o son documentos privados; no hay más alternativas. Nótese que esta clasificación no se puede hacer solo por el nombre, solo por la apariencia. Ya lo hemos dicho al principio: no basta que un documento "se titule" como escritura para pensar que automáticamente "es" una escritura que cumple los requisitos y tiene los efectos de las españolas. No. El análisis tiene que ser más complejo y profundo.

Y claro, el decidir esta cuestión es vital, ya que si se incluye en la categoría de documentos notariales ya gozarían "per se" de todos los efectos generales de las escrituras españolas, mientras que si no caben en esa categoría solo podrían encajar en la residual de documentos privados, con lo que –al igual que ocurre con el resto de documentos privados españoles– solo tendrían aquellos efectos que excepcional y específicamente les atribuyera alguna norma consuetudinaria, jurisprudencial o legal.

Así pues la pregunta sería... Cuando nuestro CC se refiere a "notario" o "escritura", ¿se está refiriendo solo a los españoles o incluye

también a los notarios extranjeros y sus escrituras? La respuesta lógica sería que se refiere solo a los españoles, a la vista de que el legislador español solo tiene competencias legislativas dentro del territorio de su soberanía... y sin embargo acontecimientos que escapan a lo previsible, a lo imaginable, nos obligan a perder un tiempo precioso en explicar lo obvio…

En efecto, el catedrático de "Derecho Internacional" SÁNCHEZ LORENZO, la SAP reiteradamente citada de Santa Cruz de Tenerife y hasta el mismísimo Director General de Registros en la desafortunada Res 22/2/12, dicen que como el CC se refiere a la "legislación notarial" a secas esto bien pudiera ser porque se está refiriendo no a la española, sino a cualquier legislación notarial extranjera... así, sin más...

Y claro, si todos hemos estudiado en las mismas Facultades de Derecho, hemos aprobado las asignaturas de Derecho Internacional Público y Privado y de Derecho Civil y nunca jamás habíamos oído semejante dislate... ¿de dónde ha salido?... porque de las oposiciones a judicaturas es imposible, ya que no hay ni un solo tema de Derecho Notarial… ¿?

Esta interpretación de que el art. 1217 CC está remitiendo a la legislación notarial extranjera se hace muy alegremente, pero como no se explica lo más mínimo, nos obliga a intentar darle algún sentido. Veamos…

Desde un punto de vista genérico vendría a significar que los documentos extranjeros se regirían por la legislación notarial de su país de origen y los españoles se regirían por nuestra legislación notarial... ¿Y?... este planteamiento nos deja como al principio, es un brindis al sol, no nos lleva a ninguna parte. Por supuesto que los requisitos y efectos de los documentos extranjeros se rigen por su legislación y los de los nuestros por la nuestra. Es que no puede ser de otra manera desde el momento en que los diferentes países no tienen competencia legislativa para otra cosa y ni el país extranjero puede imponernos los efectos que tengan sus documentos en España, ni nosotros podemos imponer los requisitos y los efectos que hayan de tener los documentos extranjeros. Pero con este planteamiento lo que no se resuelve es el problema de los efectos que un documento extranjero pueda tener en España, que es lo que aquí nos convoca.

Así pues, esta supuesta remisión a la legislación notarial extranjera por fuerza ha de tener un significado más concreto, y mucho

nos tememos que lo que se pretende decir es que como el documento extranjero ya ha cumplido los requisitos que le exige su legislación de origen resulta que entonces ha de producir en España todos los efectos que producen los documentos notariales españoles... y esto es lo que no puede ser, pues para ello debería haber una norma que dijera algo que ya hemos dicho al principio, o sea, que ***"Todos los notarios y todas las legislaciones notariales del mundo son iguales, por lo que todos los documentos notariales producen los mismos efectos en cualquier país".*** Pues no. Esto no lo dice el art. 1217 CC, ni el 1216, ni el 11, ni el 12.3, ni el 12.4, ni el 1278, ni el 1279, ni el 1462, ni ninguna otra norma del ordenamiento jurídico español. Es más, nadie puede citar ninguna norma de ningún otro país que diga algo remotamente parecido. Y no lo dice ninguna ley española o extranjera, porque ningún país tiene competencias legislativas para inmiscuirse en la legislación y los documentos de otro.

Y más todavía, no existe ninguna norma supranacional ni de ningún organismo internacional que diga semejante dislate, ni el Convenio de La Haya sobre testamentos, ni Roma I, ni la normativa sobre SA europea, ni la de unión temporal de empresas europeas ni ninguna otra; es una desgracia pero es así: se tratan los aspectos negociales de determinadas materias y se olvidan los aspectos documentales.

Por contra, lo que sí hay son muchas pruebas de lo contrario, de que los servicios notariales no están liberalizados por ser prestados por funcionarios que ejercen funciones públicas por delegación del Estado; lo dicen así La Directiva Europea de Servicios de 2006, la Ley Española de Servicios de 2009, el Convenio Consular de París de 2011 y toda la legislación documental española, que es completamente indisponible y absolutamente imperativa, de suerte que la aplicación indirecta de la legislación extranjera por medio de la recepción de sus documentos en España en ningún caso puede infringir nuestro orden público y hacer fraude a nuestra ley. Tan es así que la Resolución del Parlamento Europeo de 2008 sobre Documento Público Europeo ha detectado el problema y pretende que se elabore una legislación europea para evitar la colisión de legislaciones documentales... pero ¡ojo!... que esa legislación solucionará algunos problemas documentales no entre los 194 países de la ONU, sino solo entre parte de los 27 países de la UE, ya que no participa-

rán ni los países anglosajones ni los nórdicos, pues los **documentos nunca pueden tener en el extranjero más efectos que en el país de origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción.** Por cierto que ya hemos explicado que de ese futuro documento público europeo se excluirán, a favor de los notarios del foro, los documentos sobre inmuebles, que están ligados a los sistemas registrales, por la misma razón que la competencia judicial sobre inmuebles es siempre de los Tribunales del país de su situación.

Pero es que además el mismo planteamiento de esta cuestión infringe las reglas de la lógica, pues incumple las máximas de evitar resultados absurdos y pretende tomar como reglas lo que no pasan de ser excepciones, y si nos prestamos a este juego de despropósitos es simplemente porque determinados operadores jurídicos (¡sí, también nuestra actual DGRN!) nos obligan a ello.

Desde este punto de vista, cuando el art. 1216 CC impone como requisitos que el notario sea competente y que el documento cumpla las solemnidades legales, evidentemente se está refiriendo a requisitos españoles, pues para los extranjeros no tiene competencia legislativa; cuando el art. 1217 CC remite para los documentos notariales a la legislación notarial, se está refiriendo a la española, pues el legislador español no puede imponer a un país cómo y dónde regula los documentos notariales y bien pudiera ser que los documentos notariales se regulen dentro del mismo Código (como ocurre en España con los testamentos) o se regule dentro de otro tipo de legislación no específicamente notarial, que a lo mejor ni existe; cuando el art. 1218 CC atribuye a los documentos notariales el efecto de fecha fehaciente aun contra tercero, cuando el art. 1219 CC niega eficacia a la contraescritura salvo que se anote en matriz y copia, cuando el art. 1220 CC condiciona la eficacia al cotejo entre matriz y copia de la escritura impugnada, cuando el art. 1221 CC regula los grados de eficacia de las copias de documentos cuya matriz ha desaparecido, evidentemente se están refiriendo a los documentos españoles, pues el Estado español no es quién para legislar sobre los efectos de los documentos extranjeros, sencillamente no tiene competencias legislativas para ello y por eso en el mundo anglosajón los documentos notariales no tienen esos efectos.

¿Pero se ha caído en la cuenta al absurdo al que nos lleva este planteamiento? Si lo extendiéramos a todas las áreas jurídicas resultaría que el ordenamiento jurídico español se vendría abajo como

un castillo de naipes y se produciría el caos que describe Cervantes en el Campo de Agramante del Quijote y que ya citamos en otro artículo: *"... quiero que veáis por vuestros ojos cómo se ha pasado aquí y trasladado entre nosotros la discordia del campo de Agramante. Mirad cómo allí se pelea por la espada, aquí por el caballo, acullá por el águila, acá por el yelmo, y todos peleamos, y todos no nos entendemos..."*.

Porque vamos a ver, si ahora resulta que cuando una norma se refiere a otra y no le añade específicamente el calificativo de ***"española"*** todos podemos poner en duda si se está refiriendo a la legislación española o a cualquier otra extranjera, se bloquearían los Juzgados, las Notarías, los Registros, los despachos de Abogados, la Administración, las empresas y, en fin, la vida jurídica, social y económica del país.

Imaginemos que a la vista de que un altísimo cargo del Ministerio de Justicia va diciendo por ahí (¡nada menos que en el BOE!) que las referencias a las leyes que no lleven el calificativo de "españolas" se pueden entender legítimamente que se refieren a legislaciones extranjeras, empiezan a hacer lo mismo todos los operadores jurídicos y los deudores se acogieran para no pagar a que no está claro si las referencias a la LEC es a la española o a la portuguesa; por lo mismo las remisiones a la Ley Hipotecaria de muchas normas bien pudieran ser a la de Argentina; las de la Constitución pudiera ser a la de USA; las relativas a la normativa de sanidad vegetal pudieran ser a la de Polonia; las de importación de cerdos pudiera ser que se estuvieran refiriendo a la legislación rumana sobre el particular y así podría ocurrir respecto de la legislación local, los Tribunales, el Parlamento, los horarios comerciales, etc., pues siempre cabría entender las remisiones a esas normativas e instituciones bien pudieran ser a las de Brasil, Japón, Australia o Tanzania... **Nótese que si este planteamiento triunfara habría que modificar de inmediato todas las normas jurídicas españolas para lograr que las menciones y remisiones que hicieran a cualquier norma siempre llevaran el calificativo de "española" ¿?**

En fin, como hubiera dicho el inefable "viejo profesor" don Enrique Tierno Galván: *"sosiéguense"*... ¿No será mejor entender lo que desde siempre se ha entendido y no es otra cosa que es más conforme a las reglas de la lógica jurídica (y de la lógica a secas), que la regla general es la que se aplica a la generalidad de los casos

y que las excepciones se tienen que establecer claramente para ser aplicadas a supuestos concretos?... Si este planteamiento que proponemos triunfara (vaya: es que lleva triunfando desde que el mundo es mundo o al menos desde la Grecia clásica tan profundamente estudiada por Francisco Rodríguez Adrados) bastaría tener bien claro que cuando el legislador español (en el Código Civil y en cualquier otra norma) se refiere a otra legislación lo está haciendo, como regla general, a la española, y que cuando, excepcionalmente, se refiere a alguna legislación extranjera lo dice de manera expresa.

Venimos diciendo que esta interpretación de que el CC cuando se refiere a la legislación notarial incluye a la extranjera, no está sustentada en norma alguna, nacional, extranjera o internacional e infringe las reglas de la lógica tanto de la jurídica como la que no lo es, pero es que además... no es cierta... porque si lo fuera... ¿cómo en los tres últimos siglos que lleva en vigor el CC nadie se había dado cuenta?...

Rápidamente hacemos una pequeña encuesta doméstica con los ejemplares de CC que tenemos a mano para ver si es que llevamos leyéndolos mal toda la vida y en los comentarios y concordancias de los arts. 1216 y 1217 (o en cualquier otro que se refiera en general a notario y escritura) se dice algo así como ***"téngase en cuenta la legislación notarial mundial de los 194 países de la ONU".***

Pues no. El catedrático de "Derecho Civil" y magistrado del TS Xavier O'Callaghan Muñoz, en su CC comentado y con jurisprudencia, de Editorial La Ley, las únicas remisiones que tiene en los arts. 1216 a 1230 es al Reglamento Notarial español, al que cita con el número de artículo y hasta el párrafo y ni menciona a la legislación notarial extranjera.

El también catedrático de "Derecho Civil" Fco. de Paula Blasco Gascó, en la edición anotada y concordada del CC editada por Tirant lo Blanch, las únicas remisiones que hace en esos arts. es también al Reglamento Notarial español, al que señala con números y párrafos. Lo mismo ocurre con el CC de Civitas en varias ediciones de distintos años. Hasta en una curiosa edición del CC de la Revista de Legislación hecha en Madrid en 1903 las remisiones que se hacen es a la Ley del Notariado y al Rgto Notarial, a los que se cita con los núm. de artículos, párrafos y apartados.

De todas maneras también pudiera ser que estos arts. 1216 a 1230 CC hubieran sido reformados de manera que a lo mejor la

versión actual omitiera alguna referencia a la legislación notarial extranjera que pudiera fundamentar la opinión que aquí combatimos. Pues no. Comprobamos en *El Código Civil y sus reformas*, del catedrático de Derecho Civil Enrique Lalaguna, editado por el Colegio Notarial de Valencia, que estos arts. no han sufrido ninguna modificación en el sentido apuntado.

Pero no nos podemos dar por conformes y nos hemos de remontar más allá, ya que es bien sabido que los textos finales de las leyes son fruto de transacciones y enmiendas, con lo que pudiera ocurrir –y de hecho ocurre en muchos casos– que el texto final que se publica en el BOE –antes en la Gaceta– finalmente tenga un sentido que no era el que querían sus autores. Para despejar estas dudas acudimos al magisterio del letrado de la DGRN Manuel Peña y Bernaldo de Quirós en la 2.ª edición de su libro *El Anteproyecto del Código Civil Español 1882-1888,* editado por el Consejo General del Notariado, en el que consta cada art. añadiéndole su equivalente en el Proyecto de 1851 y, si es el caso, el art. concordante de otros códigos mundiales. Para demostrar que lo que combatimos no tiene apoyo en el Proyecto de 1851 ni en el Anteproyecto de 1882-1888, nos vemos obligados a transcribir la serie completa hasta el actual CC:

*** Art. 1199 Proyecto CC 1851:** *"Instrumento público es el que está autorizado por un oficial o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos, y como tales hacen plena fe".*

*** Art. 1233 Anteproyecto 1882-1888:** *"Se reputarán documentos auténticos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley, y los que, escritos sin la intervención de aquellos funcionarios, hubiesen sido legalmente reconocidos por los que los firmaron o sus causa-habientes".*

*** Artículo 1216 CC:** *"Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley".*

**** Art. 1200 Proyecto CC 1851:** *"El instrumento público en que se consignan las obligaciones de los contrayentes y su descargo, deben otorgarse ante escribano competente en la forma prescrita por la ley: este instrumento se llama escritura pública".*

**** Art. 1234 Anteproyecto 1882-1888:** *"Los documentos en que intervenga Notario público estarán sometidos a la legislación Notarial".*

**** Artículo 1217 CC**: *"Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial".*

Se ve claramente que no existe el mínimo atisbo de que entre los precedentes inmediatos del CC las remisiones a la legislación notarial se estén haciendo a la ley extranjera, pero tampoco deberíamos conformarnos con esto, pues bien pudiera ser que entre los precedentes históricos más remotos sí que se pudiera encontrar alguna fundamentación para ello, con lo que aún deberíamos ir más allá... El problema es que para esa investigación el autor se declara sin capacidad: vaya, le supera…

Así pues, para ir más allá de 1851 nos tendremos que fiar de lo escrito por los que sí lo han hecho, con lo que la pregunta sería... ¿alguien puede citar algún autor que haya estudiado los precedentes históricos de nuestra legislación para hallar alguno que diga que cuando nuestras leyes se refieren a legislación notarial, notarios o escrituras se está refiriendo también a los extranjeros? Esta es la cuestión, pues el papel aguanta todo lo que se le quiera poner encima y claro, las afirmaciones han de ser de alguna manera fundamentadas en argumentos sólidos, pues lo que no es de recibo es decir como todo argumento que se ha leído en el BOE, porque alguien con el suficiente poder para hacerlo publica ahí sus opiniones personales sin otra base que su voluntad.

Extraña sobremanera que los que afirman lo que combatimos no aporten la más mínima prueba o precedente que sustente sus afirmaciones aunque pudiera ser que la tengan y no la muestren por una simple cuestión de espacio en las publicaciones de artículos, sentencias o BOE, pero... ¿cómo nunca nadie había afirmado tal cosa, si existen esos estudios, si existen esas publicaciones?, ¿dónde están?, ¿cómo nadie las conoce? A la espera de respuesta podemos afirmar que no hemos leído (ni de lejos) toda la doctrina notarialista y civilista sobre la cuestión... pero aunque solo sea por referencia no se nos ocurre explicación para no habernos enterado a estas alturas de práctica profesional que Bono Huerta, Vallet de Goytisolo, Cámara, Jiménez Arnau, Núñez Lagos, y, en general, los historiadores del Derecho, venían advirtiendo de esta característica del sistema documental español en la que el legislador patrio legisla más para el exterior que para el interior…

Como no manejamos las fuentes históricas nos hemos de fiar de los que sí lo hacen, como Antonio Rodríguez Adrados, que las ha es-

tudiado desde todos los puntos de vista en múltiples artículos, de los que se puede destacar el de su tomo II de *Escritos Jurídicos* sobre los "Sistemas Notariales en el mundo", en el que estudia las Novelas de Justiniano sobre los tabelliones; las Decretales del Derecho Canónico; los glosadores y posglosadores de Bolonia como Raniero de Perugia, Salatiel y Rolandino; la regulación notarial de Jaime I en Fori Regne Valentiae de 1240; la regulación notarial en Compilación de Huesca del Obispo Vidal de Canellas de 1247; la obra de Alfonso X el Sabio, el Fuero Real y Las Partidas, que tratan de escrituras y escribanos recogiendo las doctrinas de Salatiel y Rolandino a través del *Speculum iuris* de Guillermo Duranti; la Pragmática de Alcalá de 1503 de Isabel la Católica sobre sistema instrumental y el protocolo; la Constitución del emperador Maximiliano –abuelo de nuestro Carlos I– de 1512, sobre la función notarial inspirada en Baldo; la Ley francesa de 25 de Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803) separando la fe pública judicial y extrajudicial.

También Rodríguez Adrados ha desentrañado la codificación española, en especial en "El Documento en el Código Civil", del tomo III de sus *Escritos Jurídicos*, en el que solo la reseña de la bibliografía utilizada ocupa nada menos que ¡14 páginas! Lógicamente, no podemos transcribirla salvo en apretada síntesis, para decir que estudia a Augusto Comas, Vicente Romero y Girón, Francisco Cárdenas, Alonso Martínez, Fabié, Antequera, Sánchez Román, Francisco Lastres, Gonzalo de las Casas, Falcón, Bofarull, Pedregal, Del Viso-Salom, Bonel, Navarro Amandi, Otero y Valentín, Díez de Ulzurrun, López Rodríguez Gómez, Manresa, Mucius Scaevola, Escriche, Gómez de la Serna, Montalbán, Benito Gutiérrez, Sánchez Molina, Gorosábel, Fernández de la Hoz, Antonio Gómez, Gregorio López, Covarrubias, Matienzo, Febrero, Gamazo, Herrero, Sánchez Molina, Juan Andrés, Moreno, Díaz de Montalvo, Castillo, Firmat Cabrero, Pareja, Acebedo, Sigüenza, Aznar, Faria, Parladorio, Muro, Montaut y Trigueros, Azcárate, Pacheco, Díaz de Valdepeñas, Roque de Huerta, Juan José Sánchez, Monterrosso, Palomares, Monasterio y Gali, Pérez de Salamanca, Rodríguez San Pedro, Tello Fernández, Gómez y Negro, Flórez de Quiñones y Palacios Rubios; y fuera de España a Rolandino, Guillermo Duranti, Baudry-Lacantinerie, Pothier, Dumoulin, Demolombe, Carolus Molinaeus, Carnelutti, Ferrucci, Baldo, el Abad Panormitano, Nicolás de Matharelli, Laurent, Colmet de Santerre, Jauvert, Couture, D'Onofrio, Aubry et Rau, Rogron, Zacarías, Lomonaco, Lessona, Bonnier, Beudant y Bartolo; basa sus estudios en Novelas de Justinia-

no, Las Partidas, Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, Ley Tercera de Toro con la adición de Felipe II en la Pragmática de 1566, Nueva y Novísima Recopilación, la Pragmática de Alcalá de Isabel la Católica de 1503, Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos con sus Notas Breves, Notas del Relator y Suma de Notas Copiosas, Ordenanzas Reales, LEC de 1855 y de 1881, el Proyecto de Ley de Bases de 22/10/1881 y el de 7/1/1885 junto con la Ley de Bases de 11/5/1888, y la extraña circunstancia de que el RD de 6/10/1888 ordenó publicar el CC adjunto y resulta que la Comisión de Códigos siguió reuniéndose hasta el 29 de noviembre introduciendo modificaciones, los Proyectos de CC de 1821 y 1836 publicados por Lasso y Gaite, el Proyecto de 1851 con los Comentarios de García Goyena y el Anteproyecto de 1882-1888...

Y volvemos a formular la pregunta a la vista de tan apabullante aparato bibliográfico... ¿cómo es que ni Rodríguez Adrados ni nadie entre los que han estudiado todas esas fuentes nunca han dicho cosa tan llamativa como que nuestro CC se está refiriendo a la legislación, notarios y escrituras extranjeras cuando habla de legislación notarial, notarios y escrituras?

En nuestra opinión, no hay precedente que apoye lo que aquí rechazamos, pero es que el mismo CC da muchas pruebas de que se refiere solo a la legislación notarial española, al notario y la escritura españoles. Veamos.

Hemos dicho que el art. 1200 del Proyecto de 1851 se refería a *"escribano"* y lo mismo ocurría en otros arts. del Proyecto como el 1216, 1217, etc. Pues bien, esto demuestra que se estaba refiriendo únicamente al notario español, pues esa denominación no existe en ningún otro país salvo los de influencia española, y, desde luego, es absolutamente desconocida en Europa, Asia, África, Oceanía y casi toda América del Norte.

El antiguo art. 1215 CC, que ha estado vigente hasta la LEC de 2000, decía: *"Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos…".* Pues bien, la locución "*instrumentos"* es una locución exclusivamente española que proviene de Las Partidas para referirse a los documentos notariales españoles (escrituras y actas) y que no se puede encontrar en ningún otro país. Por eso los ya transcritos arts. 1199 y 1200 del Proyecto de 1851 seguían con la tradicional denominación de *"instrumentos"*.

Por su parte, el art. 1216 CC exige que el notario sea *"competente",* y el CC en otros pasajes, como el art. 1223, insiste en que

la escritura puede llegar a ser nula por *"incompetencia"* del notario, todo lo cual es típica y exclusivamente español. En efecto, hasta la Ley del Notariado de 1862 coexistían en España notarios de muchas clases, eclesiásticos, de los concejos y las villas, de nombramiento real... algunos con competencia para actuar en todo el reino y otros con competencia local y los conflictos sobre esa materia eran moneda frecuente hasta el punto de que la Ley del Notariado, que acabó con esa situación, se le llamó de "arreglo del Notariado". El CC, que entró en vigor unos pocos años después, todavía mostraba preocupación sobre el asunto (lo mismo que los transcritos arts. 1199 y 1200 del Proyecto de 1851 y el 1233 del Anteproyecto), pues aún se sufrían las consecuencias de los conflictos de competencia que hoy son pura anécdota... Insistimos... en España, respecto de notarios españoles... Por otro lado, si se estuviera refiriendo a notarios extranjeros... ¿cómo vamos a juzgar desde España que un notario extranjero es "competente"?, ¿con arreglo a qué criterios?, ¿existen en el extranjero los criterios de competencia material, territorial y formal de España?...

Por otro lado, el art. 1216 CC se refiere a *"Notario o empleado público"*, el art. 1217 CC a *"Notario público"*, el art. 1221 CC a *"funcionario público que las autorizara"* (expresión de "autorizar", exclusivamente notarial española) y ya hemos visto que el art. 1199 del Proyecto de 1851 lo llama *"oficial"* y el Anteproyecto *"Notario o empleado público"* y directamente *"funcionarios"* (art. 1233). Así pues, el notario al que se refiere nuestro CC tiene que ser "funcionario", con lo que no se está refiriendo a notarios extranjeros, pues hay muchos países en los que los notarios no son funcionarios, singularmente los anglosajones y en particular los de Londres que son de nombramiento arzobispal bajo amenaza de sanción con duras penitencias.

Por su parte, en los arts. 1220 y 1221 CC (y en otros muchos pasajes del CC) se habla de *"matriz"*, *"protocolo"* y *"copias"*, que son expresiones notariales típicas españolas (como "autorizar", presente en muchos arts. CC) y que revelan que no se está pensando ni en notarios ni en escrituras extranjeras. En efecto, Rodríguez Adrados en el artículo antes mencionado sobre sistemas notariales nos aclara que estos conceptos de matriz y protocolo no existen en países que se autorizan *"en brevet"*, es decir, que el documento original con las firmas es el que circula y el notario se queda con una copia; y

cita determinados documentos de Francia, Alemania e Italia, a los que añadimos por experiencia propia ciertos poderes de algunos cantones de Suiza. Por otra parte, decía RODRÍGUEZ ADRADOS que inicialmente los notarios ingleses carecían de Protocolo, aunque dudaba que no lo hubieran adoptado ya... En fin, si nuestra legislación notarial define Protocolo (en arts. ya citados) como la colección de escrituras matrices propiedad del Estado bajo custodia de un notario funcionario... ¿cabe pensar que las propiedades del Estado español se entreguen a la custodia de funcionarios que no son españoles y en una gran mayoría de casos ni siquiera son funcionarios?...

Lo mismo ocurre con el cotejo de copias de escrituras, al que se refiere el art. 1220 CC. En efecto, este art. parte de la base de que se impugne "la copia" y que haya de ser cotejada con la matriz, con lo que se está refiriendo a los documentos españoles, pues ya hemos dicho que en otros países lo que circula es la matriz y no la copia. Además, según el art. 32 LN, para "desglosar" una matriz (sacarla del Protocolo y llevarla al Juzgado) se necesita dejar una copia con "intervención del Ministerio Fiscal" y si se trata de mostrar una matriz para algún cotejo se necesita una "orden judicial", lo mismo que el art. 320 LEC exige para el cotejo de otros documentos la intervención del "secretario judicial", todo lo cual revela que nuestras leyes se refieren solo a documentos españoles, pues no es de recibo pensar que están diciendo cómo se tienen que comportar otros países para la comprobación de la autenticidad de las copias de sus documentos, incluso es evidente que muchos países no cuentan con "secretarios judiciales" con el sentido que le da nuestra legislación.

Por supuesto que el art. 1221 CC se está refiriendo a documentos notariales españoles, pues está dando reglas sobre cómo hay que apreciar la prueba de las copias cuando ha desaparecido la matriz, con lo que no tiene presente aquellos países en los que lo que circula es la matriz y lo que se guarda es la copia.

También cuando el art. 689 CC ordena que se presente el testamento ológrafo ante el juez de 1.ª Instancia del domicilio del testador y que luego (art. 693 CC) este ordenará que se protocolice en el "notario correspondiente", evidentemente se está refiriendo a juez ("1.ª Instancia") y notario ("correspondiente") español. Lo mismo que cuando el art. 704 CC ordena que se protocolice el testamento en la forma prevista en la "Ley de Enjuiciamiento Civil" es evidente que se está dando por supuesto que se trata de juez y notario español.

Por su parte, el art. 1872 CC permite al acreedor que no haya cobrado enajenar la prenda mediante subasta ante notario con citación del deudor y del dueño de la prenda. Pues bien, si nos acogiéramos a la interpretación que combatimos esto podría suponer que el acreedor avispado organizaría una subasta ante notario de Helsinki y... el que quiera que vaya...

Por no hablar de nuestras Leyes sobre la Hipoteca Naval y sobre la Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, que admiten que las navales y las prendas se constituyan en "escritura o póliza", lo que demuestra que se está refiriendo solo a notario español, pues la variedad documental de la "póliza" es desconocida en el resto del mundo.

En fin, y así podríamos seguir con un ejemplo tras otro, pero tal vez lo más claro de todo sería volver a la máxima de la regla general y las excepciones. En efecto, lo que es absolutamente claro es que cuando el CC quiere referirse a los documentos extranjeros no es necesario buscar interpretaciones retorcidas, pues se le entiende perfectamente…

Así, tendríamos que el Capítulo IV del Título Preliminar del CC se dedica a las "Normas de Derecho Internacional Privado", con lo que es claro que el art. 11 CC se está refiriendo a documentos hechos en el extranjero.

Los arts. 49 y 50 CC se refieren expresamente a la forma de celebración del matrimonio de españoles en el extranjero y extranjeros dentro y fuera de España.

Si ahora nos trasladamos al Capítulo I, "De los testamentos", del Título III, del Libro III del CC, resulta que tiene diez Secciones, en las que se regula todo lo relativo a esta materia y tiene una Sección núm. 9 con un título bien revelador: "Del testamento hecho en país extranjero". No hay duda…

Pero tal vez la mejor prueba de que la interpretación que combatimos es absolutamente inaceptable, nos la da la práctica jurídica de los siglos XIX, XX y XXI. Veamos...

Durante estos tres siglos, generaciones y generaciones de licenciados en las Facultades de Derecho, si llegan a saber que lo mismo vale un notario y una escritura extranjera frente a las españolas, se habrían aplicado al estudio de la legislación notarial extranjera, unos para impugnar las escrituras que les perjudiquen, y otros para sostener su validez y eficacia. En las oposiciones de letrados del

Consejo de Estado y de las Cortes, en las de abogados del Estado, en las de Notarías, en las de Registros, en las de catedráticos de Derecho Civil, en las de Judicaturas y en las de catedráticos de Derecho Internacional habría unos extensos temarios sobre la legislación notarial de los 194 países de la ONU, pues si cualquier documento notarial de un país extranjero vale tanto como el español lo lógico sería tener un mínimo conocimiento de esa legislación, no fuera a ser que no se cumplieran los requisitos documentales exigidos en origen... ¿dónde están esos planes de estudio?... ¿dónde están esos temarios de oposiciones?...

Y más... durante estos tres siglos, generaciones y generaciones de jueces y funcionarios españoles han otorgado documentos notariales (¿cientos de miles... millones...?), o han ordenado su protocolización notarial, y si lo mismo vale un notario y una escritura extranjera frente a las españolas, lo que no se explica es que ningún funcionario español (gobernadores civiles, delegados de Hacienda, presidentes de Diputación, alcaldes, delegados del Gobierno, de la Vivienda, jueces, magistrados, etc.) haya nunca intentado comparecer ante un notario extranjero u ordenarle una protocolización. Nótese que Andorra limita con Cataluña; Francia con Aragón, País Vasco y Cataluña; Portugal con Galicia, Castilla y León, Extremadura y Andalucía; Gibraltar con Andalucía, y Ceuta y Melilla con Marruecos. Además, en las más importantes capitales españolas existen Embajadas y Consulados de prácticamente todos los países del mundo... ¿Alguien se imagina a un delegado de Hacienda otorgando una escritura de un apremio fiscal en la Embajada Italiana?... ¿Con qué autoridad un Juzgado puede ordenar al cónsul checo que protocolice un testamento ológrafo?...

Nuestra conclusión es clara: el CC español cuando habla de legislación notarial, notario y escritura se está refiriendo exclusivamente a la legislación, notario y escritura de España, con lo que los documentos extranjeros, al no estar sujetos a nuestra legislación notarial, ni estar autorizados por notario español y no cumplir los requisitos de los documentos notariales españoles, en particular el asesoramiento y control de legalidad española, no son "documentos notariales españoles", con lo que carecen de los efectos generales de estos.

Ahora bien, si las escrituras extranjeras no son "documentos notariales españoles" en el sentido que les da nuestro CC... ¿qué son?...

Una primera posibilidad sería considerarlos como puros documentos privados y argumentos para ello hay de sobras, pues es categoría residual destinada a acoger a todos los que no sean públicos. Frente a este planteamiento también cabría considerar (como apunta el notario Isidoro CALVO VIDAL) que integrarían una categoría intermedia de documentos "no-privados/no-públicos", pues aunque no se puedan equiparar a los públicos españoles, lo cierto es que tienen una potencialidad de efectos –en determinadas circunstancias– que los alejarían de los simples documentos privados.

De acuerdo con este planteamiento consideramos plenamente justificada la práctica de que el documento extranjero no pague el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, ni el tipo fijo ni el proporcional: es un documento no-público.

Que nadie se rasgue las vestiduras por esta conclusión, pues no es sino consecuencia del rigor y la inflexibilidad de nuestro CC, que se hizo en una época en la que la circulación internacional de documentos notariales era pura anécdota y tampoco hay que exagerar el dramatismo de sus consecuencias, pues hemos visto que esta regla general puede tener cuantas excepciones quiera el legislador, ya que mediante una norma expresa hasta los documentos privados pueden tener efectos probatorios reforzados, fecha fehaciente, firma legítima, efecto de conservación, acceso a los Registros y hasta fuerza ejecutiva (documentos reconocidos/no impugnados, liquidados, testimoniados, protocolizados, legitimados, inscritos, letras, pagarés cheques, escrituras formalmente nulas firmadas o sin firmar…). Pero, en fin, recordemos que son excepciones que han de ser tratadas como tales: impuestas por norma expresa, no ampliables a supuestos no específicamente comprendidos y de interpretación restrictiva.

De hecho, la mejor prueba de que las escrituras extranjeras "no son documentos notariales españoles con sus mismos efectos" nos la da el hecho de que nuestro ordenamiento cuando quiere atribuirles alguno de los efectos típicos de nuestras escrituras –como en ningún momento ha dictado una regla general de equiparación entre aquellas y estas– se ve en la obligación de ir caso a caso, efecto a efecto, haciendo esa atribución. Lo veremos a continuación respecto del "efecto de prueba plena procesal" (art. 323 LEC), del "efecto ejecutivo" (art. 525 LEC), del "efecto acceso al Registro" (art. 4 LHip) y del "efecto probatorio extrajudicial" y "efecto legiti-

mación" (norma consuetudinaria y jurisprudencial respecto de los documentos accesorios, sencillos y no tecnológicos como poderes, testamentos, actas y capitulaciones).

Es por todo lo dicho en este apartado por lo que consideramos que si una escritura extranjera "o principal, o compleja, o tecnológica" (singularmente la relativa a inmuebles españoles) pretendiera tener plenos efectos negociales y documentales en España habrá de ser elevada a "escritura pública española" mediante un nuevo otorgamiento sustantivo, pues la simple protocolización no le haría perder su primigenio carácter de documento no-público español.

Igualmente las normas supranacionales nos dan pruebas evidentes de que las escrituras extranjeras no quedan equiparadas a las españolas, pues como no se ha dictado por ningún organismo internacional una norma de equiparación entre documentos, cuando se pretende asegurar que uno extranjero ha de tener algún efecto en otro país se ha tenido que dictar alguna norma específica que así lo diga. Recordamos que esa no equiparación documental resulta de la Resolución del Parlamento Europeo 2008 que, al constatar esa situación intenta ponerle remedio con el futuro Documento Público Europeo y, todavía más claramente, del Convenio Consular de París que, para reconocer un efecto a un documento extranjero exige que pase un nuevo examen de cumplimiento de la legislación española. Por esto mismo, el RgtoE 805/2004, sobre Título Ejecutivo Europeo, se ha tenido que dictar para que sea reconocido en un país el efecto ejecutivo del documento de otro cumplimentando un certificado especial; y el RgtoE 650/2012-2015 (de 4/7/12, que se aplicará a partir del 17/8/15), sobre Sucesiones, atribuye a las escrituras sucesorias (testamentos y particiones) efectos probatorios (más un formulario) y ejecutivos (más un certificado) y al nuevo Título Sucesorio Europeo unos especiales efectos probatorios.

... Y volvemos a formular la pregunta... si las escrituras extranjeras fueran iguales que las escrituras españolas... ¿para qué se molestan diferentes normas en atribuirles determinados efectos de estas?... No... son otra cosa... necesitan esa atribución específica de unos efectos que por sí no tienen.

Con este escenario vamos a ver que para que una escritura extranjera produzca un determinado efecto en España ha de pasar un auténtico calvario de controles, pues tanto según el Derecho de su

país de origen como según el español, el negocio y el documento han de ser válidos y eficaces... y además, alguna norma específica le ha de reconocer el concreto efecto que pretenda tener en España. En fin, algo inmanejable salvo que alguna norma supranacional (europea, tratado o convenio) simplifique la cuestión.

20. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE QUE LA LEC TAMPOCO EQUIPARA LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EXTRANJEROS A LOS ESPAÑOLES: EL "EFECTO DE PRUEBA PLENA PROCESAL" DEL ART. 323 LEC Y EL RGTOE 650/2012-2015, SOBRE SUCESIONES

Como ha explicado magistralmente Rodríguez Adrados, todos los documentos tienen una dimensión extrajudicial, pero también judicial, en el proceso, fundamentalmente a efectos probatorios y ejecutivos. Esta es la razón de que en las leyes procesales también haya abundantes normas que se refieren a los documentos.

Pues bien, vamos a ver que nuestra LEC se comporta exactamente igual que el CC, ya que solo considera como documentos notariales a los españoles, mientras que a los que son extranjeros les da un tratamiento completamente distinto en los aspectos en que trata: a efectos de prueba y a efectos de fundamentar una ejecución.

Nuestra LEC dedica a los "Medios de Prueba" el Capítulo VI del Título I del Libro II; y dentro de ese capítulo hay una sección 2.ª "De los documentos públicos". Pues bien, la regulación de la LEC deja bien claro que, en general, se está refiriendo exclusivamente a los documentos públicos españoles. El art. 317 LEC define como documentos públicos a los efectos del proceso *"2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho",* utilizando esta expresión de "autorizar", que es típicamente española y desconocida en una gran cantidad de países. Más claramente el art. 320 LEC se refiere solo a los documentos notariales españoles, pues vuelve a referirse a "copias" y "originales" dando por supuesto que lo que circula es la copia, cuando en diferentes países ocurre que circulan en "brevet" los originales y el notario se queda una copia; además, este artículo establece que el "cotejo" lo hará el "secretario judicial", que se constituirá donde estén los originales... y claro, si estuviera hablando de documentos extranjeros... ¿el secretario se constituirá en Estocol-

mo?... y si esa función la pretendiera hacer el Tribunal sueco... ¿hay secretarios judiciales en Suecia, Tanzania, Mongolia, etc.? Lo mismo ocurre con el art. 322 LEC; en el que siguen las menciones de "matriz y copia", que son típicamente españolas; por no hablar del art. 332 LEC, que específicamente habla de "Estado, Comunidades Autónomas, provincias, municipios, Entidades locales y demás entidades de Derecho público"... españolas, evidentemente…

Pero, en fin, la mejor prueba de que los documentos extranjeros son cosa distinta de los documentos notariales españoles la tenemos en el art. 323 LEC, que les da un tratamiento absoluta y radicalmente distinto, vaya, de hecho les viene a negar su condición de "documentos públicos" y les reserva un durísimo tratamiento que los convierte en documentos no-públicos en cuanto a los efectos que han de producir en España. Dada su importancia, transcribimos completamente el *"artículo 323. Documentos públicos extranjeros.*

1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley.

2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos".

Este art. es la confirmación de las tesis que venimos manteniendo en estas líneas y para su análisis hay que darse cuenta de que está distinguiendo claramente dos tipos de documentos bien distintos: documentos NO Negociales (certificados…) y documentos SÍ Negociales (contratos, testamentos, poderes…).

Respecto de los NO Negociales su fuerza probatoria dependerá en primer lugar de lo que digan los Tratados y Convenios Internaciona-

les del apartado 1, que se aplican a todos los documentos; y si no hay Tratado aplicable bastará (aparte de apostilla o legalización diplomática) que cumpla los requisitos de su legislación de origen que le otorguen la eficacia de "prueba plena". Como se ve, dado que ningún país tiene competencia legislativa sobre los documentos de otro, en España no le podemos atribuir el efecto procesal de "prueba plena" a un documento que no tenga ese efecto según la legislación de su país de origen, pues lo más que podemos hacer es reconocerle aquí ese efecto al documento que ya lo tenía. En este sentido, hay que recordar la existencia de ciertos acuerdos ratificados por España, como el Convenio de La Haya sobre Apostilla, de 5/10/1961, el Convenio de Viena de 8/9/1976, sobre Actas de Estado Civil Plurilingües sin Apostilla, y el Convenio de Atenas de 15/9/1977, que admite Actas de Estado Civil no plurilingües y sin ninguna legalización ni apostilla (la Res 5/2/11 recuerda que este último Convenio tiene un "Rapport explicatif o interpretación auténtica" insistiendo en que solo se refiere estrictamente a cuestiones de "Estado Civil", no a otras relacionadas como nacimientos y defunciones) y el RgtoE 650/12-15, sobre Sucesiones, suprime (para cuando se aplique, en 2015) la legalización y la apostilla en las escrituras sucesorias de testamento y partición (art. 74).

Respecto de los documentos SÍ Negociales también será de aplicación en primer lugar el núm. 1 del art. 323 LEC, que es para todo documento y habrá que ver lo que digan los Tratados y Convenios Internacionales; pero como venimos diciendo, en esta materia hay un auténtico drama, ya que sí hay normas supranacionales sobre aspectos negociales como el Convenio de La Haya de 5/10/1961, que amplía las posibilidades de validez formal de los testamentos, o ROMA I, sobre la ley aplicable a los contratos. A todo esto habría que añadirse las normas del RgtoE 650/12-15 sobre estos aspectos negociales en cuanto a la ley aplicable a una sucesión (la de "residencia habitual", ex art. 21), la posibilidad de cambio de esa ley (por la de la "nacionalidad", ex art. 22), sobre validez incluso formal de testamentos y pactos sucesorios (arts. 24 a 27), todo ello con la particularidad de que solo es para la UE (excluidos UK, Irlanda y Dinamarca) y solo para cuando se aplique, el 17/8/15…

Ahora bien, en materia documental está todo por hacer y casi carecemos de esas normas supranacionales relativas a los requisitos y efectos de los documentos que los contienen. En efecto, es esperanzadora la Resolución del Parlamento Europeo de 2008 sobre

Documento Público Europeo, pero primero tendrá que materializarse y cuando lo haga excluirá a los documentos relativos a inmuebles (Considerandos N y Q.4 y Recomendación 4).

Mientras se concreta la Resolución mencionada, el RgtoE 650/12-15, sobre Sucesiones, atribuye en su art. 59.1 a las escrituras sucesorias extranjeras (testamentos y particiones) un efecto probatorio igual al de las españolas, siempre que ese efecto ya lo tuviera en origen, cumplimente un formulario y no sea contrario a nuestro orden público.

Este art. 59 es confirmación de las tesis que aquí mantenemos, pues si les atribuye efecto probatorio es porque no hay una equiparación previa entre escrituras españolas y extranjeras; confirma que –por falta de competencia legislativa– un documento no puede tener en el exterior más efectos que los que produce en origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción; distingue (art. 59.2 y 3) entre documento y negocio sujetándolos a legislaciones y tribunales distintos (los de origen para los documentos, los de la ley de la sucesión para los actos jurídicos); y confirma nuestra tesis de que la recepción de un documento supone la aplicación indirecta de la legislación extranjera que por eso no podrá infringir el orden público español. Esto último implica que si la escritura de partición contuviera inmuebles es evidente que sería contraria a nuestro orden público, pues ya hemos explicado que el notario extranjero no puede asesorar y controlar la legalidad española respecto de actos principales con inmuebles, entre otras razones porque carece de los elementos tecnológicos con los que hacerlo.

Por otro lado, y para facilitar la circulación europea del "efecto probatorio" de los documentos sucesorios el RgtoE 650/12-15 sigue el mismo sistema inaugurado por el RgtoE 805/08, sobre Título Ejecutivo Europeo: se parte de una escritura básica de un Estado a la que se le añade un certificado normalizado que impida su rechazo en otros países de la Unión.

En efecto, el RgtoE 650/12-15 crea el "**Certificado Sucesorio"**, que es un nuevo documento normalizado que –a diferencia del Título Ejecutivo, en el que el certificado "acompaña" a la escritura– va a sustituir a la escritura en su circulación europea, pero, insistimos, no sustituye a la escritura básica interna que habrá de ser válida y eficaz para fundamentar un "Certificado Sucesorio" válido y eficaz; por eso dice el art. 62.3: *"El certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares".*

En otras palabras, no se puede hacer en formato "certificado" lo que no se puede hacer en formato "escritura"... sería absurdo que un notario extranjero no pudiera hacer una escritura de herencia de inmuebles españoles por infringir nuestro orden público al no poder asesorar a las partes ni controlar la legalidad española y que sin embargo pretendiera hacerlo simplemente cambiando la palabra escritura por la de certificado. Nótese que es el mismo RgtoE 650/12-15 el que en el art. 59.1 impide la circulación de escrituras contrarias a nuestro orden público y no cabe pensar que tres artículos más adelante diga lo contrario... no, la norma ha de interpretarse en su conjunto.

También ratifica esta interpretación el hecho de que no se deroguen los Convenios Internaciones sobre la materia, ex art. 75 RgtoE 650/12-15 (*"El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que se refieran a materias reguladas por él")*, de manera que mantiene su vigencia el art. 15 del Convenio Consular de París, que solo reconoce efectos a los documentos notariales extranjeros en la medida que los negocios y documentos cumplan nuestras leyes y reglamentos. Nótese igualmente que tampoco se deroga la Directiva Europea de Servicios de 2006, que excluye de liberalización a los notariales no permitiendo la prestación del servicio desde fuera para luego mandar el documento al interior del país.

En fin, garantizado que el Certificado Sucesorio EU no infrinja el orden público del país receptor, se le atribuye un importante "efecto probatorio" en el art. 63.2 sobre la condición de heredero, legatario y ejecutor testamentario, las respectivas cuotas hereditarias y la atribución de bienes concretos, que, como decimos, puede referirse a diferentes bienes pero nunca a inmuebles. Este es el sentido que hay que dar al efecto registral del art. 69.5: *"El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)".* Ese "registro competente" nunca puede ser uno inmobiliario y cuando el art. 1.2.l) excluye de la aplicación del RgtoE 650/12-15 a *"... los requisitos legales para la práctica de los asientos…"*, hay que entender incluido como primer requisito el de la titulación pública... No lo decimos nosotros, lo dice el Parlamento Europeo en su Resolución 2008 cuando solo considera competentes a los notarios del lugar del inmueble (Considerandos N,

y Q.4 y Recomendación 4), al estar íntimamente ligado el sistema notarial con el registral, que es la misma razón por la que considera competente solo a los Tribunales del lugar de situación (Considerando O). Insistimos que estas novedades serán solo para 17/8/15 y solo entre unos cuantos países de la UE…

Así pues, mucho nos tememos que de momento va a tener plena aplicación el severo régimen que impone el núm. 3 del art. 323 LEC, en el que se distinguen dos partes: para los aspectos no negociales del documento regirá el régimen del núm. 2, pero para los aspectos negociales la declaración de voluntad se tendrá por probada *"pero su eficacia será la que determinen las* ***normas españolas y extranjeras*** *aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos".*

En suma, mientras no haya norma supranacional que lo arregle, para los efectos documentales ligados al negocio formalizado se tendrá que pasar un auténtico calvario de controles: **en el país de origen** el negocio tiene que ser válido y eficaz y el documento también habrá de ser válido y eficaz, incluyendo en esta última eficacia el "efecto de prueba plena en el proceso"; **en España** hay que acreditar que no se infringe nuestro orden público ni se incurre en fraude de ley española sustantiva y documental, de manera que según los criterios de nuestra legislación el negocio tiene que ser válido y eficaz y el documento también habrá de ser válido y eficaz, y además de todo eso como el documento no es "documento público español" solo tendrá el efecto de "prueba plena" si alguna norma específica se lo reconoce, lo que en este caso no plantea problemas, ya que el art. 323 LEC así lo hace.

Si las escrituras extranjeras fueran igual que las españolas... ¿para qué tantas normas especiales nacionales y supranacionales para atribuirles el efecto de prueba plena?...

21. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE QUE LA LEC TAMPOCO EQUIPARA LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EXTRANJEROS A LOS ESPAÑOLES: EL "EFECTO EJECUTIVO" DEL ART. 523 LEC, EL RGTO UE 805/2004, SOBRE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO, Y EL RGTO UE 650/2012-2015, SOBRE SUCESIONES

Si ahora pasamos a examinar el efecto ejecutivo de las escrituras

extranjeras, vemos que la situación es la misma, pero todavía más clara y contundente en la negativa a la equiparación con las escrituras españolas.

En efecto, el Título I del Libro III de la LEC se dedica a los "Títulos Ejecutivos". Y dentro de él hay un Capítulo I, dedicado a "Las Sentencias y demás Títulos Ejecutivos", en el que se encuentra el art. 517.4.º, que ya hemos transcrito.

Pues bien, ya solo la forma de expresarse este artículo revela bien a las claras que está refiriéndose solo a escrituras españolas, pues, como ya hemos dicho, en muchos países lo que circula es la matriz y lo que se guarda es la copia. Además, este sistema de primera copia ejecutiva y las demás que no lo son salvo mandato judicial o consentimiento, es "exclusivamente español", que hay que poner en relación con la legislación notarial "exclusivamente española" como el art. 17.1.4.º LN, que también ya hemos transcrito.

Por último, si se necesitara una segunda copia ejecutiva y el deudor no la consintiera, la LEC ordena que se haga por *"mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar"*... y si la escritura era de Oslo o de Ulan-Bator, ¿qué juzgado sería competente...?, ¿se entendería una petición de 2.ª copia ejecutiva de un acreedor español dirigida a un juzgado de Noruega o Mongolia?...

Pero, en fin, la mejor prueba de que las escrituras extranjeras son otra cosa, nos la da el hecho de que la LEC dedica un Capítulo II a continuación del anterior con el clarificador título: *"De los Títulos Ejecutivos extranjeros".* Dentro de este Capítulo especial se encuentra el revelador art. 523 LEC, que transcribimos: *"1. Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional".* En otras palabras, a esos documentos extranjeros se les da un tratamiento absolutamente distinto que a los españoles, de suerte que su efecto ejecutivo va a depender de que se lo atribuya específicamente algún Tratado Internacional o alguna norma especial sobre Cooperación Jurídica Internacional.

Abrimos aquí un pequeño paréntesis para decir que según resulta de lo que llevamos dicho en los últimos párrafos, el art. 323 LEC se incluye en la Sección 2.ª, de "Documentos Públicos", junto a los españoles y antes de la Sección 3.ª, de los "Documentos privados", mientras que el art. 523 LEC constituye el Capítulo 2.º, sobre los títulos ejecu-

tivos extranjeros, completamente separado del Capítulo 1.º, dedicado a los títulos ejecutivos españoles. ¿Esta pequeña diferencia de trato es relevante? Pensamos que no, que son matices sin importancia, pues lo cierto es que el art. 323 atribuye una eficacia probatoria a los extranjeros completamente distinta que a los documentos españoles.

Nótese que si la LEC hubiera querido equiparar las escrituras extranjeras a las españolas le hubiera sido bien fácil, pues le hubiera bastado con no decir nada al respecto o decir algo como que **"los documentos públicos extranjeros tendrán los mismos efectos probatorios y ejecutivos que los equivalentes españoles"**, cosa que evidentemente no ha hecho.

En fin, por cerrar el tema, ¿las escrituras extranjeras se tienen que calificar en España como **documentos privados** o mejor como **documentos especiales** con los efectos que en cada caso les atribuya la Ley?

En nuestra opinión la discusión al respecto es bizantina y puramente nominalista, ya que lo importante es que seamos conscientes de que son documentos que no están equiparados a las escrituras españolas y que carecen de los efectos generales de estas, pues el hecho de que en determinadas circunstancias puedan tener, por mandato específico de una norma, algún efecto aislado de estas ("efecto probatorio reforzado en el proceso" o "fuerza ejecutiva") no es argumento suficiente: los documentos privados reconocidos judicialmente y las letras pagarés y cheques también tienen esos efectos y no son documentos públicos.

Cerramos el paréntesis e insistimos en que, como las escrituras extranjeras no tienen fuerza ejecutiva como las españolas, una norma supranacional ha intentado atribuirles ese "efecto ejecutivo" pero solo en el limitado ámbito de la UE excluyendo a UK, Irlanda y Dinamarca y a cualquier otro país en el que no produzcan ese efecto sus propios documentos.

En efecto, a la espera de que se concrete el Documento Público Europeo, el RgtoE 805/2004, sobre Título Ejecutivo Europeo, atribuye a las escrituras extranjeras un efecto ejecutivo igual al de las españolas, siempre que ese efecto ya lo tuviera en origen y se cumplimente un certificado específico; así lo establece su art. 25, antes transcrito.

Este art. 25 es confirmación de las tesis que aquí mantenemos, pues si les atribuye efecto ejecutivo es porque no hay una equiparación previa entre escrituras españolas y extranjeras, y confirma

que, por falta de competencia legislativa, un documento no puede tener en el exterior más efectos que los que produce en origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción. Por eso el Certificado Ejecutivo del Anexo III tiene un apartado especial en el que el certificante tiene que asegurar, como uno de los requisitos imprescindibles, que el documento ya es ejecutivo en origen.

Por otro lado, y para facilitar la circulación europea del "efecto ejecutivo" de los documentos extranjeros, este RgtoE 805/08 instaura el sistema de partir de una escritura básica de un Estado a la que se le añade un certificado normalizado que impida su rechazo en otros países de la Unión.

En efecto, el Anexo III del RgtoE 805/04 crea el "**Certificado Ejecutivo**", que es un nuevo documento normalizado que "acompaña" a la escritura extranjera y que, evidentemente, no la sustituye. Decimos todo esto porque la escritura básica habrá de haber sido autorizada por el notario que legalmente esté facultado para ello de manera que no incumpla el orden público del país competente. En otras palabras, si la ley aplicable a la deuda es exclusivamente la española, la escritura de reconocimiento de deuda con efecto ejecutivo solo la podrá autorizar el notario español, ya que es un acto principal en el que el asesoramiento y control de legalidad solo él lo puede cumplir, y por lo mismo estará sujeta al sistema español de expedir "primera copia con valor ejecutivo o posteriores con el consentimiento correspondiente o autorización judicial". Si no cumple estos requisitos el Certificado Ejecutivo no puede sanar una escritura que al haber sido hecha por notario no competente no es plenamente válida y eficaz.

Nótese que este RgtoE 805/04 no deroga los Convenios Internaciones sobre la materia, de suerte que mantiene su vigencia el art. 15 del Convenio Consular de París, que solo reconoce efectos a los documentos notariales extranjeros en la medida que los negocios y documentos cumplan nuestras leyes y reglamentos. Nótese igualmente que tampoco se deroga la Directiva Europea de Servicios de 2006, que excluye de liberalización a los notariales no permitiendo la prestación del servicio desde fuera para luego mandar el documento al interior del país.

Por su parte, el RgtoE 650/12-15, sobre Sucesiones, atribuye en su art. 60.1 y 3 (antes transcrito) a las escrituras sucesorias extranjeras (testamentos y particiones) un efecto ejecutivo igual al de las españolas, siempre que ese efecto ya lo tuviera en origen, cumplimente un certificado y no sea contrario a nuestro orden público.

Este art. 60 también es confirmación de las tesis que aquí mantenemos, pues si les atribuye efecto ejecutivo es porque no hay una equiparación previa entre escrituras españolas y extranjeras; confirma que –por falta de competencia legislativa– un documento no puede tener en el exterior más efectos que los que produce en origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción; y confirma nuestra tesis de que la recepción de un documento supone la aplicación indirecta de la legislación extranjera, que por eso no podrá infringir el orden público español. Esto último supone que si la escritura de partición contuviera inmuebles es evidente que sería contraria a nuestro orden público, pues ya hemos explicado que el notario extranjero no puede asesorar y controlar la legalidad española respecto de actos principales con inmuebles, entre otras razones porque carece de los elementos tecnológicos con los que hacerlo, que, en definitiva, es lo ordenado por la Resolución del Parlamento UE de 2008.

Insistimos, que en España no hay norma interna que atribuya efecto ejecutivo con carácter general a las escrituras extranjeras y solo se les reconoce ese efecto en estos dos RgtoE, el 805/04 y 650/12-15, de los que este último entrará en vigor en tres años y en ambos casos solo se refieren a unos cuantos países de la UE (excluidos UK, Irlanda y Dinamarca y, en general, todos los que no reconozcan en origen ese efecto) y nunca respecto de inmuebles... La conclusión es clara: las escrituras del resto de los 194 países del mundo no tienen en España fuerza ejecutiva.

Por último... si las escrituras extranjeras fueran igual que las españolas... ¿para qué tantas normas especiales nacionales y supranacionales para atribuirles tan limitadamente el efecto ejecutivo?...

22. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE QUE LA LH TAMPOCO EQUIPARA LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EXTRANJEROS A LOS ESPAÑOLES: EL "EFECTO REGISTRAL" DEL ART. 4 LH. LO QUE DICE Y LO QUE NO DICE ESE ART., QUE PROVIENE DE CUANDO EN ESPAÑA NO IBA A EXISTIR "TÍTULO Y MODO" NI CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL ESTATAL

Los que intentan equiparar las escrituras extranjeras con las españolas a costa de lo que sea –y aunque suponga rebajar nuestra

seguridad jurídica a la categoría del bono basura– siempre han utilizado el art. 4 LH como la prueba máxima, la demostración irrebatible de esa equiparación. Para ello no dudan en hacer decir a este artículo lo que nunca ha dicho, interpretándolo de manera aislada del resto del ordenamiento jurídico español.

Frente a ello, nos proponemos explicar lo que dice y lo que no dice este artículo simplemente aplicando la ley española, nuestro artículo 3.1 CC (que salvo sorpresas de última hora damos como vigente), es decir, plegándonos a las palabras del art. 4 LH, pero relacionándolas con sus antecedentes históricos y legislativos e incardinando este artículo dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual... es que no se puede (no se debe) hacer otra cosa…

Con este planteamiento demostraremos que el art. 4 LH, precisamente prueba que las escrituras extranjeras no se pueden equiparar a las españolas y que, de momento al menos, no autoriza a la inscripción de ningún documento notarial extranjero relativo a inmuebles.

En efecto, nuestra Ley Hipotecaria establece en uno de sus primeros artículos el principio general de que solo la titulación pública o auténtica es la que puede acceder al Registro de la Propiedad; lo dice así el art. 3 LH: *"Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en* ***escritura pública****, ejecutoria o documento auténtico exigido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos".*

¿Por qué esta exigencia de titulación pública? Por muchas razones, pero destacaremos dos: la primera es que el previo control notarial incrementa por sí solo la seguridad jurídica y refuerza la del conjunto del sistema; y la segunda es que además no queda otra opción desde el mismo momento que el documento notarial es el único que tiene efectos frente a terceros ("contra 3.º", ex art. 1218 CC y "a favor de 3.º", ex arts. 1219, 1230 y 1738 CC). Desde este punto de vista el art. 3 LH no es que haga una "reserva" del efecto registral para las escrituras notariales como frecuentemente se explica, sino que lo único que hace es extender la configuración civil de los documentos en el CC al ámbito hipotecario... ¡y todo esto para tener que leer en el BOE por gracia de la Res 22/2/12 que los arts. 1216 a 1230 CC solo tienen relevancia probatoria y no civil! No. Estos arts. tienen en sí mismos una relevancia sustantiva que se transmite a la legislación hipotecaria por más que esta afir-

mación, dado el nulo poder administrativo del autor de estas líneas, nunca llegue a publicarse en el BOE.

En definitiva, son razones sustantivas antes que hipotecarias las que impiden la inscripción de los documentos privados en el Registro, pues, como ya se ha explicado, no tienen efectos frente a terceros, y por eso el art. 1225 CC solo les reconoce efectos (aun a los reconocidos judicialmente) a los firmantes y sus causahabientes y por eso, en fin, el art. 1219 CC no les permite alterar, en perjuicio de tercero, lo pactado en escritura: si no fuera así el documento privado acabaría teniendo efectos frente a terceros…

En suma, la no inscripción de los documentos privados en el Registro de la Propiedad no es una concesión graciosa de la LH, sino pura coherencia del sistema documental español... ¿puede haber excepciones?... por supuesto que sí, ya que son decisiones del legislador que por razones de política legislativa puede adoptar... se supone que prudentemente…

Otra cuestión fundamental es observar cómo se pronuncia el art. 3 LH en el sentido de que la LH se basa en documentos, pero no es una ley documental por paradójica que parezca esta afirmación: no establece cómo han de ser los documentos que accedan al Registro, pues es una materia ajena a su competencia y que se remite a otros ámbitos (*"en la forma que prescriban los reglamentos"*). Y es que no podía ser de otra manera a la vista de que el CC no autoriza a la legislación hipotecaria para determinar la disciplina general de los documentos, sus requisitos y efectos, por eso la remisión del art. 608 CC es muy concreta y determinada exclusivamente a seleccionar "qué títulos se pueden inscribir", pero no "cómo hayan de ser los requisitos de esos títulos"... *"Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria".* **¡Nótese que el art. 1217 CC somete los requisitos y efectos de los documentos notariales a lo que diga la LN y no la LH!**

En definitiva, la LH sigue las directrices del CC imponiendo la regla general de que el único documento extrajudicial/administrativo inscribible es la escritura pública, pero de ninguna manera entra a regular los requisitos y efectos que han de cumplir estos documentos, que es cuestión que hay que buscar en otras normas extrahipotecarias: básicamente CC, LN y RN.

Pues bien, llegados a este punto, si siguiéramos las tesis de la Res 22/2/12, la de SÁNCHEZ LORENZO y la de la SAP de Santa Cruz, la cuestión comenzaría y finalizaría en este art. 3 LH, pues si (según dicen) cuando una norma se refiere a "escritura pública" incluye la autorizada por notario extranjero, se produciría una equiparación entre las españolas y extranjeras, con lo que ya se entiende que son inscribibles los documentos extranjeros que lleven ese bonito título de "escritura pública"... el problema es que la mismísima Ley Hipotecaria desmiente esta teoría en el siguiente art. 4 LH: *"También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas en Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil".*

¿Qué nos dice el art. 4 LH? Pues nos dice cosas muy interesantes: que la regla general es que cuando nuestras normas se refieren a "escrituras" se refieren a las españolas, ya que cuando quieren referirse a las extranjeras lo hacen de manera expresa, y que las escrituras extranjeras no están equiparadas a las españolas, no tienen sus efectos generales y cuando se les quiere atribuir alguno de sus efectos se necesita una norma expresa que así lo haga. Desde este punto de vista este art. 4 LH se comporta exactamente igual que el resto del ordenamiento español (el histórico y el actual), singularmente los arts. 323 y 523 de la LEC y la Ley española de Servicios, junto con el resto de normas supranacionales: Convenio Consular de París, Directiva de Servicios, Resolución Parlamento UE 2008, RgtoE 805/04 y RgtoE 560/12-15... exactamente igual…

Este art. 4 LH está complementado con el art. 36 RH: *"Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.*

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente".

Como se ve, este art. 36 RH sigue el mismo sistema que la LH simplemente recordando de manera redundante que entre las *"leyes"* que deben cumplir los documentos extranjeros están las normas de Derecho Internacional Privado. Y es redundante, ya que si esas normas son de origen interno el tema está más que claro y si son de origen supranacional... también, ya que finalmente acaban siendo normas internas si se publican en nuestro BOE (art. 96.1 CE y art. 1.5 CC: *"Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado"*), o, incluso sin esa publicación, si son de aplicación directa como los Rgtos UE.

Lo que sí que es interesante este art. 36 RH es para aclarar el sistema mediante el que se puede acreditar la legislación extranjera en España (notario o cónsul, español o extranjero o el mismo registrador). Evidentemente este art. está preocupado por aclarar esta cuestión simplemente porque es la única que puede plantear problemas ya que el conocimiento de la legislación española (sustantiva y documental) que tienen que cumplir los documentos es algo que acreditan los registradores desde hace siglos, especialmente, los tres destinatarios de estas líneas.

En fin, con lo dicho hasta aquí parecería que la cuestión queda perfectamente explicada... pero... empiezan las sorpresas... los partidarios de la equiparación entre las escrituras extranjeras y las españolas a costa de lo que sea, a falta de mejor sistema, pretenden que los arts. citados digan cosas que nunca han dicho con tal de que sirvan a sus intereses. Y con tan loable propósito intentan aislar estos arts. del resto del ordenamiento jurídico español con la inestimable ayuda de expertos en Derecho Internacional (no tanto en Civil y Documental).

Por increíble que parezca, este art. 4 LH se pretende que diga que las escrituras extranjeras se inscriban en nuestro Registro simplemente ajustándose a la legislación de su país de origen, sin que nuestra legislación sustantiva y documental tenga nada que decir al respecto... ¿pero en qué lugar de este art. se dice nada parecido?...

¿en qué parte de la LH o de cualquier otra norma española o supranacional alguien ha leído nada semejante?

De todas maneras el intento está llamado al fracaso porque los artículos citados dicen lo que dicen, no pueden ser interpretados sino como integrados en el resto de nuestro ordenamiento y, porque en definitiva, este intento chirría por todos los lados al pretender resolver una cuestión que es fundamentalmente sustantiva y documental, solo con la ayuda del Derecho adjetivo hipotecario y el Derecho Internacional, olvidando nuestro CC, la LN y el RN. En otras palabras, hay una discordancia entre fines y medios y esto es un imposible metafísico antes que jurídico…

Pero claro, los partidarios de lo que aquí combatimos insisten en que alguna significación tendrá este art. 4 LH y desde luego que la tiene, pero no la que pretenden. Para explicarlo nos tendremos que remontar a la LH de 1861...

En efecto, la LH 1861 tenía un art. 3 que es exactamente igual que el de la vigente y tenía también un art. 5 que (salvo nimias variaciones ortográficas) es literalmente igual que el actual art. 4 LH. Decía el art. 5 LH 1861: *"También se inscribirán en el registro los documentos ó títulos expresados en el art. 2.º, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España, con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el núm. 4.º del mismo artículo, pronunciadas por tribunales extranjeros, á que deba darse cumplimiento en el reino, con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil".*

Así pues los actuales arts. 3 y 4 LH son una simple reproducción de los arts. 3 y 5 de la LH de 1861, pero cuando se publicó esta, el contexto era absolutamente distinto del de la actual LH, pues en aquel momento no existía ni el CC de 1889 ni la Ley Orgánica del Notariado de 1862. Esta es la razón por la que estamos seguros que la intención de la LH de 1861 no era regular los requisitos que deben cumplir los documentos inscribibles, ni los españoles ni los extranjeros: ¡por la sencilla razón de que en ese momento no se sabía lo que finalmente diría el futuro CC y la futura LN! Y esta es también la razón por la que estamos seguros de que cuando la actual LH reproduce lo dicho por la de 1861 sigue el mismo patrón y que cuando ambas hablan de *"reglamentos y leyes"* es una pura remisión a lo que se diga sobre los documentos notariales desde un punto de vista sustantivo en el CC y desde el punto de vista documental en la LN.

Posteriormente llegaría la LN de 1862, en la que se impuso para todos los notarios unos requisitos imperativos y no disponibles en la autorización de las escrituras bajo sanción de responsabilidad, de los que destacamos el control de legalidad. Recordamos que desde hace tres siglos lo impone el art. 1 LN (*... dar fe, conforme a las leyes…*) y el art. 2 LN (*El notario que... negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad…*).

Y más tarde aún llegaría el CC de 1889, que confirma ese requisito de control de legalidad al remitir en cuanto a los requisitos de los documentos notariales a lo que disponga nuestra legislación notarial y no la hipotecaria (art. 1217 CC). Queda así fijado –fuera de la LH– un estándar mínimo que han de cumplir las escrituras que pretendan acceder al Registro de la Propiedad: el control de la legalidad española hecha por funcionario competente sin que se prevean excepciones a esta regla.

Tal vez pudiera haber influido también en la dicción del art. 5 LH 1861 el hecho de que en aquel momento se pensaba que no iba a existir el "título y modo" de adquirir la propiedad y demás derechos reales, pues el Proyecto de CC –en ese momento paralizado– así lo establecía. En efecto, la traditio estaba llamada a desaparecer según el art. 606 del Proyecto de 1851, que ni la menciona: *"La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, por sucesión testada e intestada, y* ***por efecto de los contratos****. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción".*

De todas maneras, luego hemos de ver que aunque no fuera necesario el efecto traditorio de la escritura para la inscripción (que hoy lo es) son otros muchos los obstáculos que impiden la inscripción de las escrituras extranjeras, tanto las que formalizan contratos (que necesitan el efecto traditorio) como las de partición hereditaria de inmuebles (que no lo necesitan).

Pero, en fin, aunque solo sea a efectos dialécticos... supongamos que el art. 4 LH pueda tener varias interpretaciones y hay que averiguar la que sea más acertada... evidentemente será necesario integrar este art. en el resto del ordenamiento jurídico de manera que no se convierta en un cuerpo extraño que circule por la izquierda mientras que el resto de nuestra legislación sigue circulando por la derecha…

En primer lugar acabamos de decir que la LN y el CC impusieron a todas las escrituras inscribibles que cumplieran un control de le-

galidad "española" de manera imperativa e indisponible, este es un mínimo que el registrador calificador ha de comprobar de manera inexcusable.

Por otro lado, el CC de 1889 impuso un rígido sistema documental en virtud del cual solo se consideran documentos notariales a los autorizados por notario español, reenviando a todos los demás documentos a la categoría de "documentos privados" sin los efectos generales de los notariales. Para paliar este inconveniente, diferentes normas atribuyen ciertos efectos típicos de las escrituras españolas a los documentos notariales extranjeros que cumplan determinadas condiciones. Pues bien, hemos de ver que ninguna norma de ningún nivel nacional o supranacional atribuye a las escrituras extranjeras "efecto traditorio" (no lo dice el art. 1462 CC), con lo que todas aquellas que traten de la transmisión de propiedad o constitución de derechos reales mediante contrato ya serían de imposible inscripción en nuestro Registro, incluso aunque ese efecto traditorio lo produjera en el país de origen.

En cualquier caso, tanto respecto de las escrituras que necesitan ese efecto traditorio, como las que no (particiones de herencia) habrán de cumplir el resto del ordenamiento jurídico español, ya que la recepción de un documento extranjero en España supone la aplicación indirecta de la legislación extranjera, que no puede contradecir el orden público español ni defraudar nuestra legislación ante el hecho evidente que los países extranjeros no tienen competencia legislativa sobre nuestro país, de manera que los documentos extranjeros no pueden tener aquí más efectos que los que tenían en su país, ni más efectos que los documentos españoles.

Así pues, las escrituras extranjeras no solo han de acreditar que en origen tienen reconocido el efecto que pretenden producir fuera, sino que, además, nunca pueden contradecir nuestro orden público, de manera que deberán acreditar que el notario extranjero ha asesorado a las partes en Derecho español y ha controlado la legalidad española en los mismos términos en que lo hubiera hecho un notario español, lo que hoy por hoy es imposible hasta por falta de elementos tecnológicos con los que hacerlo.

Es más, con posterioridad a la actual LH se modificó el título preliminar del CC el 31/5/1974 y ahora con una claridad fuera de dudas el art. 12.3 y 4 CC impiden que se aplique la legislación extranjera contra nuestro orden público o en fraude de nuestra ley, de manera

que fuera la que fuera la intención y los precedentes del art. 4 LH, se habrá de entender derogado en la medida en que pretendiera la inscripción en España de documentos que no cumplan los estándares mínimos sustantivos y documentales establecidos por nuestra legislación civil y notarial.

También con posterioridad al art. 4 LH se han producido unos acontecimientos legislativos que tienen que influir por fuerza en su interpretación; ya lo hemos dicho: la LEC de 2000 en sus arts. 323 y 523 tratan a las escrituras extranjeras como documentos no-públicos españoles; la Directiva UE de Servicios de 2006 y nuestra Ley de Servicios de 2009 excluyen de liberalización a los notariales (lo que incluye no solo la instalación en España de notarios extranjeros, sino también la prestación de servicios desde el extranjero); el Convenio Consular de París de 1967 (ratificado en 2011) desmiente la interpretación que combatimos, pues los documentos extranjeros no basta que cumplan solo su legislación, sino que han de cumplir nuestra legislación sustantiva y documental, ex art. 15; la Resolución del Parlamento UE sobre el Documento Público ratifica que los documentos no pueden tener en España más efectos que en origen y excluye de su ámbito a los que se refieran a inmuebles; el RgtoE 805/2004 aclara que las escrituras extranjeras no son como las españolas y solo tendrán fuerza ejecutiva en muy limitados países que reconozcan en origen ese efecto y se cumplimente un certificado específico; el RgtoE 650/12-15 insiste en que las escrituras extranjeras no son como las españolas y terminantemente aclara que con la recepción de una escritura de testamento o partición nunca se puede infringir el orden público de un país y solo tendrán el efecto que ya produjeran en origen...

En fin, las normas "extrahipotecarias" son las que regulan los requisitos que han de cumplir las escrituras extranjeras y ellas son las que impiden que se inscriban en nuestro Registro de la Propiedad, pues infringen nuestro orden público, al no tener algunas "efecto traditorio", y carecer todas del asesoramiento y el control de legalidad en Derecho español que imperativamente exige nuestra legislación a todos los documentos notariales.

¿Entonces es que el art. 4 LH no sirve para nada? Por supuesto que sí... sirve para lo que sirve... En efecto, como según la configuración de nuestro Derecho documental las escrituras extranjeras

son documentos no-públicos españoles es necesario que alguna norma les atribuya uno a uno los efectos que quieren que tengan.

Pues bien, nuestro art. 4 LH nos está diciendo que "cuando" las escrituras extranjeras cumplan los requisitos de las españolas (cosa que nunca puede resolver la misma LH), no se les pondrá ningún obstáculo en su acceso a nuestro Registro con independencia de que se califiquen o no como documentos públicos o privados. Pero para que ese momento llegue es primero necesario que se aproximen los sistemas jurídicos sustantivos, documentales y tecnológicos de manera que el documento extranjero produzca el mismo nivel de seguridad que el español. Gracias a este art. 4 LH, "cuando llegue el momento" se podrán inscribir esas escrituras extranjeras... pero no antes…

... todo esto son cuestiones "extrahipotecarias" que no puede resolver el art. 4 LH... como tampoco las resuelve el art. 3 LH respecto de los requisitos de las escrituras españolas…

Insistimos... si las escrituras extranjeras fueran igual que las españolas... ¿para qué tantas normas especiales nacionales y supranacionales para atribuirles tan limitadamente el efecto registral?...

23. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE QUE LA COSTUMBRE Y LA JURISPRUDENCIA TAMPOCO EQUIPARAN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EXTRANJEROS A LOS ESPAÑOLES: EL "EFECTO PROBATORIO EXTRAJUDICIAL" Y EL "EFECTO LEGITIMACIÓN" DE LOS DOCUMENTOS ACCESORIOS Y SENCILLOS Y NO TECNOLÓGICOS COMO PODERES, TESTAMENTOS, ACTAS Y CAPITULACIONES

Congruentemente con lo que venimos explicando de que las escrituras extranjeras no están equiparadas con las españolas y solo pueden entrar en la categoría de documentos no-públicos se tendría que concretar la norma en virtud de la cual los poderes, testamentos, actas y capitulaciones extranjeras son admitidos en España.

En efecto, ya hemos dicho que en este tipo de documentos el asesoramiento y el control de la legalidad española es menos "intenso y extenso", y que por tanto son más aptos para su circulación

internacional, pues pueden cumplir más fácilmente los estándares mínimos exigidos por nuestro orden público y fraude de ley, lo que se acredita, según ya hemos dicho, mediante la doctrina de la "Equivalencia en la Seguridad Jurídica".

Pero superados esos controles resulta que en España se les reconoce un efecto probatorio extrajudicial y se atribuye al favorecido una especial legitimación para actuar en el tráfico sin intervención judicial que solo es propia de los documentos públicos notariales españoles... ¿en virtud de qué norma?...

Pues bien, en nuestra opinión esta norma existe pero no es una norma legal. Recordemos lo que al respecto dice el art. 1 CC: *"1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho… 3. La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria, a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".*

Esta admisión en España de poderes, testamentos, actas y capitulaciones extranjeras proviene de una norma que en su origen era consuetudinaria, uso o principio general, que probablemente es internacional, pero que con toda seguridad es también nacional, y que desde hace tiempo ha cubierto el vacío que al respecto tenía nuestra legislación interna.

Es más, sea cual sea el origen de la norma hoy podemos afirmar que en España esta norma se puede decir que ha sido consagrada por la jurisprudencia y que integra esa categoría especial de "norma jurisprudencial" en el sentido que explicaba el profesor Blasco Gascó en su libro con ese nombre de Editorial Tirant lo Blanch; recordemos el art. 1.6 CC: *"6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".*

Confirman la existencia de esta norma jurisprudencial las numerosas Resoluciones de la DGRN y Sentencias del TS en las que se admiten en España poderes, testamentos, actas y capitulaciones extranjeras. Nos remitimos a lo ya dicho en otra parte de este artículo al respecto.

24. LA HERRAMIENTA JURÍDICA DE QUE TAMPOCO EXISTE LA LIBRE CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS SENTENCIAS CON MUY POCAS EXCEPCIONES DE SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR

... Y volvemos a la regla general y sus excepciones…

Un argumento que se repite como prueba irrefutable por los partidarios de la libre circulación internacional de documentos notariales es que en materia judicial prácticamente ya se ha dictado la libre circulación de sentencias... y no es así... pues en esto, como en todo, no se deben confundir nuestros deseos con la realidad…

Intentaremos demostrar que la realidad de los hechos es otra: la regla general es que –de momento– no se ha decretado la libre circulación de sentencias entre los países, ya que para reconocer efectos a una sentencia en otro país sigue siendo necesario un proceso judicial especial de homologación conocido como exequátur... sí que hay excepciones, pero –de momento– son eso: excepciones, es decir, impuestas por una norma especial, no susceptibles de extensión a otros supuestos y de interpretación restrictiva... Veamos…

En primer lugar los avances en la supresión del exequátur son muy cautelosos por medio de normas europeas muy concretas que tampoco comprenden todas las posibles materias judiciales y lo más que se puede hablar es de "intentos" de facilitar esa circulación sin "exequátur" solo entre determinados países (básicamente la UE pero con excepciones más que notables), solo respecto de determinadas materias y solo cuando una determinada norma específica así lo reconozca.

En segundo lugar porque este intento –que de momento es solo eso: un intento– de suprimir el exequátur puede que sufra un auténtico frenazo o incluso algún retroceso, pues, como explica **María López de Tejada Ruiz** (*Diario La Ley* núm. 7766, de 30/12/2011), hoy por hoy tiene graves inconvenientes y peligros. En efecto, esta autora nos recuerda que se suprime el exequátur en la UE solo en cinco materias muy concretas y mediante cinco normas específicas: los Reglamentos 805/2004 sobre ejecución de créditos no impugnados, el 2201/2003, sobre materia matrimonial y responsabilidad parental (*vid.* Res 12/9/94, 8/10/99 y 2/11/02, sobre Registro Civil), el 1896/2006, sobre proceso monitorio europeo, el 861/2007, sobre litigios de escasa cuantía, y el 4/2009, sobre obligación de alimentos.

Y aun dentro de estas materias todavía se pueden encontrar excepciones, como la puesta de relieve por la misma LÓPEZ DE TEJADA respecto de determinadas sentencias en rebeldía que no se pueden certificar como título ejecutivo europeo. En efecto, la STJUE (Sala 1.ª) de 15/3/12 explica que en general sí que se pueden certificar como título ejecutivo sentencias dictadas en rebeldía conforme al art. 3 del Reglamento 805/2004, pero por excepción no cabe esta posibilidad cuando la rebeldía proviene de no haberse podido notificar la existencia del procedimiento "si no se conoce con certeza el domicilio del deudor", ex art. 14.2 de ese Rgto.

Por otro lado, añadimos nosotros que esta pretendida supresión del exequátur respecto de Resoluciones y transacciones judiciales ejecutivas del RgtoE 804/05 tiene más limitaciones de lo que en un principio pudiera parecer, pues solo se refiere a países que en origen ya tenían ese efecto ejecutivo y por eso exige el art. 6.1.a) del RgtoE 804/05 que *"la resolución sea ejecutiva en el Estado miembro de origen"*; y por eso también dice el art. 24 de ese RgtoE que solo serán certificadas como Título Ejecutivo Europeo las transacciones que *"sean ejecutorias en el Estado miembro en el que se hayan aprobado o celebrado"*. Añádase a esto que este Rgto ni siquiera se aplica en toda la UE al estar excluidos UK, Irlanda y Dinamarca junto con el resto de los 194 países del mundo y tendremos un panorama aproximado a la "supresión del exequátur" en materia ejecutiva…

No obstante lo anterior, además de los casos citados por LÓPEZ DE TEJADA, la DGRN en su Res 11/6/10 aplica el Reglamento Europeo 1346/2000, sobre Procedimientos de insolvencia internacional, y admite –con muchas cautelas– el reconocimiento automático sin exequátur de la declaración de quiebra hecha por un Tribunal inglés respecto de unos ciudadanos británicos ordenando su inscripción en el Registro de la Propiedad español, dado que se ha comprobado que la declaración de apertura extranjera no supone una "manifiesta vulneración del orden público español".

Y es que la DGRN nos recuerda algo francamente interesante a los efectos de lo que se trata en este artículo y que es que por mucho RgtoE que imponga la supresión del exequátur, resulta que no se suprime el límite del orden público como barrera infranqueable; lo dice expresamente el art. 26 RgtoE 1346/2000: *"Todo Estado miembro podrá negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el*

marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado…".

Otro caso que añadimos nosotros a esta supresión del exequátur es el previsto por el reciente RgtoE 650/12-15, sobre Sucesiones, que también consideramos muy interesante. En efecto, el comienzo no puede ser más prometedor en su art. 39.1: *"Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno".* Como se ve, la supresión del exequátur en sucesiones europeas es en principio absoluta, pero en seguida se desmiente esta liberalización…

En efecto, es cierto que se reconoce fuerza ejecutiva a las resoluciones y transacciones judiciales sucesorias pero con la importante matización (al igual que en los documentos) de que ese efecto ya lo tuviera en origen, ex art. 43 y 61.1 RgtoE 650/12-15: *"Las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que allí tengan fuerza ejecutiva…" "… las transacciones judiciales que posean fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen…".*

Pero es que además, en congruencia con el art. 35, que impone con carácter general que la legislación extranjera no sea de aplicación si infringe el orden público del país, resulta que las resoluciones y transacciones judiciales tampoco se reconocerán si infringen ese orden público, ex arts. 40.a) y 61.3 Rgto 650/12-15: *"Las resoluciones no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido"* y respecto de las transacciones judiciales *"… revocará la declaración de fuerza ejecutiva cuando esta sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución".*

Súmese a lo anterior que en el mismo sentido que la STJUE (Sala 1.ª) de 15/3/12, tampoco se reconocerá una resolución, ex art. 40.b): *"Las resoluciones no se reconocerán: b) si se dictasen en rebeldía del demandado sin que se le haya entregado a este la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo".*

Añádase finalmente que este RgtoE 650/12-15 empezará a regir en 2015 y que al igual que el RgtoE 805/04 ni siquiera lo hará entre todos los países de la UE…

En fin... ¿qué es lo que está ocurriendo? Pues que parece que en esta materia se ha ido más rápido que lo que la prudencia aconsejaba y ya se están poniendo de relieve problemas de choque con el orden público interno de determinados países y, en definitiva, de infracción al principio fundamental de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, que ven cómo por la aplicación mecánica de las normas procesales de un país se pueden ver privados de derechos fundamentales en otro. López de Tejada Ruiz, refiriéndose a la supresión prematura del exequátur y sus peligros, lo dice con estas clarificadoras palabras: *"... lo importante... es que las decisiones puedan efectivamente considerarse como equivalentes, es decir, ofrezcan siempre a sus destinatarios las mismas garantías procesales y materiales... En el espacio judicial europeo, en cambio, resulta imposible, como pretende el legislador comunitario, presumir de manera irrefragable que todas las decisiones son perfectamente equivalentes o intercambiables... la realidad es hoy muy distinta: la Unión Europea se compone de una pluralidad de sistemas jurídicos y procesales muy distintos los unos de los otros y muy difíciles a veces de conciliar... La abrogación de todo procedimiento intermedio de exequátur resulta, por ahora, una medida precipitada a la que el espacio judicial europeo no se encuentra todavía preparado…".*

Y claro, si esto se está diciendo de la tímida apertura para la circulación de ciertas Sentencias sin exequátur con muchas matizaciones, sobre siete concretas materias, amparadas por siete normas específicas, no entre todos los países del mundo (194 miembros de la ONU), sino solo entre algunos de los de la UE (27 menos UK, Irlanda, Dinamarca y todos los que no reconozcan estos efectos en origen)... ¿qué decir respecto de la circulación de documentos notariales, en los que no existe ninguna norma que con carácter general la imponga ni a nivel interno español, ni a nivel europeo, ni a nivel internacional y que tampoco pueden infringir el orden público?

En fin, López de Tejada, de manera transparente, constata una serie de hechos que son perfectamente aplicables –por irrebatibles– al tema que nos ocupa y que parafraseándola serían: a) los particulares y los Estados han de tener el mismo nivel de seguridad jurídica venga de donde venga el documento notarial; b) no se puede presumir que todos los documentos notariales cumplen los mismos requisitos y niveles de calidad; c) hay pruebas más que evidentes de que los sistemas jurídicos europeos (no digamos los mundiales)

son distintos, y en muchos casos incompatibles; y d) no se puede aceptar sin más documentos de otros países sin un control de calidad que asegure el objetivo inicial: mantener el nivel óptimo de seguridad que cada Estado exige a sus documentos.

Y es que seamos sinceros: antes de decretar *"urbi et orbi"* que todas las sentencias judiciales son iguales y que lo mismo vale un Tribunal de un país que el de otro, todos deberíamos preguntarnos... si tuviéramos que sufrir un proceso judicial, ¿nos daría igual que nos juzgaran en cualquier país de África, Asia u Oceanía o preferiríamos España?

Pues con los documentos notariales pasa lo mismo, hoy por hoy cada país tiene su ordenamiento jurídico sustantivo, documental y tecnológico distinto del de otros países, y antes de decretar la circulación internacional de documentos notariales hay que ir a una aproximación de ordenamientos y tecnologías.

Le pese a quien le pese, estamos muy lejos de una liberalización en la circulación de sentencias y documentos notariales, ni siquiera en la UE...

25. CONCLUSIÓN PRIMERA: LOS OCHO CONTROLES (VALIDEZ Y EFICACIA DEL NEGOCIO Y DEL DOCUMENTO EN DERECHO EXTRANJERO Y ESPAÑOL) QUE HAN DE SUPERAR LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS PARA QUE ALGUNA NORMA CONSUETUDINARIA, JURISPRUDENCIAL O LEGAL LES RECONOZCA AQUÍ ALGUNO DE LOS EFECTOS DE LAS ESCRITURAS ESPAÑOLAS

A la vista de que cada país tiene su propio ordenamiento jurídico sustantivo y documental, de que no hay ninguna norma nacional o internacional que diga nada parecido a que todos los documentos notariales producirán los mismos efectos en cualquier país del mundo y de que ningún país tiene competencias para legislar sobre los efectos de los documentos de otros, ni sobre los efectos de sus documentos en otro país (ningún documento puede tener más efectos que los que tiene en su país de origen ni más efectos que los documentos del país de recepción), lo máximo que puede ocurrir es que un país se limite a reconocer a un documento extranjero un efecto que ya producía en origen y que es análogo al que producen sus propios documentos.

Pero claro, lo anterior se dice muy fácil... pero es difícil de cumplir, pues para llegar a esa conclusión se han de superar numerosos controles que garanticen que la línea de eficacia no se interrumpe desde el ordenamiento de origen hasta el ordenamiento de recepción, lo que exige un examen de ambos con la dificultad añadida de que en España no es obligatorio el conocimiento del Derecho extranjero que deberá ser probado (*vid.* Res 28/7/11 y 2/8/11, y arts. 168 4.º RN y 36 RH). Veamos…

En el **país de origen, desde el Derecho Sustantivo, el negocio** formalizado en el documento ha de ser **válido** por cumplir todos los requisitos exigidos en su legislación, pues si el negocio fuera nulo –simplificando– carecería de efectos, con lo que el documento que lo recogiera sería un documento vacío, sin negocio, que tampoco produciría efectos, ni en ese país ni en ningún otro (puede haber negocio sin documento, pero no documento sin negocio). Además debería ser **eficaz**, pues los negocios, por muy válidos que sean, pueden perder su eficacia como resultado de la ley o del pacto (rescisión, reserva de disponer, reversión, revocación, desistimiento, término, condición o incumplimiento), con lo que, de nuevo, el documento quedaría vacío y sin efectos en ningún lugar.

Pero por muy válido y eficaz que sea el negocio, los problemas no terminan ahí, ya que hay importantísimos efectos jurídicos que solo los produce el documento por sí solo con independencia del negocio que contenga, con lo que también, **desde el Derecho Documental, el documento ha de ser válido** por cumplir todos los requisitos que exige la legislación aplicable a su formalización, pues va de suyo que el documento nulo no produce los efectos que estaba llamado a producir (por más que, en algunos casos, el negocio documentado pueda subsistir como pacto verbal o documento privado). Y ni siquiera así se puede terminar el análisis, ya que **el documento tiene que ser eficaz**, pues para nuestra desgracia, no todos los documentos producen los mismos efectos, con lo que hay que examinar documento a documento a la luz de cada legislación para ver qué efectos produce.

El examen de los efectos que cada documento tiene en cada país es insoslayable, ya que, ante el hecho evidente de que ningún país tiene competencia legislativa sobre los documentos de otro, no puede atribuirles efectos de los que carecen en origen: hay que probar que el efecto que se pretende en España ya se producía en el país

de producción. Recordamos en este sentido que el art. 25 y Anexo III del RgtoE 805/04 exige para que el documento sea ejecutivo en un país, que primero lo sea en el de origen. Y por esto mismo, un documento notarial sucesorio tendrá efecto probatorio y ejecutivo en otro país si lo tenía en origen, ex arts. 59.1 y 60.1 del RgtoE 650/12-15.

Superado este primer control en el país de origen con sus cuatro niveles, tendríamos una situación pletórica y pluscuamperfecta: negocio válido y eficaz formalizado en documento válido y eficaz, con plenitud de efectos negociales y documentales... pero solo en el país de origen... y los problemas continúan…

En efecto, ya hemos dicho que ningún país tiene competencia para legislar sobre los negocios y los documentos jurídicos de otro, "ni de manera directa", "ni de manera indirecta" mediante la remisión de documentos que contengan esos negocios. En nuestro país no admitiríamos que desde fuera se legislara sobre los requisitos de los negocios españoles y los efectos que han de tener los documentos españoles en España, por lo que con mucha mayor razón se tiene que rechazar que ese país nos imponga los efectos que han de tener sus negocios y documentos aquí. Ahora bien, desde el Derecho Romano se admite que la legislación de un país pueda tener algunos efectos sobre personas que no sean ciudadanos de ese país, de manera que la admisión de negocios y documentos de un país en otro, como **"aplicación indirecta"** de su legislación, ha de quedar sujeta a los mismos requisitos que la **"aplicación directa"** de la legislación extranjera: nunca pueden infringir frontalmente nuestra legislación imperativa sustantiva o documental, nuestro "orden público"; como tampoco la pueden eludir indirectamente mediante "fraude de ley" (art. 12.3 y 4 CC).

Inmediatamente surge la siguiente pregunta... ¿la legislación negocial y documental española es imperativa o dispositiva? Y la respuesta cae por su propio peso, pues los fundamentos básicos de los actos y negocios jurídicos se rigen por normas imperativas al igual que los requisitos y efectos de los documentos. Con un agravante, ya que en materia negocial hay un notable aperturismo en muchos tipos negociales (en gran medida por la normativa europea y convenios suscritos), mientras que respecto a los documentos no existe el más mínimo rastro de apertura al ser todo estrictamente formal y reglamentado tanto a nivel interno (ningún funcionario ni parti-

cular puede hacer los documentos que quiera y como quiera) como internacional (los aspectos documentales son sistemáticamente olvidados en los tratados y convenios, con muy pocas excepciones).

Sería redundante y superflua la enumeración de las normas supranacionales que impiden que se infrinja el orden público de un país (por ejemplo, en ROMA I). Pero por acercarnos más al tema de este artículo ya hemos visto que incluso en sentencias declarativas de insolvencia cubiertas por el RgtoE 1346/2000, su art. 26 impide que se apliquen en un país si infringen su orden público. Y todavía más concretamente el reciente RgtoE 650/12-15, en sus arts. 59.1 y 60.3 impide claramente que los documentos notariales sucesorios infrinjan el orden público de un país.

Por otro lado, el ya visto art. 15 del Convenio Consular de París de 1967 (ratificado por España en 2011) establece claramente que los documentos extranjeros tienen que sufrir este doble control de no solo la legislación de origen, sino también la de España para ver los efectos que puedan producir aquí.

Igualmente, el art. 323 LEC ya hemos visto que para determinar el efecto probatorio de un documento negocial extranjero exige también que supere el control de la legislación española respecto de "capacidad, objeto y forma" del negocio documentado.

Así pues, el documento extranjero ha de superar además el **segundo control para ver si cumple la legislación imperativa del país de recepción**, que lógicamente ha de comprender los cuatro niveles enunciados (este segundo control es el que se realiza en España bajo la tradicional denominación de "Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica", antes "Doctrina de Equivalencia de Formas"). Por eso, de nuevo, **el negocio documentado ha de ser "sustantivamente" válido y eficaz** según los criterios del Derecho de recepción, que deberá ser examinado en toda su extensión, incluyendo el Derecho Internacional. Por ejemplo, un matrimonio poligámico o a plazo –como negocio– será muy válido y eficaz en determinados países, pero es absolutamente inadmisible en España. Va contra nuestro orden público.

Aun siendo el negocio válido y eficaz conforme al Derecho sustantivo del país de recepción, tal y como se ha explicado, el análisis ha de continuar, pues cada país regula los requisitos y los efectos de los documentos, con lo que habrá de demostrarse que el documento extranjero no infringe ni directa, ni indirectamente, la legislación del

país de recepción cumpliendo los estándares equivalentes que se exigen a los documentos propios; vaya: que se pueda considerar un **documento válido y eficaz por no contravenir la legislación imperativa "documental" interna del país de recepción** al no infringir su orden público o incurrir en fraude por cumplir unos requisitos "formales" y "de fondo" equivalentes a los que se exigen a todo documento del foro. Y dado que la legislación notarial española exige con carácter imperativo no disponible que "todos" los documentos notariales cumplan el requisito del "asesoramiento y control de legalidad española", habrá de demostrarse que el notario extranjero ha prestado ese asesoramiento y control en idénticas condiciones que lo hubiera hecho un notario español, cosa que es absolutamente imposible en los documentos o principales, o complejos o tecnológicos, singularmente todos los relativos a inmuebles.

Y aun superados estos ocho controles nos topamos con que dentro del cumplimiento de la legislación documental española está esa característica (ignoramos si la tienen otros países) de que solo reconoce como escrituras a las españolas, con lo que ese documento extranjero (llámesele "documento privado", "documento especial" o "documento no-público") no tiene los efectos generales que el ordenamiento español atribuye en exclusividad a aquellas, con lo que, como si no tuviéramos ya pocas complicaciones, además será necesario que una norma española o supranacional reconozca "específicamente" el efecto que pretenda tener aquí el documento extranjero.

Nos guste o no, ninguna norma del Derecho español dice nada parecido a que la escritura extranjera que no sea contraria a nuestro orden público ni incurra en fraude de nuestra Ley quedará equiparada en todo a la escritura española. No. Y las pruebas de lo contrario son abrumadoras y por ello la legislación española ha tenido que ir atribuyendo específicamente cada uno de los efectos que quiere que tengan los documentos extranjeros: probatorio, el art. 323 LEC; ejecutivo, los arts. 525 LEC y el 25 del RgtoE 805/04; probatorio y ejecutivo en los arts. 59.1 y 60.1 del RgtoE 650/12-15, etc.

... entonces... la pregunta sería... ¿tantos siglos de evolución jurídica para esto?... ¿es que no hay manera de simplificar estos procedimientos a la vista de que cuando se publicó la Ley Hipotecaria de 1861, la del Notariado de 1862, la LEC de 1881 y el CC de 1889 la circulación de documentos era poco menos que anecdótica mientras que hoy ha crecido de manera exponencial?...

Por supuesto que hay soluciones, y soluciones inventadas desde el Derecho Romano: son las normas de Derecho Internacional interno y las normas supranacionales, o de la Unión Europea, o las de los Tratados y Convenios internacionales. Veamos…

Si los aspectos negociales de un documento estuvieran cubiertos por nuestros arts. 8 a 12 CC; los contractuales por ROMA I; los testamentarios lo estuvieran por el Convenio de La Haya o el RgtoE 650/12-15; o los societarios por la SA Europea del Rgto CE 2157/2001 y arts. 455 y ss. de nuestra Ley de Sociedades de Capital de 2/7/10, o los de las uniones de empresas por la Agrupación Europea de Interés Económico del Rgto CE 2137/85 y nuestra Ley de AIE de 29/4/91, o los de las Fundaciones por el Estatuto Europeo de Fundaciones que está en preparación, etc., todo esto significaría que el análisis se reduciría a la mitad, pues si el contrato, el testamento, la SA, la AIE o la fundación fueran válidos y eficaces en Alemania, necesariamente lo tendrían que ser en España, puesto que la legislación aplicable sería la misma.

Es más, como ya hemos dicho, si se planteara un pleito sobre la validez y eficacia de ese testamento, contrato, SA, AIE o fundación, probablemente con esas normas supranacionales puede que fuera suficiente, ya que en estos casos judiciales, los aspectos documentales dejan de ser relevantes (desaparecen o se debilitan extraordinariamente), ya que en el proceso se practicarán una serie de pruebas complementarias (peritos, testigos, presunciones, confesión, documentación complementaria) y, finalmente, el "documento sentencia" absorberá al "documento notarial" y, la sentencia en sí misma tendrá efectos probatorios, de fecha, legitimadores, registrales, ejecutivos, de conservación, de garantía, etc. (con la única excepción de los negocios formales, en los que la sentencia nunca puede sustituir a la escritura)…

Ahora bien, si volvemos al ámbito extrajudicial, al ámbito en el que se buscan los "efectos directos" del documento, es decir, aquellos que se producen por el documento por sí sin auxilio judicial, vemos que no se ha avanzado prácticamente nada, ya que no existen normas supranacionales y por tanto todo documento extranjero ha de superar el doble examen de validez y eficacia según el Derecho de ambos países.

En efecto, desde la perspectiva documental los avances son muy limitados, pues aparte de que se reconoce la eficacia probatoria

extrajudicial y legitimadora a poderes, testamentos, actas y capitulaciones por nuestra normativa consuetudinaria y jurisprudencial, habrá que esperar al desarrollo de la Resolución del Parlamento Europeo de 2008 para ver cómo se concreta el Documento Público Europeo, aunque ya se avisa que no comprenderá documentos sobre inmuebles; hay algún tímido avance en el efecto ejecutivo de los documentos del RgtoE 805/04 y algo también respecto de los documentos sucesorios en el RgtoE 650/12-15, pero recordemos que siempre bajo la condición de no infringir el orden público interno y solo respecto de unos cuantos países de la UE y no de los 194 países del resto del mundo.

26. CONCLUSIÓN SEGUNDA: LOS EFECTOS RECONOCIDOS A LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA POR ALGUNA NORMA CONSUETUDINARIA, JURISPRUDENCIAL O LEGAL

Hemos explicado hasta el aburrimiento esta característica del Derecho documental español de que solo reconoce como "escrituras" a las españolas y no a las extranjeras, de manera que un documento notarial extranjero aunque negocial y documentalmente sea válido y eficaz en su país de origen y produzca el efecto que pretende tener en España y aunque no infrinja nuestro orden público ni directa, ni fraudulentamente (Doctrina de la Equivalencia de Seguridad Jurídica), no produce en España los efectos de nuestras escrituras a menos que específicamente se lo atribuya alguna norma concreta, como ocurre con el resto de los documentos privados.

Así pues, nos proponemos examinar en este apartado los efectos que nuestras normas atribuyen a las escrituras extranjeras para el eventual caso de que hayan superado los ocho controles a los que hemos aludido, y para ello seguiremos el mismo orden que ya hemos seguido a la hora de explicar los efectos generales de las escrituras españolas. Veamos…

A) Efecto fecha fehaciente. Cierto que no hay ninguna norma legal que atribuya a las escrituras extranjeras este efecto. No obstante, debido a la consideración de la fecha como circunstancia de mero hecho pensamos que no hay inconveniente en reconocer este efecto a las escrituras extranjeras en base a una norma consuetu-

dinaria o jurisprudencial internacional, tal y como hemos sostenido respecto de "poderes, testamentos, actas y capitulaciones" y no vemos inconveniente en extender esta consideración a otros tipos de documento notarial, pues aquí no se trata de peculiaridades de uno u otro sistema jurídico, sino de una circunstancia de hecho de carácter universal. Todo ello siempre que el documento cumpla la Doctrina de Equivalencia de Seguridad Jurídica.

Consignamos también que el RgtoE 805/04 obliga a consignar la fecha del Certificado Ejecutivo al igual que hace respecto del Certificado Sucesorio el art. 68 del RgtoE 650/12-15, con lo que, de alguna manera se les atribuye cierta fehaciencia de fecha, por más que ninguno de los dos incluye entre la "autenticidad" que proclaman a la fecha (arts. 4.3 RgtoE 805 y 3.i del RgtoE 650); vaya: la dan por supuesta.

Antes de acabar hemos de hacer una referencia fiscal al asunto de la fecha, ya que la Ley 53/2002, con efectos desde el 1 de enero 2003, añade un tercer párrafo al art. 50 del TR del ITP y un núm. 2 al art. 25 de la Ley del ISD (lógicamente solo para donaciones, no para herencias, que prescriben desde el fallecimiento del causante), ambos con el mismo texto: *"En el supuesto de escrituras autorizadas por funcionarios extranjeros, el plazo de prescripción se computará desde la fecha de presentación ante cualquier administración española, salvo que un Tratado, Convenio o Acuerdo Internacional, suscrito por España, fije otra fecha para el inicio de dicho plazo".*

En una primera aproximación, parecería que estos arts. contravendrían la tesis que venimos exponiendo, ya que si las escrituras extranjeras son solo documentos no-públicos, ¿para qué es necesario excluirles la fecha fehaciente a efectos fiscales si no la tienen?

Sin embargo, una lectura más atenta nos revela que la verdadera intención de estos arts. no es excluir a las escrituras extranjeras del cómputo fiscal de las fechas de las españolas, sino... ¡del de los documentos privados!...

En efecto, sin este artículo a las escrituras extranjeras se les aplicaría el régimen del art. 1227 CC, con lo que ahora se aclara (por si alguien tenía dudas) que la Administración ante la que hay que presentar el documento es solo la española, ya que esta está sujeta al sistema de cooperación y asistencia entre los diferentes organismos que la componen (*vid.*, por ejemplo, los jueces en el art. 52 TR ITP), y además tampoco se puede aplicar "fiscalmente" la fecha fehaciente desde el fallecimiento de alguno de los signatarios del do-

cumento, ya que solo son los jueces españoles (no los extranjeros) los que tienen la obligación de notificar fallecimientos a las Oficinas Liquidadoras, ex art. 32.2 de la Ley del ISD.

Así pues, no hay contradicción, sino confirmación de nuestras tesis y en este sentido Javier Máximo Juárez, en su *Todo Transmisiones,* de editorial Wolters Kluwer, comentando el art. 50 TR ITP, detecta la verdadera intención de este art. y explica que la DGT en su Consulta de 27/3/06 confirma que es un plazo especial de prescripción distinto del de los documentos privados: solo se cuenta desde la fecha de presentación a la Administración española y nada más.

B) Efecto firma legítima. Nos referimos en este punto a que se produce "extrajudicialmente" en todo documento notarial una identificación de persona a la que se le atribuye como propia una determinada firma (o huella dactilar).

Y en este punto habría que reproducir lo dicho respecto de la fecha, pues aunque no hay norma legal interna que atribuya este efecto a las escrituras extranjeras, como circunstancia de hecho, se le puede reconocer este efecto (con base consuetudinaria o jurisprudencial) a todo documento notarial extranjero que, lógicamente, supere la Doctrina de Equivalencia de Seguridad Jurídica.

En este caso, sí que hay un reconocimiento expreso de la autenticidad de la firma en los arts. 4.3 RgtoE 805/04 y 3.i del RgtoE 650/12-15.

C) Efecto probatorio. No hay ninguna norma legal que, en general, atribuya **extrajudicialmente** este efecto a las escrituras extranjeras, aunque ya hemos dicho que sí que se le puede reconocer a los documentos accesorios, sencillos y no tecnológicos, como "poderes, testamentos, actas y capitulaciones".

A partir de aquí habría que rastrear la existencia de excepciones en normas concretas y así, se puede ver en el art. 4.3 RgtoE 805/04 que se reconoce cierto efecto probatorio extrajudicial al documento notarial que se certifica como título ejecutivo, lo mismo que al documento notarial sucesorio y al certificado sucesorio de los arts. 59.1 y 62 del RgtoE 650/12-15.

Pero no se puede perder la perspectiva de que son excepciones concretas, aplicables solo a unos cuantos países que ya reconocían en origen ese efecto y siempre que no infrinjan el orden público…

En cuanto al efecto probatorio **judicial** nos remitimos a los comentarios hechos sobre el art. 323 LEC, que solo se los reconoce

a los documentos notariales negociales que han superado el doble examen tanto en Derecho extranjero como español.

D) Efecto ejecutivo. Ninguna norma interna española atribuye efecto ejecutivo a las escrituras extranjeras, es más, nuestro art. 525 LEC dice expresamente que ningún documento extranjero lo puede tener a menos que una norma supranacional diga otra cosa.

Tan es así que en el seno de la UE se han tenido que ir habilitando normas y procedimientos especiales en aras a conseguir el reconocimiento de este efecto ejecutivo en el art. 25 del RgtoE 805/04. En el mismo sentido las escrituras sucesorias tienen fuerza ejecutiva, ex art. 60.1 del RgtoE 650/12-15.

Pero recordemos que son excepciones a una regla general que no reconoce ese efecto a los documentos notariales extranjeros, que estas excepciones solo son para escrituras que ya tuvieran ese efecto en origen, que no infrinjan nuestro orden público y que no participan UK, Irlanda y Dinamarca, etc. Para el resto de escrituras de los 194 países del mundo no hay excepción que valga: no tienen eficacia ejecutiva.

E) Efecto prelativo. Ninguna norma nacional o supranacional aplicable en España reconoce a las escrituras extranjeras este efecto prelativo del art. 1924.3.º CC, con lo que no hay excepción posible: no lo tienen.

F) Efecto traditorio. Ya hemos dicho que cuando se planteó la Codificación española el Proyecto de CC de 1851 no seguía la doctrina de "título y modo" de adquirir la propiedad y demás derechos reales por contratos, pero que finalmente esta se impuso en el de 1889.

Además, en los últimos tres siglos el TS se ha mostrado inflexible a la hora de exigir el cumplimiento de este requisito, sin que extrajudicialmente bastaran manifestaciones, declaraciones, juramentos o cualquier otra imaginativa fórmula sobre que se había cumplido ese requisito, que se habían entregado las llaves, que el comprador ya tenía la posesión previamente por cualquier título, etc. etc. etc.; todo lo cual el TS decía que podía tener su relevancia como alegaciones que se deberían hacer en donde correspondiera, es decir, en el Juzgado, para que con prueba contradictoria el juez decidiera si era verdad o no que se había producido la traditio... Por cierto que esta postura también tenía ventajas, pues frente a la voracidad recaudatoria de Hacienda, por más fórmulas y manifestaciones que tuviera el contrato sobre el traspaso posesorio, etc., el TS decía que

no era suficiente, que no se había transmitido el dominio y que, por consiguiente, no había que pagar el ITP hasta que se probara judicialmente el cumplimiento de ese requisito.

Los problemas que planteaba en el tráfico esta concepción legal y jurisprudencial del título y modo de adquirir eran casi irresolubles, pues entre otras cosas no se podrían inscribir contratos de transmisión de inmuebles en el Registro de la Propiedad hasta que el proceso estuviera terminado (mediante sentencia) y se pudiera publicar la propiedad a favor de determinada persona, pues, como decía LACRUZ: en el Registro se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos. En palabras de Juan Carlos MARTÍN ROMERO en "El principio de equivalencia", del *Libro homenaje a Juan Francisco Delgado de Miguel*: *"los derechos reales no existen porque se publiquen sino que se publican porque existen".*

Para solucionar todos estos problemas nuestro CC dispone del art. 1462, ya que otorgándose escritura pública se cumple la traditio y se acaba la discusión.

Si ahora trasladamos el punto de vista a las escrituras extranjeras sabemos que al no tener los Estados extranjeros competencias legislativas en otros países, sus documentos no pueden tener efectos en España que no tengan en origen, ni tampoco se los podemos dar aquí si no los traían, ya que no somos competentes para ello.

Así pues, de entrada, los sistemas jurídico documentales que no reconocen efecto traditorio a sus escrituras (Alemania, Francia, Italia…) no pueden tenerlo en España. Recuérdese que esto no es una opinión, sino un hecho sustentado en la Resolución del Parlamento Europeo de 2008 sobre Documento Público Europeo, el art. 25 y Anexo III del RgtoE 805/04 y los arts. 59 y 60 del RgtoE 650/12-15; no hay solución posible: si el documento no tiene un efecto en origen no se lo podemos atribuir aquí…

Pero es que además, aunque un sistema jurídico extranjero sustantivamente estuviera basado en título y modo y documentalmente reconociera efecto traditorio a sus escrituras, la solución sería la misma, ya que no se puede encontrar ninguna norma española de origen interno o supranacional que reconozca este efecto a las escrituras extranjeras: ninguna.

En suma, ninguna escritura extranjera de venta, donación, permuta, aportación, etc., puede tener en España efecto traditorio, y por tanto, no puede transmitir el dominio y derechos reales: ninguna.

Dicha escritura extranjera puede servir de título y, en el Juzgado, si se obtiene sentencia favorable, finalmente puede fundamentar la adquisición del dominio, pero extrajudicialmente no tiene ese efecto. Nótese que una hipotética escritura extranjera de donación de inmueble español o de hipoteca no tiene solución posible: no tiene efecto traditorio reconocido en España y tampoco puede ser complementada en el Juzgado, ya que esa concreta forma documental, la escritura, se exige con carácter esencial sin forma alternativa judicial posible.

G) Efecto registral. Para que una escritura extranjera pueda inscribirse en nuestros Registros lo primero que tendría que acreditar es que tiene reconocido ese efecto de acceso a Registros en su país de origen. Decimos esto porque nos permitimos dudar de que en UK, Irlanda y países nórdicos, las escrituras notariales se inscriban en sus Registros, por la sencilla razón de que en el interior del país no funcionan con este tipo de documentos, con lo que mal pueden pretender la inscripción en España si no la pueden lograr en los Registros de origen, pues no tenemos competencias legislativas para atribuirles aquí un efecto del que carecen allí.

Hecha esta salvedad y ya centrándonos únicamente respecto de países en los que sus escrituras tienen acceso a sus Registros, todavía hemos de restringir más este efecto registral excluyendo a todas aquellas que necesiten el efecto traditorio (compraventas, permutas, donaciones, cesiones a cambio de alimentos, hipotecas, derecho de superficie, etc.), pues, como acabamos de explicar, aunque tuvieran ese efecto en origen, ninguna norma aplicable en España se lo reconoce: nunca pueden tener ese efecto aquí.

Respecto de las escrituras extranjeras de inmuebles que no necesiten efecto traditorio (singularmente particiones hereditarias) el resultado es el mismo, pues son múltiples las razones por las que se les niega ese efecto.

Sí que es cierto que el art. 4 LH reconoce ese hipotético efecto de acceso al Registro, pero ya hemos explicado que es un arrastre histórico del art. 5.º de la LH de 1861, de cuando no existía ni la LN de 1862, ni la LEC de 1881, ni el CC de 1889. Publicadas todas estas normas, se instaura un sistema documental "extramuros" de la LH que hace imposible que escrituras extranjeras relativas a inmuebles tengan acceso a nuestros Registros. Recordamos que el art. 608 CC solo habilita a la LH para cuestiones de inscripción y que el art. 1217

CC remite los requisitos de los documentos notariales a lo que diga la legislación notarial, no la hipotecaria.

Los notarios extranjeros no pueden asesorar y controlar la legislación española (requisito documental que vive fuera del Registro impuesto por múltiples normas), por lo que infringirían nuestro orden público documental (arts. 12.3 y 4 CC), tal y como se deduce del art. 15 Convenio Consular de París, de la Resolución del Parlamento UE 2008, que excluye de su ámbito a los documentos notariales relativos a inmuebles al estar íntimamente ligados a los respectivos sistemas registrales y específicamente se deduce también de los arts. 59.1 y 60.1 del RgtoE 650/12-15.

Desde este punto de vista el art. 4 LH no es inútil: es una apuesta de futuro y nos viene a decir que cuando se unifiquen los ordenamientos sustantivos, documentales y tecnológicos de los países y el notario extranjero proporcione la misma seguridad desde su país que la que se da desde España –solo en ese momento– tendrán acceso a nuestros Registros sus documentos.

H) Efecto conservación. Ya hemos dicho que la conservación de los documentos notariales españoles es cuestión de tal trascendencia que el Estado los considera de su propiedad y ordena a funcionarios suyos (los notarios) que los cuiden bajo responsabilidad disciplinaria, civil y penal, otorgándoles (y a su viuda e hijos) premios a los que se inutilicen por salvar el Protocolo (art. 46 LN).

Evidentemente este efecto conservación no lo tienen los documentos extranjeros que pretendan tener eficacia en España, pues la que, eventualmente, tengan en sus respectivos países no sirve al Estado español, y para que sus organismos (Hacienda, CCAA, Ayuntamientos, Blanqueo de Capitales, jueces, etc.) puedan obtener una copia o comprobar la autenticidad de la que tienen en sus manos, tendrán que ponerse de rodillas ante autoridades extranjeras a ver qué es lo que consiguen.

Hasta la mismísima DGRN ha detectado el problema y aunque por aplicación del art. 98.2 de la Ley 24/2001 no es necesario incorporar ni transcribir los poderes en nuestras escrituras, en la Res de 29/5/2006 hasta llega a recomendar que a efectos de conservación se incorpore a la escritura española el poder extranjero, al amparo del art. 98.3 de esa ley. Y es que solo pensar los problemas que puede acarrear la desaparición de estos documentos extranjeros prácticamente obliga a incorporarlos, al menos, por testimonio, solo

así se podrá comprobar en el futuro cómo era el documento, lo que puede garantizar los derechos de los clientes y salvar la responsabilidad del notario si alguien llega a ponerlo en duda.

Los partidarios de la circulación de los documentos notariales tenemos un buen motivo de reflexión al respecto, pues antes de que los extranjeros tengan efectos en España hay que garantizar que de manera rápida y segura nuestras autoridades (notarios, registradores, jueces, Haciendas estatales, autonómicas y locales, órganos de Blanqueo de Capitales, etc.) puedan obtener sin problemas copias o controlar la autenticidad de las que ya tienen en sus manos.

I) Efecto garantía. Los documentos elaborados por notario español están blindados por la responsabilidad disciplinaria, civil y penal exigible a los notarios que los autorizan.

... Pero ninguna norma aplicable en España atribuye este efecto a las escrituras extranjeras, que al estar autorizadas por quien no es funcionario sometido a la disciplina de nuestro Ministerio de Justicia, este no lo podrá sancionar... y así nos podemos preguntar, por ejemplo... si los notarios de Londres hacen algo mal, ¿el Arzobispo de Canterbury les sanciona con algo más que penitencias? Y en cuanto a la responsabilidad civil y penal... ¿es operativo demandar a un notario europeo o de otro continente?, ¿cómo se hace?, ¿a qué coste?, ¿con qué resultado?, ¿tienen seguro de responsabilidad civil los notarios europeos y no europeos?, ¿con qué límites y cuantías?, ¿cómo se puede cobrar de esos seguros?

En fin, los partidarios de la circulación de documentos notariales tenemos otro motivo de seria preocupación y reflexión, pues parece que en este aspecto le pasa como con la conservación: se está poniendo la carreta delante de los bueyes; queda muy moderno, europeo y progresista facilitar la circulación de documentos... pero esto no puede suponer una merma de la seguridad jurídica y como la estadística sobre las actividades humanas nos dice que es imposible evitar los errores hay que tener previsto cómo se pueden solucionar los que se cometan; lo contrario será hasta contraproducente, pues cuando se produzcan errores (que los habrá) la gente se retraerá al ver que no tiene medio operativo con qué repararlos.

Es desolador el observar cómo normas recientemente aplicables en España, como el Convenio Consular de París, la Resolución del Parlamento UE 2008, el RgtoE 805/04, sobre título ejecutivo, o el RgtoE 650/12-15, sobre sucesiones, que ¡por fin! intentan solucio-

nar cuestiones documentales, guardan absoluto silencio sobre estas otras materias tanto o más importantes pero mucho menos mediáticas. Es como si se pretendiera levantar una ciudad europea con una arquitectura y unos valores estéticos y funcionales extraordinarios y todos quisieran salir en la foto de la inauguración, pero nadie quisiera ocuparse de cosas tan prosaicas como desagües, cloacas, alcantarillas, residuos sólidos, basuras, depuradoras, etc.

Da la sensación de que estas normas no se realizan en instancias técnicas o son fruto de múltiples enmiendas y transacciones que las hacen irreconocibles y es que, como dijo "el Canciller de Hierro", Otto von Bismark (cita que ya hicimos en otra ocasión, tomada de "La ley sobre cesión de finca a cambio de construcción", de CABANAS TREJO, en *La Notaría* 9-10/03): *"Con las leyes pasa como con las salchichas, es mejor no ver cómo se hacen".*

... y añadimos nosotros que es lo mismo que les ocurre a algunas resoluciones y sentencias... a varias resoluciones y sentencias en las que hay asesores, votaciones, mayorías, votos particulares... es mejor no ver cómo se fabrican…

J) Efecto sustantivo y su "intensidad" (constitutivo, declarativo y de reconocimiento). Ninguna norma aplicable en España (de origen interno o supranacional) ordena que se apliquen a las escrituras extranjeras los criterios de nuestro ordenamiento jurídico sobre las escrituras de reconocimiento de documentos privados, declarativas o constitutivas, lo que de nuevo es otro motivo más de preocupación sobre el camino que queda por recorrer hasta conseguir que haya un sustrato documental común entre diferentes países que facilite la circulación internacional de documentos... queda mucho por hacer…

En fin, habrá que ver caso a caso a la búsqueda de la solución más justa, pues no consideramos aplicables sin más nuestras normas para aquellos casos de que la escritura extranjera se apartara de un previo pacto verbal o escrito…

De todas maneras sí que queremos hacer unas reflexiones de aquellos supuestos en los que nuestra legislación exige la escritura pública con carácter constitutivo como forma sustancial, pues muchas son las razones para entender que solo se está refiriendo a documentos autorizados por notario español…

Damos por reproducidas aquí las razones generales ya expuestas de que no hay una norma general de equiparación entre las

escrituras extranjeras y españolas y que, en definitiva, aquellas son simples documentos privados con algún efecto determinado reconocido en alguna norma específica. En cualquier caso los documentos notariales sobre inmuebles solo pueden ser autorizados por notarios del país de situación, por considerar que forman parte del sistema registral exclusivo del país.

Pero es que además muchos países extranjeros no reconocen a sus escrituras efecto traditorio y, en cualquier caso, en España no se reconoce ese efecto a ninguna de aquellas aunque lo tuviera en origen. Recordemos que las hipotecas navales y prendas sin desplazamiento pueden constituirse en póliza, que es variedad documental desconocida en otros países.

En definitiva: donaciones de inmuebles, hipotecas y prendas solo pueden realizarse en escritura o póliza... española…

Para encontrar excepciones a esta regla general no hay que romperse la cabeza: nuestro CC las señala expresamente:

La forma constitutiva de testamentos extranjeros se trata en los arts. 732 a 736 CC.

En cuanto a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada ante notario extranjero es admisible en España (siempre que cumpla la Doctrina de Equivalencia en la Seguridad Jurídica) desde el mismo momento en que está ligada a la celebración del matrimonio que, ex arts. 49 y 50 CC, españoles y extranjeros pueden celebrar fuera de España en "forma" religiosa o en la del lugar de celebración, con lo que se les está reconociendo que también puedan regular según esa ley aspectos tan fundamentales como los conectados al régimen matrimonial, con la única excepción de que contuvieran aportaciones o liquidaciones de inmuebles, en cuyo caso ya entrarían en juego otras consideraciones y siempre que se trate de un supuesto sencillo de elección de régimen. Nótese que el art. 9.3 CC no sirve para resolver esta cuestión, pues solo se está refiriendo a la "validez negocial" de "pactos y capitulaciones" según diferentes puntos de conexión; son los arts. 49 y 50 CC los que se refieren a las cuestiones de "forma" del matrimonio e incluyen a la "forma" de las capitulaciones como cuestión íntimamente ligada al matrimonio.

K) Efecto legitimación y L) Efecto Seguridad Jurídica. Ya hemos dicho que los documentos notariales tienen ese doble aspecto privado (que sirve a los particulares) y público (que atiende a los

intereses generales). Pues bien, debido a los especiales requisitos que se observan en su formalización se produce para el particular una situación de "legitimación" que le permite actuar frente a los demás en base a su escritura, que todos aceptan como válida, y para la sociedad en general se produce una situación de "seguridad jurídica" en la que se desarrollan y progresan las relaciones de particulares, familias y empresas.

Desde luego que las escrituras españolas producen estos efectos y respecto de las extranjeras admisibles en España que hayan superado el control de la Doctrina de Equivalencia en la Seguridad Jurídica (poderes, testamentos, actas, capitulaciones, títulos ejecutivos y sucesorios) ciertamente que no producen "la misma" legitimación y seguridad... pero sí otra equivalente y suficiente para el tráfico, con lo que son las mismas razones que les atribuyen el efecto probatorio extrajudicial las que traducen esa eficacia en la legitimación y seguridad dichas.

M) La oponibilidad y la utilizabilidad de la escritura extranjera. Si nos situamos en el contexto de los documentos notariales extranjeros que acabamos de decir son admisibles en España por haber superado la Doctrina de Equivalencia en la Seguridad, son las mismas razones por las que les reconocemos un efecto probatorio, de legitimación y de seguridad las que abonan que se les apliquen estos efectos de oponibilidad y utilizabilidad, ya que sin ellos esa teórica aceptación no se traduciría en nada práctico.

En efecto, si decimos, por ejemplo, que un poder extranjero es admisible en España, a la vez estamos diciendo que damos por buena la fecha, la identificación del compareciente, el efecto probatorio, y la legitimación y seguridad que produce, todo ello basado en que extrajudicialmente no se va a poner en duda y que el eventual contradocumento no nos puede perjudicar desde el mismo momento en que el emisor del poder ha creado un estado de cosas y de confianza que no puede desconocer a su capricho.

¿Esta oponibilidad y utilizabilidad de la escritura extranjera proviene de la aplicación de nuestro CC o de otra norma consuetudinaria o Principio General de Derecho? A nuestro entender no es relevante, pues admitir un documento significa necesariamente aceptar su efecto probatorio, su legitimidad, su seguridad, su oponibilidad y su utilizabilidad... es que sin ello no serviría de nada…

27. CONCLUSIÓN TERCERA: CRÍTICA DE LA RESOLUCIÓN DE 22/2/12

Podríamos decir 18 veces que esta Res es errónea.
Podríamos decir siete veces que es absurda.
Podríamos decir cuatro veces que es incoherente.
Podríamos decir tres veces que es incongruente.
Podríamos decir dos veces que es desafortunada.
Podríamos decir dos veces que es ¡falsa!
Podríamos decir que es distorsionante.
Podríamos decir que es una clara involución.
Podríamos decir que no admite contraste serio.
Podríamos decir que tiene una defectuosa comprensión.
Podríamos decir que es un notable embrollo.
Podríamos decir que carece de sentido.
Podríamos decir que actúa de forma incomprensible.

Podríamos decir que en ella la DGRN acredita una falta de la mínima fundamentación jurídica.

Podríamos decir que en ella la DGRN manifiesta una clara falta de criterio.

Podríamos decir que en ella la DGRN acredita una comprensión defectuosa del Derecho Civil…

Como poder decir se pueden decir muchas cosas, pues el papel aguanta lo que se le ponga, pero nosotros no lo diremos, ya que en todo tiene que haber límites. Por cierto que lo anterior es un resumen de la crítica que hizo Sixto Sánchez Lorenzo a la Res 7/2/05 en su artículo que citamos al principio, publicado en *Diario La Ley* de 20/2/06...

Por nuestra parte pensamos que con lo escrito hasta aquí el lector inteligente se podrá hacer una idea bastante aproximada de lo que pensamos sobre la tan mencionada Resolución y los argumentos en que dice basarse...

28. CONCLUSIÓN CUARTA: SOBRE ASPECTOS GENERALES

En las líneas que preceden hemos intentado suministrar argumentos con los que solucionar el complejo problema de la circulación internacional de documentos notariales, pero al hacerlo hemos

descubierto que hay unos defectos, unas disfunciones, en nuestro "sistema" jurídico que mientras no se solucionen nos condenan a seguir tropezando en la misma piedra una y otra vez, pues insistimos: es el sistema el que tiene un problema de diseño.

Así pues, nos permitimos hacer las siguientes sugerencias:

1. Hay que introducir en los temarios de las oposiciones de Judicaturas los relativos al Derecho Notarial español.

2. El Consejo General del Notariado ha de prestar su apoyo, material y humano, a la Escuela Judicial para que se trate con el adecuado nivel las cuestiones relativas al Derecho Documental español.

3. El Consejo General del Notariado deberá suministrar a todos quienes pasen por la Escuela Judicial ediciones especiales de las obras notariales más representativas, entre las que no deberán faltar los seis tomos de los *Escritos Jurídicos* de Antonio Rodríguez Adrados.

4. El Consejo General del Notariado deberá coordinar cursos con la Judicatura para la puesta al día en ambas instituciones de temas relativos al Derecho Notarial y Derecho Judicial.

5. Hay que cambiar de manera inmediata el sistema de recursos contra las Resoluciones de la DGRN, creando una especialización judicial en Derecho Privado, Hipotecario y –en particular– Notarial, de manera que los recursos queden a cargo exclusivamente de estos especialistas de manera análoga a lo que ocurre con la especialización judicial en Derecho Administrativo y en Derecho Mercantil.

6. Hay que dividir la actual DGRN en dos Direcciones Generales distintas: una de Registros y otra de Notariado, y aunque los Directores nombrados para cada Dirección sean cargos políticos, se deberá exigirles que acrediten previamente sus conocimientos en Derecho Registral y Derecho Notarial mediante el aval de una Comisión Científica que se deberá crear al efecto. Lógicamente, los recursos contra calificaciones de registradores en los que estén implicadas cuestiones de Derecho Notarial, solo podrán ser resueltos por el Director General del Notariado y, eventualmente, por los órganos judiciales especializados en la materia.

7. Hay que estudiar un procedimiento especial que facilite la eventual recusación del Director General de Registros o del Notariado para todos aquellos que sospechen parcialidad o prejuicio en sus decisiones.

8. Los partidarios de facilitar la circulación internacional de documentos notariales estamos francamente alarmados con la ligere-

za con la que se trata este asunto y consideramos prioritario que se establezcan de manera urgente sistemas que garanticen de manera efectiva la eventual exigencia de responsabilidad disciplinaria, civil y penal del notario emisor, estableciendo, como mínimo, un Seguro Internacional de Responsabilidad Profesional y por lo mismo se tendrá que arbitrar un efectivo sistema internacional de obtención de copias de documentos notariales y de comprobación de su autenticidad a disposición de las autoridades y funcionarios del país de recepción (Administraciones, jueces, notarios y registradores), pues sin tener asegurados ambos aspectos no se debería admitir ningún documento de país extranjero.

29. CONCLUSIÓN FINAL: AUNQUE SE INSCRIBAN LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS SOBRE INMUEBLES HISPANOS, NO SE PUEDEN ADMITIR COMO TÍTULO POR NINGÚN NOTARIO ESPAÑOL, AL SER CIVILMENTE NULAS Y POSIBLES GENERADORAS DE GRAVES RESPONSABILIDADES QUE PUEDEN ACABAR EN UN JUZGADO, LO QUE DEBERÁ SER ADVERTIDO A EVENTUALES COMPRADORES, ENTIDADES DE CRÉDITO, ETC.

Llega el momento de resumir lo dicho hasta aquí para fundamentar nuestra conclusión y posteriormente ver si el hecho de que la escritura extranjera se haya inscrito por la razón que sea en algún Registro influye o no sobre la misma. Veamos…

— Para intentar buscar soluciones a los problemas de la circulación internacional de documentos notariales siempre hay que tener en cuenta unas mínimas reglas lógicas e idiomáticas: no se puede decir que dos cosas son iguales por la simple apariencia externa, sino que hay que averiguar sus verdaderas características ya sean pastillas que parecen Aspirinas, comprar libros por el color de las tapas o escrituras que externamente parecen iguales pero que no lo son…; hay que distinguir entre la regla general y sus excepciones: las escrituras extranjeras no están equiparadas a las españolas... y a partir de aquí las excepciones que sean; no se puede caer en la metonimia estéril de tomar la parte por el todo: los notarios no hacemos escrituras, hacemos seguridad jurídica, no basta fabricar papeles que se parezcan, sino lograr que proporcionen la misma se-

guridad jurídica, tal y como dice la Resolución del Parlamento UE de 18/12/08, sobre Documento Público Europeo, Considerando M: *"... que la institución del documento público... debe de... garantizar... las ventajas potenciales... en términos... de seguridad jurídica…"*.

— Cada país tiene un sistema jurídico sustantivo y documental distinto de los otros países y en muchas ocasiones, no solo distinto, sino incompatible…

— Para suplir los inconvenientes de las diferencias de sistemas jurídicos entre los distintos países se avanza a buen ritmo en la coordinación de los aspectos "negociales" por medio de diferentes normas supranacionales: Convenio de La Haya de 5/10/1961, sobre testamentos; ROMA I, sobre contratos; RgtoE 650/12-15, sobre Sucesiones… Sin embargo, respecto de los documentos, no existe ninguna norma de ningún organismo nacional o internacional que con carácter universal diga nada parecido a que *"Todos los notarios y todas las legislaciones notariales del mundo son iguales, por lo que todos los documentos notariales producen los mismos efectos en cualquier país"*. Ni existe... ni se le espera…

— Desgraciadamente, la coordinación internacional sobre los sistemas jurídicos de los documentos en los que viajan los negocios (incluido el documento electrónico) prácticamente no existe: aparte de apostillas y certificados, sobre escrituras ejecutivas el Rgto Europeo 805/2004, de Título Ejecutivo; sobre Actas, el Rgto Europeo 1393/2007, de notificaciones y traslados de documentos civiles y mercantiles judiciales y extrajudiciales (*vid.* Res 27/2/12 y STJUE 25/6/09); sobre documentos notariales en general, el Convenio Europeo de Funciones Consulares de París 11/12/1967 (BOE 8/4/2011); sobre documentos notariales sucesorios y Certificado Sucesorio Europeo, el Rgto Europeo 650/12-15; sobre el Documento Público Europeo, la Resolución del Parlamento UE de 2008 (por cierto, que excluye los relativos a inmuebles) y el Programa de Estocolmo aprobado por el Consejo Europeo en 2010 (por cierto, que considera que es una posibilidad a largo plazo).

— Para poder llegar a cualquier solución mínimamente coherente sobre la circulación internacional de documentos hay que diferenciar entre negocio y documento (por más que puede haber negocio sin documento pero no documento sin negocio) y entre validez y eficacia en los negocios y validez y eficacia en los documentos como categorías distintas y asimétricas, y todo ello tanto a nivel interno

como internacional. Esta diferenciación ha sido reconocida por la Justicia europea en la STJUE Gran Sala 24/5/11 y, sin ánimo de ser exhaustivos, en diferentes normas:

— a los aspectos negociales se refieren el Ordenamiento de Alcalá, y el CC en sus arts.: 9.2 Régimen matrimonial, 9.3 Capitulaciones, 9.8 Sucesiones, 10.1 Propiedad inmobiliaria, 10.5 Obligaciones contractuales, 10.11 Representación voluntaria, 11 y 1278 sobre validez formal; Convenio de La Haya 5/10/61, sobre testamentos; ROMA I, sobre contratos; Resolución del Parlamento UE de 2008 sobre Documento Público Europeo (considerando Q); RgtoE 650/12-15, en el art. 21 establece como ley de sucesión la de residencia habitual y en el 22 permite elegir la de la nacionalidad, y en los arts. siguientes regula la validez material y formal de testamentos, pactos sucesorios, aceptaciones y renuncias, en el art. 59.3 considera competentes para actos y relaciones jurídicas sucesorias a los Tribunales de la ley de la sucesión; el Convenio Consular de París de 1967, art. 15.

— a los aspectos documentales se refieren los arts. del CC: 49, 50, 632, 633, 662 a 743, 1216 a 1230, 1279, 1280, 1327, 1462, 1865, 1872, 1875, 1921; LN y RN; Resolución del Parlamento UE de 2008 sobre Documento Público Europeo (Considerandos D, K, M, N, O y Recomendación 4); el RgtoE 805/04, art. 25 y Anexo III sobre Título Ejecutivo; el Rgto 650/12-15, sobre Sucesiones, en los arts. 59.1 y 60.1, sobre efectos probatorios y ejecutivos, el 59.2, que considera competentes para aspectos documentales a los Tribunales del país de emisión del documento; Convenio Consular de París de 1967, que en el art. 15 trata aspectos negociales pero también documentales.

— Muy importante para avanzar en esta materia es recalcar que tanto el art. 11 de nuestro CC como el art. 11 de ROMA I, se están refiriendo única y exclusivamente a la "validez del negocio" (¡lo repiten hasta tres veces!), no a los "efectos de los documentos", tal y como, respecto del CC, ya pusiera de relieve Rodríguez Adrados hace 40 años.

— Para alcanzar plenitud de efectos negociales y documentales es necesario que el "negocio" sea "válido" por reunir todos los requisitos que exige nuestro ordenamiento (consentimiento, objeto y causa), pero además que no pierda su "eficacia" por rescisión, reserva de disponer, revocación, desistimiento, reversión, término, condición, o incumplimiento. Pero lo anterior no basta, ya que hay

determinados efectos que los producen directamente los "documentos" sin auxilio judicial (art. 1279 CC). Por supuesto que si el negocio es ineficaz, el documento también lo será porque estará vacío, pero aparte de eso el documento en sí deberá ser "válido" por haber sido autorizado por notario con competencia material y territorial, y además habrá de cumplirse la competencia formal, pues los requisitos de los documentos y los "efectos" que producen son muy distintos dependiendo de que sean privados sin más, privados liquidados, reconocidos, legitimados, testimoniados, inscritos, protocolizados, letras, cheques, pagarés, testimonios, actas, pólizas o escrituras... hay que ver cada caso…

— Cuestión de trascendental importancia en esta materia es destruir para siempre el mito de que el "ordenamiento español es antiformalista", pues lo que pretenden determinados operadores jurídicos es algo parecido al "todos los documentos valen y han de tener efectos". Sí que es cierto que según el Ordenamiento de Alcalá y el art. 1278 CC algunos "negocios" son válidos en cualquier forma, pero importantísimos negocios intervivos (donaciones, hipotecas, prendas, capitulaciones…) y todos los mortis causa son estrictamente formales y necesitan sumar alguna formalidad (documental o no) que complemente la simple expresión verbal o por signos/silencios significativos de nuestra voluntad (documentos privados, intervención de ciertas personas, testigos, entrega manual de cosas, etc.). Y si vamos al ámbito de los "documentos" se entra en el reino del más puro formalismo, pues no existe, ni en España ni en ningún otro lado, una norma equivalente al art. 1278 CC que diga nada parecido a que *"Cualquier particular o funcionario podrá hacer los documentos que les interese, con los requisitos que crean conveniente y que producirán los efectos que les convengan".* Todo en los documentos es estrictamente formalista y regulado hasta en los más mínimos detalles según la regla de que a más requisitos de formalización más efectos se producen, hasta llegar a la escritura pública notarial: máximo de requisitos = máximo de efectos posibles.

— Ningún país tiene competencia legislativa para imponer los efectos de sus documentos en otro país soberano, como tampoco tiene competencia legislativa para atribuir efectos de los que carecían en origen a los documentos de otro país soberano en su propio país. En España el art. 148.1.8.ª de la Constitución ha reservado la competencia exclusiva de legislar (hacia el interior y el exterior)

sobre los requisitos y efectos de sus documentos notariales. Esta competencia está ratificada en el Considerando Q de la Resolución Parlamento UE de 2008.

— Consecuencia de esta falta de competencia legislativa es, según el Considerando M de la Resolución del Parlamento UE 2008: "*... que el reconocimiento de la fuerza probatoria no implica que el documento público extranjero goce... de una fuerza superior a la de los documentos públicos nacionales…"*. En el mismo sentido, el art. 25 y Anexo III del RgtoE 805/04 exigen *"… que sean ejecutivos en un Estado miembro…"*, lo mismo que el RgtoE 650/12-15, art. 59.1: *"… el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen…"*, y el art. 60.1: *"… que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen…".*

— La conclusión es bien clara, por falta de competencia legislativa: **un documento extranjero nunca puede tener más efectos que los que produce en su país de origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción.**

— La legislación notarial española, amparada por la competencia constitucionalmente exclusiva del Estado, consagra al notario como funcionario (arts. 1 y 60 LN y 69 RN, Res 3/11/11 y STS 13/10/98 y 28/11/07) al que le atribuye la actuación exclusiva respecto de los documentos públicos extrajudiciales y extraadministrativos como forma pública estatal, hasta el punto que el Estado "expropia" la escritura a su autor (el notario es simple depositario) y al particular que la paga (que puede aprovecharse de ella pero que no puede impedir que también se sirvan de ella otros particulares y entidades). Todo lo cual hace muy difícil la circulación de notarios y sus documentos, tal y como ocurre con otros funcionarios y sus documentos: registradores y sus inscripciones, secretarios de Ayuntamientos y sus licencias de obras, jueces y sus sentencias, etc.

— Las normas supranacionales confirman esta configuración del notario como funcionario excluido de liberalización, en cuanto que ejercita funciones públicas delegadas por el Estado: art. 51 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (antes 45 del Constitutivo), el Considerando Q de la Resolución del Parlamento UE de 2008, Resolución del Parlamento Europeo 18/1/1994 y Resolución del Parlamento Europeo de 23/3/2006; art. 1.5.d) Directiva Comercio Electrónico 2000/31/CE; Reglamento 2157/2001/CE, sobre Sociedad Europea; Reglamento 805/2004/CE, sobre Título Ejecutivo Europeo; Anexo al

informe sobre servicios profesionales excluidos del GATS (COM 0405 final, de 5/9/2005, nota 33 del punto 71); y hasta el Considerando 41 Directiva 2005/36/CE, de reconocimiento de cualificaciones profesionales. Estas restricciones han sido expresamente reconocidas por la STJUE, Gran Sala, 24/5/11 y ya antes lo había reconocido la DGRN en su Res de 24/2/10, del Sistema Notarial, que hace aplicación de la Sentencia Wouters del TJCE de 19/2/02 y de las ya citadas Resolución del Parlamento Europeo 23/3/06, sobre profesiones jurídicas, y la Directiva Europea de 2006 sobre Servicios.

— Pero el reconocimiento más claro de la no liberalización de los servicios notariales españoles (incluso por las graves responsabilidades que puede acarrear) lo encontramos en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DirServ), que los excluye de liberalización y en su art. 1.1 explica que la liberalización de servicios comprende "libertad de establecimiento" y "libre circulación de los servicios". Y sobre todo nuestra Ley 17/2009, de 23 nov., sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LServ), que aclara en el *art. 1* **que la exclusión de liberalización no solo impide** *"**la libertad de establecimiento de los prestadores**"*, sino también *"**la libre prestación de servicios**"*. Y con todavía mayor precisión insiste en que cuando se habla de servicios se entiende los que se prestan desde España o desde fuera, ex *art. 2.1 "... que son ofrecidos o prestados en territorio español por **prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro**".*

— Esta no liberalización de los servicios notariales se confirma en el Convenio Consular de París, en el que se parte del hecho innegable de que nuestro Estado no puede impedir que haya escrituras hechas por notarios (cónsules) extranjeros que lleguen a España; pero por mucho que estén hechas por funcionarios autorizados para ello en sus respectivos países, la admisión en España se va a realizar exclusivamente de acuerdo con los criterios que establezca la legislación española, ex art. 15: *"1. Los funcionarios consulares tendrán el derecho a extender o **autorizar notarialmente** o de la forma análoga que prevean las leyes y reglamentos del Estado que envía: … 2. Los **actos y contratos** a que se refiere el párrafo anterior solo podrán producir efectos jurídicos en el territorio del Estado que recibe **en la medida en que las leyes y reglamentos de éste no***

se opongan *a ello".* Nótese que este art. 15 incluye expresamente a los "Reglamentos" como distinto de las "Leyes", lo que incluye evidentemente al Notarial, y que no solo se está refiriendo a la "validez y eficacia del negocio" *("actos y contratos"*), sino que afortunadamente se refiere también a la "validez y eficacia de los documentos" (*"autorizar notarialmente"*).

— Este planteamiento de que la actividad notarial supone ejercicio de autoridad pública que la hace no susceptible de liberalización, ha sido finalmente acogido por el mismísimo TS, Sala 3.ª, en su Sentencia de 19/5/09 (antes en la STS 10/3/09), en el último recurso contra la reforma de 2007 del RN, que considera acreditado que el notario ejerce funciones públicas que –de acuerdo con la legislación europea– justifican su monopolio extrajudicial para la presentación telemática de documentos, cosa que no pueden hacer las Gestorías que, obviamente, no son funcionarios bajo la disciplina del Ministerio de Justicia. Este planteamiento echa por tierra la STS 20/5/08 sobre el mismo RN y hace inexplicable de todo punto las SAP de Santa Cruz y Alicante, la Res 22/2/12, y hasta la STS 19/6/12, pues no es admisible que estas digan que el servicio notarial español se pueda prestar por quien no es funcionario ni español ni extranjero, como ocurre con notarios como los ingleses... el que tiene que aclararse es el TS...

— La recepción en un país de documentos que proceden de otro supone la aplicación indirecta de la legislación extranjera y por tanto esa recepción habrá de someterse a los mismos requisitos que la aplicación directa, es decir, el documento y el negocio que contiene no puede atacar la legislación sustantiva y documental del país de recepción, ni directamente (orden público del art. 12.3 CC), ni de manera indirecta (fraude de ley del art. 12.4 CC).

— En España, el procedimiento de control para comprobar que un documento no ataca nuestro orden público ni incurre en fraude de ley se conoce con el nombre de "Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica", que, en definitiva, lo que pretende es acreditar que ese documento cumple los requisitos mínimos imprescindibles que en España se exigen a todos los negocios y documentos notariales y que, por tanto, produce el mismo nivel de seguridad. Esta Doctrina antes era conocida como "Equivalencia de formas", a la que hay que borrarle hasta el nombre a la vista de que manos inexpertas la habían convertido en la "doctrina de equivalencia de las formalidades",

según la cual basta que una escritura extranjera "externamente" se parezca a una española (núm., fecha, notario, compareciente, firmas y sellos... muchos sellos….) para decir que ambas son equivalentes y han de producir los mismos efectos, lo que es tan absurdo como tomar medicamentos porque huelen bien…

— Los requisitos mínimos negociales y documentales que de acuerdo con la Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica han de cumplir "todos" los documentos notariales vengan de donde vengan están recogidos en las Res 11/6/99 y 21/4/03 (notario funcionario, fecha, identificación, capacidad, consentimiento y negocio válido basado en algún punto de conexión o norma supranacional) y está consagrada a nivel interno en el art. 323 LEC respecto del efecto probatorio judicial, y en normas supranacionales, con carácter general en el art. 15 del Convenio Consular de París, y específicamente en el art. 26 RgtoE 1346/2000, de Resoluciones sobre insolvencias, y arts. 35, 40.a), 61.3, 59.1 y 60.3 RgtoE 650/12-15, sobre Sentencias, Transacciones y Documentos notariales sucesorios. El problema es que este mínimo es suficiente solo para un tipo de documentos pero no para otros…

— Un notario para el exterior "puede hacer" muchos tipos de documentos pero de acuerdo con la Doctrina de Equivalencia de Seguridad Jurídica "solo debe hacer" documentos que reúnan simultáneamente tres condiciones: que sean **"accesorios y sencillos y no tecnológicos"** (entendiendo como sencillos los que ante un Juzgado pudiera defender el notario sus conocimientos jurídicos sobre la materia) y solo pueden llegar a tener estas tres condiciones, en determinadas circunstancias, los **"poderes, testamentos, actas y capitulaciones"**, que son los únicos a los que les bastan los requisitos impuestos por las Res 11/6/99 y 21/4/03 y que por eso se pueden calificar de **"Documentos Notariales Universales"**. Cuando el documento es **"o principal, o complejo, o tecnológico"** ya no bastan los requisitos de las anteriores Res, pues deberá darse un asesoramiento y un control de la legislación del país de recepción con una intensidad y extensión que solo está al alcance de los notarios del foro, y por ello deberá denegar el notario requerido su ministerio salvo que autorice bajo tres condiciones: a) que advierta que no puede asesorar ni controlar la legislación extranjera, b) que la autorización se haga bajo la condición de que, como complemento, ante el notario o funcionario del país de recepción se otorgarán

los documentos que sean del caso y c) que a tal efecto los comparecientes se otorguen recíprocamente los oportunos poderes; si en estos últimos casos no se actuara de la manera propuesta, el notario se arriesga a autorizar un documento civilmente nulo y a incurrir en graves responsabilidades. Esta es la razón por la que (hasta ahora) la DGRN y el TS solo han admitido la recepción de poderes, actas, testamentos y capitulaciones extranjeras y han rechazado la de las escrituras relativas a inmuebles. Nótese que este planteamiento es el mismo que existe en otros países (principio de reciprocidad de los todavía vigentes arts. 952 y 953 LEC 1881) como Holanda, Alemania, Suiza, Francia, Italia, Bélgica…

— El asesoramiento a las partes y el control de la legalidad española en todo documento notarial son requisitos que de manera indisponible e imperativa exige la legislación española en todo documento notarial iincluso en 2012! (sin ser exhaustivos…): arts. 1, 2, 17 bis.2.a), 24 LN; 22 LH; 43.Dos.2 Ley 14 de 29/12/2000; 81 y 84 Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 16/11/07; 18 Ley 2, 31/3/2009; 30.1 Orden EHA 2899, de 28/10/11; 2, 19 y 20 Ley 10/2010, de 28 abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales; 4 Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; 71.6 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (modificado por Ley 38/2011, de 10 de octubre); 25.2 RDLey 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación; Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; art. 31 RDLey 8/2012, de 16 de marzo, de Aprovechamiento por Turno de bienes inmuebles; Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. La jurisprudencia es (era hasta hace poco) monolítica en este sentido: la STC 207 de noviembre de 1999 y por ejemplo STS 3/7/65 y 24/10/00; muy reveladora fue la **STS 29/12/1927: *"el Notario no sólo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero de los individuos y de las familias"***... se ve que eran otras épocas, en las que no había tantas prisas para pasar a la historia como moderno y europeo... Y lo más curioso de todo es que la Justicia europea no pega los bandazos de la española, pues ex **STJUE, Gran Sala, de 24/5/11: *"... las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la segu-***

ridad jurídica de los actos celebrados entre particulares…". "Es también cierto que el notario debe negarse a autentificar un acto o un contrato que no reúna los requisitos legalmente exigidos, con independencia de la voluntad de las partes". De nuevo es la jurisprudencia española la que se tiene que aclarar, pues no es de recibo que al final el control de la legalidad española no se le exija al notario extranjero y solo sirva para condenar al notario español, tal y como se puede ver en la STS 9/3/12 y ¡hasta la mismísima Audiencia de Alicante en su Sentencia 21/12/10!... en qué quedamos... ¿los notarios tienen o no tienen que controlar la ley?... ¿solo en algunos casos?... ¿solo algunos notarios?…

— El asesoramiento a las partes y el control de legalidad española se tiene que prestar de manera indisponible e imperativa en todo documento notarial con los medios tecnológicos adecuados, tal y como resulta (sin ser exhaustivos) de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que introduce el art. 17 bis de la LN, que establece el documento público electrónico y las copias electrónicas y la obligatoriedad de presentación telemática de las escrituras en los Registros de la Propiedad y Mercantiles; la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, que modifica el art. 17 LN y ratifica el índice informatizado (previamente se estableció en el RD 1643/2000); el art. 175 RN impone la obligación del notario de obtener información registral sobre titularidad y cargas de las fincas, bien telemáticamente bien por FAX; el art. 249 RN impone bajo sanción de responsabilidad la obligación del notario de presentar las escrituras por él autorizadas en los Registros telemáticamente o subsidiariamente por FAX, dando cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de impulso a la productividad; Ley 7/2003, de 1 de abril, y RD 682/2003, de 7 de junio, que regulan la constitución telemática de las Sociedades Nueva Empresa; constitución "exprés" de sociedades de Capital del RDL 13/2010, de 3 de diciembre (complementado por Orden JUS/3185/2010 sobre estatutos, la Instrucción DGRN 18/5/11 y varias Res DGRN); Ley 20/2005, de 14 de noviembre, sobre Registro de Seguros y Últimas Voluntades, desarrollado por RD 398/2007, de 23 de marzo; Denominaciones sociales del Registro Mercantil Central obtenidas telemáticamente; obtención del CIF de Sociedades de la AEAT; legislación sobre Blanqueo de Capitales,

que impone comunicaciones telemáticas con el OCP (creado por Orden EHA 2963/2005) y por su mediación con el SEPBLAC; actas abintestato y partes de testamentos se comunican telemáticamente a Colegios Notariales y Registro de Actos de Última Voluntad, que se regula en el Anexo III del RN, dando cumplimiento a la Orden de 21/12/92 y Resoluciones Circulares DGRN 31/3/93 y 8/11/94; Comunicación telemática con el Catastro desde la Resolución de la Dirección General del Catastro de 24/11/08; está en marcha el proyecto Ramón Lull para la asignación de referencias catastrales a las nuevas fincas directamente desde la Notaría; préstamos personales e hipotecarios telemáticos desde la Res DGRN de 5/5/03; consulta telemática de deudas de IBI; liquidación telemática de plusvalías y de impuestos; comunicación telemática de documentos de voluntades anticipadas; proyecto Ábaco para consulta telemática de bases de concursos; proyecto Vigía de comunicación telemática de determinadas actas a la policía. Es más, estos elementos tecnológicos se dan por supuestos en las STS 15/2/11 y 20/9/11, pero a la vista de que los notarios extranjeros están dispensados de ello... ¿estos elementos tecnológicos los tienen que tener todos los notarios o solo los que les guste la informática?, ¿hay que utilizarlos en todos los documentos o solo en algunos?, ¿hay que tenerlos disponibles todo el tiempo o solo de vez en cuando?, ¿por días, semanas o meses alternos?... De nuevo es el TS el que se tiene que ir aclarando…

— La STC 37/2011 y las STS de 2 de julio de 2002, 10 de mayo 2006 y 4 de marzo de 2011 (entre otras) exigen, para que se pueda prestar un consentimiento informado para tratamientos médicos, que esté precedido de una información exhaustiva prestada por el médico o cirujano competente, de las opciones y riesgos a los que se enfrenta el enfermo para que elija con conocimiento de causa. No existe razón alguna para que en el caso del consentimiento informado notarial se actúe de otra manera, ya que el cliente habrá de haber sido previamente informado antes de la firma de la escritura, de las opciones, consecuencias y costes que eso conlleva, cosa que solo puede hacer un experto en Derecho español que tenga los medios tecnológicos adecuados para ello. Esto está en abierta contradicción con las SAP de Santa Cruz, Alicante y otras STS que dan por sentado que para asesorar en Derecho español un notario extranjero sabe tanto como uno español... de nuevo es la jurisprudencia española la que se tiene que aclarar sobre si hay que asesorar o no hay que

asesorar, o solo tienen que asesorar algunos notarios y no todos, o solo en determinadas épocas o en ciertas partes del mundo y no en otras... ¿?

— Para acabar de complicar la cuestión resulta que el sistema documental español solo reconoce como notarios y escrituras a los españoles, con lo que las escrituras extranjeras son de difícil catalogación: ¿"documentos privados", "documentos especiales", "documentos no-públicos"?... y como tales solo tendrán aquellos efectos típicos de las primeras que excepcionalmente les atribuya alguna norma consuetudinaria, jurisprudencial o legal. Así resulta que la lógica nos indica que el CC solo se está refiriendo a notarios y escrituras españoles, pues cuando se refiere a los extranjeros lo dice expresamente, como ocurre con el Título preliminar, los arts. 49 y 50, sobre matrimonio extranjero, o los art. 732 a 736, sobre testamentos extranjeros. En el mismo sentido los precedentes históricos, ampliamente estudiados por Rodríguez Adrados, el Proyecto de CC de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888. Lo dicho está ratificado por el hecho evidente de que generaciones de licenciados en Derecho no han estudiado la legislación notarial extranjera en plano de igualdad con la española y que en tres siglos jueces y funcionarios (alcaldes, delegados de Vivienda o de Hacienda, etc.) jamás han otorgado escrituras o protocolizado documentos sino ante notario español y nunca ante notario o cónsul extranjero, que pueden encontrar incluso en muchas ciudades españolas.

— Nótese que **no hay ninguna ley nacional o supranacional que haga una equiparación general entre escrituras extranjeras con las españolas** y la mejor prueba es que diferentes normas les van atribuyendo efecto a efecto mediante reglas específicas bajo muy estrictas condiciones, lo que demuestra que son otra cosa; así el efecto probatorio del art. 323 LEC y del art. 59.1 RgtoE 650/12-15; el efecto ejecutivo del art. 523 LEC y del art. 25 y Anexo III del RgtoE 805/2004 y art. 60.1 del RgtoE 650/12-15; el efecto registral del art. 4 LH, que es un arrastre histórico del art. 5 LH de 1861 cuando no iba a existir (en el Proyecto de 1851) el título y modo y no se sabía en qué términos se regularían los documentos notariales en las leyes posteriores, la LN 1862, LEC 1881 y CC de 1889, de las que resulta que la LH no es ley documental y no regula ni los requisitos de las escrituras españolas ni los de las extranjeras (el art. 608 CC solo habilita a la LH para cuestiones de inscripción y el art. 1217 CC remite

los requisitos de los documentos notariales a lo que diga la legislación notarial, no la hipotecaria) y nuestro art. 1462 CC no atribuye efecto traditorio a las extranjeras y según la LN desde el extranjero no se puede asesorar y controlar nuestra legalidad y por eso la Resolución del Parlamento UE 2008 excluye a los documentos relativos a inmuebles diciendo en el Considerando O: *"... que en materia de reconocimiento de las resoluciones judiciales en la Unión Europea, tal exclusión corresponde a la atribución de la competencia exclusiva a los tribunales del lugar en el que está sito el inmueble... y a los tribunales del territorio en el que se mantiene el registro público, para todo recurso sobre la validez de las inscripciones en dicho registro público"*, y en la Recomendación 4 sobre el futuro Rgto, esta Resolución/08 contiene una restricción importantísima *"... con la exclusión de los relativos a inmuebles y que deban o puedan ser objeto de una inscripción o una mención en un registro público",* y es que, como se explica en el Considerando N, hay una conexión estrechísima entre escritura pública y Registro de la Propiedad (*vid.* las Directivas de Servicios y la Ley española que la traspone) *"... habida cuenta de la estrecha correlación existente entre el modo de establecimiento de un documento público, por un lado y la inscripción en el registro público, por otro lado".* Desde este punto de vista el art. 4 LH tiene importancia para un futuro en el que el notario extranjero pueda hacer un documento sobre inmuebles españoles con la misma seguridad jurídica que aquí, en ese momento –solo si llega ese momento–, aunque documentalmente sea un documento no-público, tendrá acceso al Registro por permitirlo así la ley española.

— Respecto de los documentos notariales extranjeros que reúnan simultáneamente las tres condiciones de ser "accesorios y sencillos y no tecnológicos" (poderes, testamentos, actas y capitulaciones), que hayan superado el control de la Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica, se les reconoce en España el suficiente efecto probatorio extrajudicial y de legitimación en virtud de una norma, originalmente consuetudinaria –y hoy jurisprudencial, según múltiples Res de la DGRN y STS–, lo que les permite desenvolverse en el tráfico jurídico extrajudicial con las suficientes garantías.

— Finalmente, si las escrituras extranjeras fueran igual que las españolas... ¿para qué tantas normas especiales nacionales y supranacionales para atribuirles unos efectos que deberían tener por sí solas?...

— Confirma lo dicho hasta aquí el que respecto de sentencias judiciales también estamos muy lejos de su libre circulación en el ámbito de la UE, en la que sigue siendo la regla general la necesaria homologación judicial con el correspondiente exequátur salvo en siete materias muy concretas amparadas por RgtosE: 1) 805/2004, sobre ejecución de créditos no impugnados, 2) el 2201/2003, sobre materia matrimonial y responsabilidad parental (*vid.* Res 12/9/94, 8/10/99 y 2/11/02, sobre Registro Civil), 3) el 1896/2006, sobre proceso monitorio europeo, 4) el 861/2007, sobre litigios de escasa cuantía, 5) el 4/2009, sobre obligación de alimentos, 6) el 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia internacional, y 7) el 650/12-15, sobre Sucesiones. Y aun dentro de estas materias hay excepciones: como el caso de la rebeldía del demandado (STJUE 15/3/12, art. 3 RgtoE 805/04 y art. 40.b) RgtoE 650/12-15); siempre que la sentencia o transacción judicial ya tuviera en origen ese efecto ejecutivo o sucesorio (art. 6.1.a) y 24 del RgtoE 804/05 y arts. 43 y 61.1 del RgtoE 650/12-15); siempre que no sean contrarias al orden público (art. 26 RgtoE 1346/2000 y arts. 40.a) y 61.3 Rgto 650/12-15). Y todo esto solo respecto algunos países de la UE, ya que UK, Irlanda y Dinamarca no participan en algunos de estos RgtosE... ¿y del resto de materias y de los 194 países del mundo?, ¿de verdad se puede afirmar que las sentencias ya circulan sin exequátur?

— La lógica, el art. 323 LEC y el art. 15 Convenio Consular de París conducen a la conclusión de que para llegar a reconocer algún efecto a una escritura extranjera en España ha de superar ¡ocho controles!, cuatro según el ordenamiento de origen y cuatro según el ordenamiento español, pues el negocio y el documento han de ser válidos y eficaces en ambos (Doctrina de Equivalencia en la Seguridad Jurídica). Superados esos controles el documento extranjero sería en España un documento no-público que solo producirá aquellos efectos que les reconozca, caso a caso y específicamente, alguna norma nacional o supranacional consuetudinaria, jurisprudencial o legal. Este complejo proceso se puede ver facilitado con algún punto de conexión de nuestro Título Preliminar del CC o de alguna norma supranacional que permita aplicar directamente la ley extranjera o la supranacional, con lo que estos controles se van reduciendo. También se puede facilitar el análisis si la cuestión se plantea directamente en el Juzgado, ya que entonces los aspectos documentales dejan de ser relevantes al sustituir la sentencia al do-

cumento, salvo en los negocios estrictamente formales, en los que no cabe la sustitución de la escritura por la sentencia.

Así pues, consideramos que las escrituras autorizadas por notario extranjero que se refieran a actos o principales, o complejos o tecnológicos, respecto de bienes y derechos españoles (incluyéndose todas las que se refieran a nuestros inmuebles) son civilmente nulas y posible fuente de graves responsabilidades, al aparentar prestar de manera competente el servicio notarial español sin tener título para ello, resultando un documento que aparenta ser lo que no es y con el riesgo añadido de que probablemente acaben en algún Juzgado.

¿Cambiaría la anterior conclusión el hecho de que esa escritura se hubiera llegado a inscribir directamente o como resultado de una decisión de la DGRN, un Juzgado, Audiencia o TS como resultado de un recurso gubernativo?

Pensamos que no, pero antes de explicar por qué, hemos de hacer unas pequeñas reflexiones sobre los distintos planos en los que se mueven el control notarial y el control registral, que cronológicamente siempre es posterior y que, como dijera Cabanas Trejo, es un "control del controlador", sin que esto suponga minusvalorar la función registral.

En efecto, Díaz Cadórniga en su artículo "Acreditación del Nombramiento de Administrador en las SL", en *Boletín Informativo Notarial de Andalucía*, plenamente consciente de las distintas funciones y ámbitos del sistema notarial respecto del registral, explica que en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible se pretendió acreditar el nombramiento de los administradores con una simple certificación del Registro Mercantil, a lo que se opuso el Consejo General del Notariado y el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de manera que, finalmente, el art. 5.Uno.d) del Real Dcto Ley 13/2010 (sobre constitución telemática de "sociedades exprés") aclara que lo único que acredita la certificación registral es la "inscripción", no el "cargo", de administrador, que se justifica con la escritura notarial. Esto es lo conforme a nuestro sistema de circulación del instrumento público, al que no afectan ni los contradocumentos privados, ni las contraescrituras (arts. 1230, 1219 y 1738 CC) y a la "integridad" del instrumento público guardado en el Protocolo propiedad del Estado, ex art. 17 Bis.2.b) LN (Res 4/6/07, 10/3/08…). Y por ello, como bien dice Díaz

CADÓRNIGA, la acreditación de la representación se realiza con la presentación de la copia de la escritura, según exigen los arts. 164, 165 y 166 RN y las Res de 16 y 20 diciembre de 2007, pues la falta de inscripción en el Registro Mercantil no afecta a la validez y eficacia del nombramiento, según Res 17/12/97, 3/2/2001, 1/8/05 y 13/11/07 y la STS de 27/1/97.

A este respecto resulta particularmente clara la Res 23/3/11 (Sistema Notarial), de la que resulta terminantemente que la escritura no puede ser sustituida por información registral; lo dice así: *"El vendedor deberá acreditar el título del que deriva su adquisición, en este caso la copia autorizada de la escritura pública que es el título de legitimación para el tráfico (artículos 1218, 1230 y 1280.1 del Código Civil)... Esta legitimación para el tráfico no se puede sustituir por la nota simple informativa del Registro de la Propiedad, porque esta es un medio de publicidad o de conocimiento de los asientos registrales… Tampoco es título de tráfico la certificación registral, porque su efecto fundamental es acreditar en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales (artículo 225 de la Ley Hipotecaria). Este título de legitimación para el tráfico (copia autorizada), el Notario debe exigir su exhibición, refiriéndose a ello el artículo 174 del Reglamento Notarial…".*

En este sentido recordaba RODRÍGUEZ ADRADOS que ya en el CC la inscripción no sustituía a la escritura y por eso a efectos probatorios se tratan de distinta manera, pues respecto de una escritura cuya matriz hubiera desaparecido, las copias notariales (que son tan escritura como la matriz) tienen según los casos un importante efecto probatorio en el art. 1221 CC, mientras que las inscripciones de esas mismas, ex arts. 1221 y 1222 CC *"... sólo servirán como un principio de prueba por escrito"* y *"La fuerza probatoria... será apreciada por los Tribunales según las circunstancias."*

Así pues, las escrituras extranjeras inscritas en nuestros Registros, antes o después se tendrán que presentar como título insustituible ante un notario español, que deberá calificar si tiene o no las condiciones de título válido que sea base de una escritura posterior.

En efecto, por el mero hecho de la inscripción en el Registro no se debe excluir el análisis de si la escritura es o no válida, pues como bien dice el art. 33 LH, *"La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes".*

¿Y si la inscripción se hubiera practicado por orden de la DGRN, Juzgado 1.ª Instancia, Audiencia o, incluso, el TS tras un recurso gubernativo? La situación sería la misma, pues no hay que olvidar los limitados efectos de la calificación registral y los recursos gubernativos contra ella.

Nótese que la calificación y los recursos posteriores solo resuelven la cuestión relativa a si el documento es inscribible o no y están lastrados por los iniciales argumentos aportados por el registrador, sin que sea posible que en el desenvolvimiento posterior se discuta de cosa distinta que los motivos que fundamentan esa calificación. En otras palabras, puede ser que una determinada escritura no debiera ser inscrita por múltiples motivos, pero si los alegados por el registrador inicialmente no son aceptados en los recursos posteriores, la escritura se acabará inscribiendo, pues esos eventuales motivos ya no se podrán alegar después por nadie que participe en el procedimiento: ni por el registrador, ni por la DGRN, ni por los jueces.

Por todo lo anterior el recurso gubernativo nunca produce el efecto de cosa juzgada ni aunque llegue hasta el TS y, por eso mismo, está previsto que a pesar de que la escritura estuviera inscrita (aun por orden de la DGRN, un Juzgado, una Audiencia o el mismísimo TS) sea posible que en juicio contradictorio se declare la nulidad del título y la desaparición de dicha inscripción en el Registro, ex **art. 66 LH:** *"Los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del Registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado. La reclamación podrá iniciarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente. Sin perjuicio de ello, podrán también acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos..."*.

Súmese a lo anterior que las sentencias de Juzgados pueden ser recurridas ante Audiencias y estas ante el TS y seguramente que cabrían otros recursos ante el TC (ya hemos dicho que el TC tiene una opinión mucho más clara que nuestra jurisdicción ordinaria de cómo se obtiene un consentimiento informado), incluso no es descartable que el TJUE se tenga que manifestar frente a las opiniones de la Justicia española a la vista de lo que ya ha resuelto sobre que el notario debe asesorar y controlar la legalidad española. Y aun llegando el

caso hasta el Supremo hay que recordar que este puede cambiar de opinión, tal y como explicó el profesor Blasco Gascó en el libro antes citado, en el que estudiaba hasta 22 casos de llamativos cambios de opinión jurisprudencial. Además, existen las STS de unificación de doctrina, en las que se intenta poner orden entre sentencias contradictorias y en este caso –con todos los respetos– no es que haya sentencias contradictorias, sino que hay un auténtico caos, pues en algunas sentencias no se da importancia al asesoramiento y control de legalidad notarial y en otras se condena a notarios (todos españoles) por no practicarlo; en unas sentencias se reconoce que el notario tiene el monopolio extrajudicial de las conexiones telemáticas con el Registro y en otras se permite a ciertos notarios (todos extranjeros) que autoricen escrituras sin ninguna conexión telemática ni de otro tipo, ni con el Registro español ni con ninguna otra autoridad administrativa española y, en fin, en unas sentencias se considera imprescindible que el consentimiento informado esté precedido de un intenso y extenso asesoramiento (tratamientos médicos) mientras que en otras se prescinde de manera inexplicable de ese asesoramiento previo (escrituras extranjeras).

En definitiva, tanto si la escritura extranjera está inscrita como si no, la actuación del notario español debe ser la misma: rechazar el título como nulo y, eventualmente, advertir a terceros interesados de las responsabilidades y riesgos que hay en juego…

30. CODA

No sabemos ni quién, ni cuándo, ni dónde se empezó a difundir la especie de que **"lo progresista es la circulación internacional de escrituras vengan de donde vengan y lo retrógrado es oponerse a ello"**, y ha tenido tal éxito entre nosotros que juristas de alto nivel se han sumado a esta moda, y sin ningún análisis en profundidad concluyen que las escrituras extranjeras son igual que las españolas por el simple hecho de que ambas llevan la palabra notario junto con unas firmas y sellos (cuantos más mejor). Pues no, eso no es progresismo, sino **esnobismo trufado de papanatismo jurídico**, pues lo realmente progresista es asegurarse de que todos los documentos notariales, vengan de donde vengan, proporcionen el mismo nivel de seguridad jurídica, y si la importación de carne de

pollo, lechugas, licencias de obras o sentencias de los Tribunales no pueden infringir las normas imperativas españolas... ¿por qué no se exige lo mismo a los documentos notariales?

Frente al esnobismo que denunciamos nos puede consolar lo efímera que es la obra intelectual humana, lo que a veces no deja de tener grandes ventajas. En este sentido, Antonio Muñoz Molina, en su artículo "Milagros ruinosos", de *El País* de 7/8/10, nos consuela cuando dice que *"... una novela mala no hace mucho daño, y se olvida muy pronto; un edificio atroz o una plaza mal diseñada pueden ser un tormento para la vida práctica de muchas personas durante muchísimo tiempo…".*

Desde este punto de vista a algunos artículos (obviamente este), algunas resoluciones y algunas sentencias de las mencionadas en estas líneas lo mejor que les puede ocurrir es que se olviden cuanto antes.

También nos anima el pensar que de las obras jurídicas (incluidas varias sentencias y resoluciones) que hoy damos como importantes, novedosas y progresistas, pocas, muy pocas, superarán el paso del tiempo y que en las próximas generaciones solo se hablará, no de los que nos dedicamos a escribir cogiendo de aquí y de allá, sino de los que, como Antonio Rodríguez Adrados, han ido a las fuentes, al origen, para de primera mano fundamentar sólida y pausadamente todo lo que ha escrito tras una vida dedicada al estudio y al trabajo...

... Baltasar Gracián lo dijo así: *"Las cosas que presto llegan a su perfección, valen poco y duran menos; una flor presto es hecha y presto deshecha; mas un diamante, que tardó en formarse, apela para eterno".*

LA LICENCIA URBANÍSTICA DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS (COMENTARIO DEL ARTÍCULO 17.6 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008, DE 20 DE JUNIO, QUE REGULA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO)

Francisco Javier Ruiz Bursón
Inspector de Ordenación del Territorio,
Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía

Resumen: En el presente trabajo se pretende dar una visión sintética de la situación registral y urbanística de los complejos inmobiliarios en la actualidad. Primeramente, resulta imprescindible un estudio de su concepto, naturaleza y distinción de la llamada propiedad horizontal tumbada. A continuación, tras el nuevo párrafo sexto del artículo 17 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, se plantea la necesidad de analizar el alcance y la constitucionalidad de la exigencia de autorización administrativa de tales actos. Por último, se procede a analizar el tratamiento de esta institución en la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde ya existía una regulación específica para esta institución con carácter previo a la novedad introducida por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, todo ello dentro del marco constitucional de distribución de competencias en la materia urbanística entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Palabras clave: Complejos inmobiliarios, propiedad horizontal tumbada, parcelación urbanística, competencias constitucionales, licencias, disciplina urbanística, Registro de la Propiedad.

Abstract: In this paper it will be provided a synthetic overview about the registral and urban situation of the residential compounds currently in force. Firstly, by making an essential study of its meaning, legal nature, and difference from the called propiedad horizontal tumbada. As follows, in base of the new paragraph sixth of Spanish Land Law´s article 17 (art. 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba

el Texto Refundido de la Ley del Suelo) it´s necesary to analyze the scope and the constitutionality about the legal demand of administrative authority for such acts. Finally, this paper also reviews the urban system of this legal form in the Autonomous Community of Andalucía, where existed a specific regulation for it previously to the innovation puts in force by the Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, all of these taking place according to the constitucional Framework of distribution of competentes between the central and regional governments.

Key words: residential compounds, plotting division of land, constitutional competentes, building licences, urban discipline, land register.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO DE COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO

III. DISTINCIÓN ENTRE EL COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17.6 DEL TRLS

V. EXIGIBILIDAD DE LICENCIA URBANÍSTICA PARA LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS EN ANDALUCÍA

VI. CONCLUSIONES

VII. JURISPRUDENCIA

VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio consiste en el análisis de los complejos inmobiliarios privados en el ámbito del Derecho urbanístico y, más concretamente, de la autorización administrativa para la constitución y modificación de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico.

La trascendencia de los complejos inmobiliarios privados en el ámbito propio del urbanismo viene dada por la posibilidad de realizar

a través de dicha institución jurídico-privada un fraccionamiento de la propiedad inmobiliaria, bien sea desde una perspectiva material o ideal, lo cual lleva a relacionarla directamente con el concepto de parcelación urbanística. Ello aparece unido a la escasa regulación sustantiva de esta institución, contenida en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, y a la difícil delimitación de las esferas del Derecho civil y Derecho urbanístico respecto de esta figura (1).

La modificación introducida por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, añadiendo un párrafo sexto al artículo 17 del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal (2), e imponiendo la necesidad de que la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios estén sujetos a autorización administrativa, supone una innovación de importante calado en su régimen jurídico-urbanístico, la cual debe ser contextualizada en la necesidad de obtener un control más incisivo de cara a los distintos supuestos de fraccionamiento físico o jurídico de la propiedad inmobiliaria.

Resulta obligado que el enfoque del presente estudio se realice tomando principalmente en consideración la distribución competencial existente en materia de ordenación del territorio y urbanismo, para lo cual es imprescindible la consulta de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997\61), la cual nos servirá como parámetro adecuado para marcar los hitos entre el campo normativo que corresponde a la Comunidad Autónoma respecto a la regulación sustantiva del Derecho urbanístico (artículo 148.1.3 de la Constitución) y el que se le atribuye al Estado respecto a la legislación civil y a la ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8 de la Constitución).

Para ello deberemos partir del concepto de complejo inmobiliario privado, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal,

(1) Según Arnáiz Eguren, R.: *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 144: *"Esta pereza legislativa nace probablemente del fenómeno de que en la realidad inmobiliaria española, como en general ocurre con todo el ordenamiento jurídico, coexisten dos planos bastante diferenciados… Nos estamos refiriendo a la diferenciación constante –que trasciende a la diversificación de jurisdicciones, a la aplicación de principios y, sobre todo, a la formación de especialistas– entre el derecho público y el derecho privado, a que hemos hecho referencia en el Preámbulo".*

(2) TRLS, en adelante.

para a continuación distinguirlo de otra figura jurídica muy próxima, como lo es la propiedad horizontal tumbada. Seguidamente se procederá a realizar un análisis pormenorizado del artículo 17.6 del TRLS, tanto en lo relativo a la exigencia de licencia para los complejos como a la necesidad de que se acredite el otorgamiento de las mismas de cara a su ingreso al Registro de la Propiedad. Continuaremos con el análisis de la exigencia de licencia en los complejos inmobiliarios a la luz de la normativa autonómica andaluza, principalmente teniendo en cuenta el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (3). Finalmente, se añadirán las conclusiones pertinentes a las que nos lleva el presente artículo, con las pertinentes propuestas de reforma y mejora de la actual regulación.

En este estudio también es necesario recurrir a la enumeración de la jurisprudencia que se ha pronunciado respecto a las repercusiones urbanísticas de los complejos inmobiliarios, con especial referencia a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como a las aportaciones de la doctrina registral y urbanística acerca de esta figura.

A lo anterior hay que añadir la extraordinaria dificultad que concurre a la hora de encontrar una adecuada interpretación conjunta de leyes estatales y autonómicas, las cuales se dictaron en momentos distintos y, en muchas ocasiones, obedecen a modelos o concepciones diversas.

Igualmente, resulta imprescindible aclarar que no pretendemos con estas modestas líneas agotar la discusión acerca de las dudas y cuestiones que pueden surgir del tratamiento urbanístico de los complejos inmobiliarios, máxime cuando se anuncian próximos cambios legislativos que afectarán a su regulación, sino más bien abrir nuevas perspectivas en el estudio de la institución, teniendo en cuenta su especial incidencia en el ámbito del Derecho urbanístico, sin olvidar las lógicas dificultades que se derivan de su carácter fronterizo con una rama del ordenamiento que obedece a principios diferentes, como lo es el Derecho civil.

(3) LOUA, en lo sucesivo.

II. CONCEPTO DE COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO

En primer lugar, resulta obligado mencionar que el mismo término "*complejo inmobiliario privado*" ha sido objeto de discusión por la doctrina, en este sentido Laso Martínez se ha mostrado favorable a emplear otro distinto: "*conjuntos inmobiliarios*", fundándose en el precedente del Derecho francés y su carácter omnicomprensivo de todas las posibilidades que ofrece la figura, frente a otras denominaciones como "condominio complejo", originada en el Derecho italiano, o "complejo urbano", propuesta por la doctrina patria (4).

Incluso hay un sector de la doctrina que adopta un concepto amplio de conjunto inmobiliario que incluiría tanto la propiedad horizontal ordinaria como otras situaciones jurídicas, productos de la evolución de esta figura. El último eslabón estaría constituido por los complejos privados, con los cuales el conjunto inmobiliario guardaría una relación de género a especie (5).

La adopción legal del término "complejo" resultó de la propia tramitación parlamentaria, a raíz de la modificación introducida en la regulación de la propiedad horizontal por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y ha sido objeto de crítica por Ragel Sánchez debido a su carácter difuso y ambiguo, ya que no permite diferenciar claramente dicha institución de otras figuras análogas, como el edificio de propiedad por pisos, donde también coexisten elementos privativos y comunes (6). Más adelante comprobaremos que dicha imprecisión terminológica ha tenido su propio reflejo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (7).

---

(4) Laso Martínez, J. L.: "De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios", *RCDI*, núm. 619, 1993, pp. 1830-1831.

(5) Gómez de la Escalera, G.: "El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de propiedad horizontal", *RCDI,* núm. 719, p. 1003: "*Dicho en otras palabras, el conjunto inmobiliario es una suerte de género o supuesto básico de situación inmobiliaria. Por el contrario el complejo inmobiliario privado es sólo una de las modalidades o especies que puede revestir el conjunto inmobiliario*".

(6) Esta opinión aparece citada en Martín Bernal, J. M.: "Desde las urbanizaciones privadas a los complejos inmobiliarios (privados)", *RDU,* núm. 228, 2006, p. 30.

(7) De hecho, la resolución de 16 de julio de 2005 (RJ 2005\7018), en su Fundamento de Derecho 3, utiliza la expresión conjunto urbanístico en contraposición a la propiedad horizontal.

El complejo inmobiliario privado carece propiamente de una definición legal sistemática y exhaustiva, ya que el artículo 24.1 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (8), se limita a enumerar una serie de requisitos que debe cumplir dicha institución a los efectos de poderle aplicar el régimen del artículo 396 del Código Civil (9):

"*a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales*.

b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios".

En este sentido, hemos de añadir la propuesta de concepto que se realizó mediante la Carta de Roma, que recoge las conclusiones del V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en la capital italiana durante el mes de noviembre de 1982:

"*Los conjuntos inmobiliarios se caracterizan por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones de los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes*".

De ambas definiciones resultan una serie de elementos que deben concurrir para que exista un complejo inmobiliario privado:

— Existencia de una pluralidad de fincas o inmuebles.

— Conexión entre los mismos a través de elementos o servicios comunes.

— Concurrencia de varios propietarios.

A la vista de tales presupuestos, se aprecia la necesidad de que concurra una pluralidad de elementos subjetivos y objetivos relacio-

(8) LPH, en adelante.

(9) Según Martín Bernal, J. M.: *ibídem*, p. 32, el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal no define el complejo inmobiliario, aunque ello pueda llevarse a cabo partiendo de dicho precepto y apelando a sus caracteres y elementos.

nados entre sí en virtud de un conjunto de elementos o servicios que van a ser compartidos por todos los propietarios. Como acertadamente señala Arnáiz Eguren, nos encontramos ante la última fase de la evolución que comenzó con el régimen de la propiedad de casas por pisos, lo cual explica la relativa novedad de la institución (10).

Conviene resaltar que dicho concepto es propio del ámbito del Derecho inmobiliario privado, ya que se trata de una institución que tiene como finalidad proteger y regular los intereses privados que se ponen en juego. No obstante, como comprobaremos más adelante, se plantean graves problemas tanto en la determinación de la naturaleza y régimen jurídico de los complejos, como respecto a sus relaciones con el Derecho urbanístico, a través del cual se persigue preferentemente la consecución de intereses generales.

Una primera cuestión, íntimamente ligada con su naturaleza jurídica, es la de si los complejos inmobiliarios privados constituyen un supuesto atípico de propiedad horizontal, con mayor complejidad que el tradicional edificio dividido en pisos, o si nos encontramos ante una figura especial e independiente.

En relación con ello, hay un amplio sector de la doctrina que entiende que las diferencias existentes entre la propiedad horizontal y los complejos determinan que ambas instituciones son diferentes, con independencia de compartir un régimen jurídico análogo (11). Sin embargo, otros autores entienden que la aplicación analógica de las normas de la LPH a los complejos inmobiliarios se debe al hecho de que esta figura constituye un supuesto atípico de propiedad horizontal, con el que presenta evidentes concomitancias (12).

En relación con ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado se muestra partidaria de considerar que los complejos inmobiliarios privados, si bien se encuentran sometidos al régimen

(10) Arnáiz Eguren, R.: *Terreno y edificación…, cit.*, p. 144.

(11) Laso Martínez, J. L.: "De la propiedad de las casas…", *cit.*, pp. 1831-1842, señala como notas que diferencian ambas figuras, entre otras, que los complejos inmobiliarios no requieren forzosamente la existencia de elementos comunes y que la propiedad horizontal se configura forzosamente como un edificio sobre un espacio único, lo que no sucede en los complejos, ya que puede abarcar espacios discontinuos y partes de suelo no absorbidas por edificaciones.

(12) Peñarrubia Iza, J.: *La intervención administrativa en las divisiones y parcelaciones de fincas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1999, pp. 203 y 204.

jurídico propio de las propiedades horizontales, son de naturaleza distinta, al expresar que "*El artículo 24, que integra el Capítulo III de la Ley especial [de Propiedad Horizontal],* ***extiende la aplicación del régimen que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios*** *que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sean viviendas o locales*", y que "*ello no significa que los complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal*", si bien no aporta argumentación posterior que sustente dichas afirmaciones (13).

Como consecuencia de lo expuesto, podemos concluir, de acuerdo con la jurisprudencia, que "*Todo esto demuestra que es muy feble la analogía entre el régimen jurídico de la propiedad horizontal y las urbanizaciones tumbadas*" (14).

Ello nos lleva a plantearnos una pregunta trascendental: si los complejos inmobiliarios no tienen la naturaleza de propiedades horizontales, ¿cuáles son las razones que dan lugar a que se le aplique, siquiera de forma parcial, el régimen jurídico de la LPH? La Sala Primera del Tribunal Supremo señala tres motivos que fundamentan dicha solución normativa (15):

— El principio de autonomía de la voluntad, cuando los propios interesados hubieran acordado la aplicación de dicho régimen jurídico.

— La aplicación del instituto de la analogía, de acuerdo con el artículo 4.1 del Código Civil, siendo éste el argumento que actualmente admite la mayoría de la doctrina.

---

(13) Resoluciones de 10 de diciembre de 2003, FD 4 (RJ 2004\5494), 27 de enero de 2006, FD 5 (RJ 2006\839), 3 de diciembre de 2009, FD 3 (RJ 2010\647).

(14) Sentencia del Tribunal Supremo 25/1999, de 26 de enero (RJ 1999\519).

(15) Arnáiz Eguren, R.: *Terreno y edificación…, cit*., p. 531, señala que una de las peculiaridades de la propiedad horizontal tumbada respecto a la tradicional casa dividida por pisos es que no cabe la aplicación automática de la presunción de elementos comunes, contenida en el artículo 396 del Código Civil: "*El inconveniente fundamental de la aplicación directa de la Ley de Propiedad Horizontal a esta modalidad de edificación nace, como hemos señalado antes, de la imposibilidad de aplicar el criterio presuntivo en la delimitación de los elementos comunes…".*

— El criterio de la identidad de supuestos, entendiendo que los complejos constituyen una situación plenamente encuadrable en la propiedad horizontal, lo cual entraría en contradicción con la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien es necesario reseñar que esta postura jurisprudencial minoritaria no se ha reiterado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la propiedad horizontal mediante la Ley 8/1999, la cual, como hemos mencionado anteriormente, incorporaba el vigente artículo 24 LPH con su regulación específica de los complejos inmobiliarios.

Respecto a los problemas derivados de las relaciones entre esta figura y el Derecho urbanístico, será objeto de detenido estudio en los apartados siguientes (16).

III. DISTINCIÓN ENTRE EL COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA

Una vez que hemos analizado el concepto de complejo inmobiliario privado, resulta imprescindible la distinción de una figura afín, cual es la llamada propiedad horizontal tumbada.

La denominación "propiedad horizontal tumbada" tiene su origen en una conferencia pronunciada por el notario Sapena Tomás en la Academia Matritense del Notariado el 23 de mayo de 1966, en la cual mantenía que la figura de las urbanizaciones privadas debía regularse en nuestro Derecho entendiendo que las mismas no eran más que el resultado de aplicar el régimen de la propiedad horizontal a unos elementos privativos y comunes que no debían entenderse configurados

(16) Un análisis de las distintas posibilidades de configuración jurídica de los complejos inmobiliarios privados lo tenemos en Roca Sastre, R. M., Roca-Sastre Muncunill, L. y Berna y Xirgo, J.: *Derecho hipotecario*, tomo V, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 157-181, donde se distingue entre soluciones basadas en la integración en una entidad o persona jurídica, soluciones de Derecho urbanístico y soluciones de Derecho inmobiliario, incluyendo entre estas últimas la posibilidad de que los complejos inmobiliarios, sin constituir propiamente una propiedad horizontal, queden sujetos su régimen jurídico.

en un edificio vertical –régimen de casas divididas por pisos–, sino tumbados horizontalmente –urbanizaciones privadas– (17).

Seguidamente, se suscita la cuestión de diferenciar esta modalidad de propiedad horizontal de los complejos inmobiliarios, con la que guarda importantes similitudes.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre esta cuestión en varias ocasiones. Lo primero que conviene reseñar es que, a pesar de que –como hemos señalado en el apartado anterior (18)– el Centro Directivo mantiene que los complejos inmobiliarios tienen una naturaleza distinta a la propiedad horizontal, mantiene la existencia de un concepto amplio de propiedad horizontal tumbada, entendiendo que la misma constituye un género, dentro del cual pueden distinguirse dos especies distintas: la propiedad horizontal tumbada *stricto sensu* y los complejos inmobiliarios privados. En este sentido, la Dirección General afirma: "*Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se suponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal*" (19).

También debemos reseñar que el elemento que se configura como distintivo entre el complejo y la propiedad horizontal tumbada radica en la configuración que se da a las parcelas y al suelo. Mientras que en el complejo nos encontramos ante parcelas o edificaciones que son objetos física y jurídicamente independientes y, por lo tanto, el suelo no constituye un elemento común, en las propiedades horizontales tumbadas "*es preciso que las porciones atribuidas carezcan de autonomía que les permita ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí*", de tal

(17) Gómez de la Escalera, C.: "El conjunto inmobiliario…", *cit*., pp. 1017-1018.

(18) *Vid*. resoluciones citadas en la nota 13.

(19) Resoluciones de 10 de diciembre de 2003, FD 4; de 14 de junio de 2004, FD 3; de 27 de enero de 2006, FD 5; de 3 de diciembre de 2009, FD 3.

manera que el suelo –y el vuelo– se constituyen como un elemento común (20).

Insistiendo en esta idea, el Centro Directivo ha afirmado: "*La formación de fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crea nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vinculan en comunidad ob rem otros elementos que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales (…) Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación toda vez que no hay alteración de la forma –la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas–, superficies o linderos*" (21).

En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado fija el criterio diferenciador en la autonomía o no que se conceda al suelo y a las distintas parcelas integrantes para determinar si estamos ante un complejo o una propiedad horizontal en su modalidad de "tumbada", pero lo hace con un criterio eminentemente práctico, más que teórico, en el sentido de acudir para hacer esta distinción, más allá de la denominación que se le haya proporcionado por las partes, a la configuración jurídica y física de la institución. De esta manera, en aquellos supuestos en los que se haya producido una división de la totalidad de la superficie en parcelas adjudicadas a distintos propietarios, sin que quede ninguna parte como suelo de carácter común, o en que se haya configurado el suelo atribuido a cada propietario como un elemento privativo y no común, gozando de plena autonomía y siendo objeto de propiedad separada, nos encontraríamos ante un complejo, caso contrario se trataría de una propiedad horizontal tumbada (22).

---

(20) Resolución de 16 de julio de 2005, FD 3.

(21) Resoluciones de 10 de diciembre de 2003, FD 4; de 14 de junio de 2004, FD 3; de 16 de julio de 2005, FD 3; 27 de enero de 2006, FD 5; y de 3 de diciembre de 2009, FD 3.

(22) Resoluciones de 16 de julio de 2005, FD 1 y 3; de 27 de enero de 2006, FD 6; y de 3 de diciembre de 2009, FD 4.

Evidentemente, para poder concretar si nos encontramos ante un suelo común o privativo y si realmente las parcelas o edificaciones se configuran como objetos claramente autónomos e independientes desde los puntos de vista físico y jurídico, cobra singular importancia el examen del régimen jurídico de la propiedad configurado en los correspondientes Estatutos aprobados por los propietarios, lo cual deberá ser complementado con los datos de descripción física del inmueble y sus distintos elementos, entre los que se encuentra la existencia de accesos independientes y superficies diferenciadas.

La jurisprudencia menor ha descendido a tales detalles, sirviéndose para considerar la existencia de un complejo inmobiliario de datos tales como la posibilidad de los propietarios de realizar por sí solos ampliaciones de lo edificado, nuevas construcciones en el suelo y en el vuelo, o de derruir la vivienda y construir otra nueva sin que sea necesario el consentimiento de los restantes titulares o de la Junta de Propietarios, o bien la adjudicación a cada titular de un elemento privativo del uso y disfrute exclusivo de una porción de terreno aneja o próxima a la edificación (23).

Un sector de la doctrina también insiste en la idea de que será la configuración del suelo, como elemento común o privativo, la que determinará si nos encontramos ante una propiedad horizontal tumbada, en el primero de los casos, o ante un complejo en el segundo (24). No obstante, también hay voces discrepantes respecto

(23) Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de febrero de 2010 (AC 2010\833), FD 1, y de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de octubre de 2008 (JUR 2009\27278), FD 4. Respecto al uso exclusivo y excluyente del terreno que rodea a las edificaciones también se han pronunciado las recientes resoluciones de 3 de abril de 2012 y, FFDD 1 y 5, y 15 de octubre de 2012, FD 2, apoyándose ambas en la última sentencia citada.

(24) González Salinas, J., en AAVV, González Pérez, J. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Suelo*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 844-845: "*De lo anterior se desprenden varios datos (aparte de la exigencia del destino o de las especialidades de su organización) que importa resaltar para diferenciar estos supuestos de los de propiedad horizontal, y en especial de la tumbada. Así, en efecto, que el suelo aparece dividido en dos o más fincas, por ser independientes entre sí tanto las parcelas como los edificios. Estos edificios podrán estar constituidos en régimen de propiedad horizontal o no. Pero no serán sino elementos a su vez del –total– conjunto inmobiliario del que forman partes independientes, con su respectivo suelo. Por tanto, este suelo, por definición, no podrá ser un elemento común del conjunto inmobiliario*". Gomá

a dicho criterio, entendiendo que el suelo sobre el que se asiente cada una de las edificaciones particulares, bien formen parte de una propiedad horizontal tumbada o de un complejo inmobiliario, tiene carácter privativo (25).

Y es que la cuestión dista de ser baladí desde el punto de vista urbanístico, ya que la configuración en territorio nacional –con la excepción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo cual examinaremos en el Punto Quinto– de una horizontalidad tumbada implicaría la existencia de un único suelo no dividido y, por lo tanto, quedaría exento de licencia de parcelación, mientras que el complejo inmobiliario, al generar distintas parcelas o fincas de carácter autónomo e independiente, dará lugar a la necesidad de que se otorgue la correspondiente licencia de parcelación.

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17.6 DEL TRLS

El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, contiene varias modificaciones del TRLS. Concretamente, en el artículo 25.1 se introduce un nuevo apartado sexto en el artículo 17 de la Ley de Suelo estatal, con la siguiente redacción:

"*La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida, o el testimonio notarial de la misma*".

Según el apartado VII de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, dicho añadido se justifica por la siguiente razón:

Lanzón, I., *La Notaría,* núm. 42, Barcelona, marzo-abril 2012, habla del principio de unidad de parcela como elemento distintivo, y Oltra de Santiago, R.: *Revista CT/Catastro*, Madrid, diciembre 2010, p. 46.

(25) *Vid*. Arnáiz Eguren, R.: *La inscripción registral de los actos urbanísticos,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 602-603 y nota 139.

"*Se establece también una nueva autorización administrativa para inscribir el régimen propiedad horizontal de los complejos inmobiliarios para evitar la entrada en el Registro de la Propiedad de adquisiciones que no se corresponden con la normativa urbanística o con las licencias preceptivas y que podrían por tanto venderse a terceros sin adecuarse a la legislación urbanística*".

Vaya por delante que la finalidad pretendida con la novedad legislativa merece ser objeto de un sincero elogio. La necesidad de que la realidad registral se corresponda con la legalidad urbanística, un fin loable solemnemente proclamado por distintas leyes urbanísticas estatales y autonómicas desde hace varias décadas, y la protección de la seguridad jurídica a favor de terceras personas de buena fe –principio medular de nuestro Registro de la Propiedad, íntimamente ligado a la defensa de la legalidad y de la disciplina urbanística– constituyen una exigencia ineludible para un sistema de protección inmobiliaria digno del siglo XXI.

No obstante, como ya advertimos en la introducción del presente trabajo, aquí vamos a analizar el precepto atendiendo a la distribución competencial en materia urbanística que se configura en nuestra Constitución, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia 61/1997, de 20 de marzo. Concretamente, en su Fundamento de Derecho Sexto, letra b), señala:

"El orden constitucional de distribución de competencias ha diseccionado ciertamente la concepción amplia del urbanismo que descansaba en la legislación anterior a la Constitución de 1978, pues no es posible desconocer, como se ha dicho, que junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el art. 149.1 CE reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, por citar algunos de los instrumentos de los que el urbanismo, con ésa u otra nomenclatura, suele hacer uso.

Pues bien, expuesto lo anterior, ha de afirmarse que la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las con-

diciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto".

Y en el Fundamento 11:

"Finalmente, entre los títulos competenciales en favor del Estado susceptibles de afectar al urbanismo, merecen ahora citarse los que consagran el art. 149.1.8.º y 18.º CE. Por virtud del primero, al Estado incumbe con carácter exclusivo la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, competencia cuya incidencia habrá que considerar cuando las normas impugnadas contengan efectivamente legislación civil.

(…) Por su parte, el art. 149.1.18.º CE atribuye al Estado numerosas competencias, de diverso alcance y naturaleza, cuya proyección sobre el urbanismo habrá que examinar, también en cada caso: «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» que garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; «el procedimiento administrativo común»; y, sobre todo, «la legislación sobre expropiación forzosa» y el «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas». Como es evidente, el art. 149.1.18.º CE contiene en su conjunto un bloque de materias de mayor espectro que el que representa el art. 149.1.1.º CE, que sólo es susceptible de afectar a la intervención pública sobre los derechos en juego en el ámbito del urbanismo, señaladamente del derecho de propiedad".

A resultas de dichos pronunciamientos, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de varias resoluciones, ha tenido la oportunidad de exponer los criterios de distribución competencial fijados por el Tribunal Constitucional, especialmente los relativos a la relación de las licencias urbanísticas con el Registro de la Propiedad, que se resumirían en los siguientes principios (26):

(26) Esta doctrina se encuentra reflejada, entre otras, en las resolucio-

• La Comunidad Autónoma es la que debe señalar qué actos se encuentran sujetos a licencias urbanísticas, el régimen jurídico de las mismas y las sanciones que se deben imponer a la realización de dichos actos sin licencia o contraviniendo su tenor.

• Por su parte, al Estado corresponde fijar los casos en que debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto tenga acceso al Registro, siempre que la normativa autonómica sujete el mismo a autorización administrativa.

Una vez expuesto el marco de distribución competencial, procedemos a determinar si el artículo 17.6 TRLS es respetuoso con el mismo.

Primeramente, es necesario destacar que en el precepto podemos identificar dos afirmaciones que habremos de estudiar por separado. La primera sujeta la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios al requisito de la obtención de autorización otorgada por la Administración competente. La segunda impone para la inscripción de dichos complejos en el Registro de la Propiedad que se acredite el otorgamiento de la autorización, bien acompañando al título inscribible, bien testimoniándose en el mismo.

Resulta evidente que la norma estatal cumple con el canon de constitucionalidad, al exigir que los complejos que pretendan tener reflejo tabular acrediten la obtención de la correspondiente autorización –habría que añadir, siempre que la normativa autonómica requiera que dichos actos estén sujetos a licencia–, pero, igualmente, no resulta conforme con el reparto constitucional de competencias que una ley estatal disponga que los complejos inmobiliarios, respecto a su constitución y modificación, queden sujetos a autorización administrativa, ya que ello corresponde de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas.

---

nes 3/2005, de 25 de mayo, FJ 2; 2/2005, de 30 de mayo, FJ 2; de 31 de mayo de 2005, FJ 2; 1/2005, de 31 de mayo, FJ 2; 1/2005, de 23 de julio, FJ 3; de 14 de noviembre de 2006, FJ 2; de 12 de julio de 2010, FJ 2; de 12 de septiembre de 2011, FJ 2; y 3 de abril de 2012, FJ 2. *Vid*. Ruiz Bursón, F. J.: "Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre parcelaciones urbanísticas en Andalucía", *RCDI*, núm. 730, marzo-abril 2012, pp. 961-963, donde se trata esta cuestión de forma más extensa.

Como buena prueba de ello, podemos mencionar que el artículo 242 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, regulador del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en el cual se enumeraban los actos sujetos a licencia, fue declarado inconstitucional por la sentencia 61/1997, de 20 de enero, corroborando así que esta materia constituye competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, de conformidad con el artículo 148.1.3 CE y los preceptos correspondientes de cada Estatuto de Autonomía (27).

Según lo expuesto, a nuestro modesto entender, el precepto que estamos analizando sólo resultaría constitucional respecto al requerimiento de acreditar el otorgamiento de autorización administrativa para la inscripción de los complejos inmobiliarios –como hemos dicho anteriormente, subordinado a que la normativa sustantiva urbanística exija para los mismos la licencia previa–, pero no en cuanto a la sujeción de la constitución y modificación de dichos actos a autorización, ya que con ello se invaden competencias autonómicas (28).

Por ello, *de lege ferenda*, resultaría deseable que las legislaciones urbanísticas autonómicas recogieran de modo general la sujeción de los complejos inmobiliarios privados a licencia, para así complementarlo con la necesidad de acreditar su otorgamiento a los efectos de acceso registral, de conformidad con el artículo 17.6 TRLS (29).

---

(27) Ello resulta del párrafo 2 del fallo. Sólo se mantuvo la constitucionalidad de dos párrafos de dicho precepto; primeramente del apartado 1, en el que se exigía licencia para cualquier acto de construcción, debido a su carácter genérico íntimamente ligado al derecho a edificar y al estatuto básico de la propiedad urbana y, por tanto, incluido dentro del artículo 149.1.1 CE, y, en segundo lugar, del apartado 6, según el cual no cabe adquirir licencias por silencio administrativo contra la legislación o el planeamiento urbanístico, al entenderse comprendido dentro de las bases del procedimiento administrativo común contempladas en el artículo 149.1.18 CE (FJ 34 a).

(28) Curiosamente, los recursos de inconstitucionalidad núm. 2007-2012, interpuesto por el Gobierno de Canarias, y 1886-2012, promovido por la Generalidad de Cataluña, han impugnado la constitucionalidad de diversos preceptos del Real Decreto-Ley 8/2001, de 1 de julio, pero no del artículo 25.1, que incorpora el párrafo objeto de este estudio.

(29) De hecho, hay normas autonómicas que contemplan expresamente la necesidad de licencia para la constitución de los complejos inmobiliarios privados, como el artículo 187.2 r) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de

Tras haber finalizado la crítica del precepto desde el punto de vista competencial, procede entrar en el detalle de la regulación vigente.

Una de las cuestiones que se suscitan es la de por qué se utiliza por el legislador la expresión "autorización administrativa" y a qué se refiere con ello.

Entendemos que, de la misma manera que sucede con el artículo 20.1 b) del TRLS, respecto a la inscripción de las obras nuevas en el Registro de la Propiedad, y el 17.2 TRLS, a los efectos del acceso registral de las divisiones y segregaciones de terrenos, el hecho de hablar de autorizaciones administrativas en lugar de licencias obedece al deseo de respetar de forma escrupulosa la competencia autonómica a la hora de reflejar el nombre que debe darse a las mismas, que bien puede ser el término tradicional de licencias u otro distinto (30).

Además, se plantea qué tipo de licencias serían las que corresponderían respecto a los complejos inmobiliarios. En tesis de principio cabrían principalmente dos hipótesis: una licencia *ad hoc* para los complejos inmobiliarios, o bien la licencia de parcelación.

Nos decantamos por la segunda solución, fundándonos en los siguientes argumentos:

— Como ya hemos analizado, de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la distinción de los complejos inmobiliarios privados y la propiedad horizontal *stricto sensu* radica, desde el punto de vista registral, en que mientras que la segunda no implica la ruptura de la unidad de la finca, en los complejos se procede a un fenómeno de parcelación urbanística, con la consiguiente división en fincas autónoma y jurídicamente independientes (31).

— La constitución del complejo privado implica, de acuerdo con el artículo 24.1 de la LPH, la existencia de dos o más fincas parcelas o fincas independientes, destinadas a fines de vivienda o local

---

Cataluña, con las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, de 22 de febrero.

(30) Así lo entiende Arnáiz Eguren, R.: *Terreno y edificación*…, p. 230.

(31) Resoluciones de 10 de diciembre de 2003, FD 4; de 14 de junio de 2004, FD 3; de 16 de julio de 2005, FD 3; de 27 de enero de 2006, FD 5; y de 3 de diciembre de 2009, FD 3.

comercial, lo cual implica la existencia de una previa parcelación urbanística, de acuerdo con el concepto que se ofrece de las mismas en las normas autonómicas, como por ejemplo el artículo 66.1 de la LOUA, en el que se define a la misma como división simultánea o sucesiva de fincas, parcelas, terrenos o solares en suelo urbano o urbanizable (32).

Otro interrogante es si cabe la posibilidad de que el notario autorice la escritura pública de constitución o modificación del complejo inmobiliario sin que se haya otorgado la oportuna licencia. Entiendo que ello no es posible, tanto por la propia literalidad del precepto, el cual establece la exigencia de autorización administrativa con carácter previo a su acceso tabular –"*La constitución y modificación del complejo inmobiliario* ***deberá ser autorizada*** *por la Administración competente…"–,* como por el hecho de que la propia escritura se constituye como título destinado, generalmente, a la posterior inscripción del complejo en el Registro de la Propiedad para producir efectos *erga omnes* (33). Profundizando en la norma y basándonos en el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, incluso podemos sostener que, en aquellos escasos supuestos en que la constitución de los complejos se realizara en documento privado, resultaría imprescindible la oportuna autorización administrativa.

Por último, la consecuencia que se deriva del incumplimiento de la obligación de acreditar la correspondiente autorización administrativa lo constituye la imposibilidad de acceder al Registro o el cierre registral. Así es como se debe interpretar la expresión contenida en este precepto "*requisito indispensable para su inscripción*", equiparable a la de "*El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción*" con

(32) No hacemos referencia a la definición de parcelación urbanística en suelo no urbanizable (art. 66.1 b LOUA), ya que la existencia en el mismo de complejos inmobiliarios sólo resultaría admisible de forma excepcional como, por ejemplo, en el supuesto de que se tratara de una Actuación de Interés Público, siempre que concurrieran razones de utilidad pública o interés social que así lo exigieran, de acuerdo con el artículo 42 de la LOUA.

(33) Arranz Marina, T.: "Declaraciones de obra nueva…", *cit.,* p. 46, también entiende que el otorgamiento de la licencia constituye un requisito esencial para la formalización de la escritura pública. En idéntico sentido, González Salinas, J., en AAVV, González Pérez (Dir.), *Comentarios a la Ley…, cit*., p. 854.

la que el mismo artículo, en su segundo párrafo, determina el cierre registral respecto de las divisiones o segregaciones de fincas que no cuenten con licencia de parcelación o declaración de innecesariedad (34). Ello aparece confirmado por la afirmación de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio: "*Se establece también una nueva autorización administrativa para inscribir el régimen propiedad horizontal de los complejos inmobiliarios* ***para evitar la entrada en el Registro de la Propiedad****…".*

El hecho de que la falta de la pertinente autorización administrativa implique la imposibilidad de autorizar las escrituras en las que se constituyan o modifiquen los complejos inmobiliarios por parte de los notarios y el cierre tabular a las mismas por los registradores, en el fondo viene a resultar totalmente coherente con la postura, mantenida en este apartado, de que la licencia requerida es la de parcelación, habida cuenta de que éstas son las mismas consecuencias que legalmente se establecen para el supuesto de división o segregación de fincas que implique parcelación urbanística sin que se acompañe de la correspondiente licencia o declaración de innecesariedad, de acuerdo con el tenor literal de los artículos 17.2 TRLS y 66.3 LOUA (35).

V. EXIGIBILIDAD DE LICENCIA URBANÍSTICA PARA LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS EN ANDALUCÍA

El hecho de que consideremos que la exigencia de autorización administrativa para los complejos inmobiliarios privados, recogida en el artículo 17.6 TRLS, no resulta conforme con la distribución de

(34) Arnáiz Eguren, R.: *Terrenos y edificación*…, p. 229.

(35) Pérez Pino, V., en AAVV, Amador Blanco, A. J., Sánchez de la Cuesta Sánchez de Ibárgüen, F., Ruiz Bursón, F. J., y Marzo Solís, M. C. (Coords.): *Comentarios al Decreto 60/2010, de 16 de marzo, del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía*, Ed. IAAP, Sevilla, 2012, p. 66: "*De igual forma, el legislador andaluz amplía los supuestos de control de las parcelaciones urbanísticas imponiendo a los Notarios la no autorización y a los Registradores la no inscripción de escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente*".

competencias fijada en nuestra Carta Magna, nos lleva a preguntarnos si en la Comunidad Autónoma de Andalucía se exige el otorgamiento de licencia urbanística para su constitución o modificación, con independencia de lo previsto en la norma estatal.

Para responder adecuadamente a esta cuestión, resulta indispensable el examen de la LOUA, en cuyo artículo 66.2 se hace referencia a las presunciones de parcelación urbanística:

*"**Se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquéllos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales** o asignaciones de uso o cuotas en «pro indiviso» de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, **puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble** equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas según la clase de suelo de la que se trate"*.

En idénticos términos, si bien con una mayor extensión respecto a su aplicación a supuestos concretos, se manifiesta el artículo 8 a) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se regula el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (36).

Como resulta de su lectura, el artículo 66.2 de la LOUA incluye una serie de presunciones *iuris tantum* de parcelación urbanística, bajo la denominación de "actos reveladores", que sólo podrán ser destruidas si se acredita su inexistencia en el correspondiente procedimiento administrativo o judicial (37). Un sector de la doctrina se ha mostrado contrario al uso de esta herramienta jurídica, en-

(36) RDUA, en lo sucesivo.

(37) Resolución de 25 de mayo de 2005, FD 3, Camy Escobar, J.: *La calificación registral de los actos de parcelación Urbanística en Andalucía*, [http://www.aiotuv.org/pdf/biblioteca_pdf/articulos_interes/calificacion_registral_de_los_actos_de_parcelacion_urbanistica_en_andalucia_jesus_%20camy_escobar.pdf, consultado el 3 de junio de 2012], pp. 119 y 120, y Romero Gómez, F., en AAVV, Gutiérrez Colomina, V. y Cabral González-Sicilia, A. (Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 677.

tendiendo que se produce una generalización injusta del fraude de ley, el cual debe ser atacado por vía judicial, pero no por la legal o administrativa, ya que se acaban tratando con el mismo rasero situaciones legales e ilegales, lo cual repugna a un sentido elemental de justicia (38).

Sin embargo, a nuestro modesto entender, el uso de estas presunciones se encuentra plenamente justificado en el ámbito urbanístico:

> — No debemos olvidar que uno de los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar las normas, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, es la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, y no cabe la menor duda, a la vista de la práctica cotidiana en la disciplina urbanística, del frecuente e ilícito uso de instrumentos propios del Derecho privado –interposición de sociedades, asignación de cuotas o divisiones horizontales– para eludir la prohibición de parcelaciones urbanísticas, especialmente en suelo no urbanizable (39).

(38) Rueda Pérez, M. A., en AAVV, Gutiérrez Colomina, V. y Cabral González-Sicilia, A. (Coords.): *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).* Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 635-637. Una visión más favorable de estos actos reveladores de una posible parcelación tiene Romero Candau, P., en AAVV, Gutiérrez Colomina, V. y Cabral González-Sicilia, A. (Coords.): *ibídem, cit.,* p. 654, quien, en el supuesto de enajenación de cuotas indivisas en las que concurra algún otro indicio revelador de una posible parcelación –ventas sucesivas de cuotas por una misma persona, adquisición de las mismas en documentos separados por personas no unidas por vínculos familiares, etc.–, entiende que el notario debe apreciar la ilegalidad, habida cuenta de que el fedatario público debe velar por la regularidad formal y material de los negocios en los que intervenga, *ex* art. 24 de la Ley del Notariado. Igualmente se muestra favorable a la regulación, en el art. 17.2 TRLS, de los actos de presunta parcelación Arnáiz Eguren, R.: *Terreno y edificación…,* p. 229: "*El inciso segundo del párrafo primero del artículo 17 de la nueva ley, pretende y consigue evitar uno de los fraudes característicos (…) El fraude consistía en la transmisión de derechos que no implicaban formalmente la división de la finca, pero cuyo resultado era equivalente*".

(39) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 2010, FD 6: "*En primer lugar, el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude a su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segrega-*

— La crítica acerca del carácter excesivo de las presunciones sería acertada si tuvieran el carácter de *iuris et de iure*, pero no cuando lo son *iuris tantum* y, por tanto, destruibles mediante prueba en contrario, de tal manera que, quien haya realizado alguno de los actos enumerados en el artículo 66.2 LOUA sin ánimo fraudulento, podrá acreditarlo. Simplemente se produce una inversión en la carga de la prueba, no una declaración de ilicitud irrevocable.

— No podemos olvidar que nos encontramos en el ámbito del Derecho público, donde no se trata de establecer un justo equilibrio entre varios intereses particulares en conflicto, sino la salvaguarda del interés general, especialmente en relación con actuaciones en suelo no urbanizable que puedan poner en peligro el modelo de desarrollo territorial y urbano sostenible defendido por el TRLS (art. 2) y, en última instancia, por la propia Constitución española (art. 45).

— Buena prueba del éxito de las presunciones de parcelación urbanística es que, además de emplearse por algunas legislaciones autonómicas, también se han recogido por el legislador estatal en el artículo 17.2 TRLS (40).

De acuerdo con lo expuesto, uno de los actos reveladores de una parcelación urbanística lo constituyen las divisiones horizontales, cuando a través de ellas existe una pluralidad de titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble.

---

ción, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos".

(40) Estos presuntos actos parcelatorios aparecen enumerados en los artículos 66.2 LOUA, 183.1 b) y c) del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo catalana y en la Disposición adicional segunda, 3, de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo no Urbanizable, valenciana. Merece la pena destacar que el criterio más riguroso es el de la normativa andaluza, el cual aplica dichas presunciones no sólo al no urbanizable, sino a toda clase de suelo, tras la reforma introducida por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

Consideramos que dentro de este supuesto se encuentran los complejos inmobiliarios, en tanto se encuentran sometidos al régimen de propiedad horizontal, por las siguientes razones:

— El art. 66.2 LOUA habla de divisiones horizontales sin distinguir entre las distintas modalidades en que la misma se configure. Además, la enumeración que se realiza en dicho precepto –sociedades, divisiones horizontales, uso o cuotas en proindiviso– pone de manifiesto que la voluntad del legislador es la de extender su aplicación a cualquier figura que implique un fraccionamiento físico o jurídico del inmueble, empleando un criterio de *numerus apertus* (41).

— La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de febrero de 2012 (RJ 2012\143781) señala que "*los supuestos contemplados en el artículo 66.2 LOUA (reveladores de una posible parcelación urbanística) lo son a título ejemplificativo".*

— De acuerdo con los requisitos exigidos en el ya varias veces mencionado artículo 24.1 LPH, la constitución del complejo presupone el fraccionamiento del inmueble en distintas parcelas que son objeto de uso privado por parte de diferentes propietarios (42).

---

(41) Resolución de 12 de julio de 2010, FD 6: "… *y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades,* ***o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos***". En el mismo sentido, Gamero Ruiz, E., en AAVV, Amador Blanco, A. J., Sánchez de la Cuesta Sánchez de Ibárgüen, F., Ruiz Bursón, F. J., y Marzo Solís, M. C. (Coords.): *Comentarios al Decreto…, cit.,* p. 77, y Camy Escobar, J., *La calificación registral…, cit*., pp. 113 y 123.

(42) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de febrero de 2010 (AC 2010\833), FJ 1: "*No estamos en presencia de una propiedad horizontal tumbada ya que el suelo sobre el que se asienta no es elemento común, sobre el componente adjudicado a cada uno de ellos tiene una total independencia y autonomía para poder construir bajo el suelo y el vuelo, incluso derruir la construcción y construir una nueva, no se mantiene la unidad jurídica de la finca, pues las dos edificaciones construidas son totalmente independientes*"; y resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010\647), FD 3: "*La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad ob*

— La misma Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, establece una vinculación directa entre los complejos y la propiedad horizontal al señalar que "*Se establece también una nueva autorización administrativa para inscribir* ***el régimen propiedad horizontal de los complejos inmobiliarios****…".*

En este sentido, la constitución o modificación de complejos inmobiliarios privados, en cuanto sometidos al régimen jurídico de propiedad horizontal –aunque con algunas especialidades–, debe entenderse comprendido dentro del ámbito de las parcelaciones urbanísticas, salvo prueba en contrario, y resulta por tanto exigible la correspondiente licencia, de acuerdo con los artículos 66.4 de la LOUA y 8 a) del RDUA. Por ello, la posible inconstitucionalidad que hemos mencionado del artículo 17.6 TRLS, en cuanto a la exigencia de autorización administrativa, no afectaría a la Comunidad Autónoma de Andalucía, puesto que la legislación sustantiva urbanística incluye los complejos inmobiliarios dentro de las parcelaciones urbanísticas, expresamente sujetas a licencia por la norma andaluza, lo cual resulta absolutamente respetuoso con la distribución competencial que hace nuestra Constitución.

No obstante, podría plantearse la existencia de una posible contradicción entre el artículo 66.2 LOUA que, como hemos visto, exige licencia urbanística a los complejos, y el 17.3 TRLS, según el cual la constitución de finca o fincas en régimen de complejo inmobiliario implicaría que la superficie total se considere una sola parcela, siempre que no quede superficie alguna de dominio público, destinada a uso público, que sirva de soporte a obras de urbanización, o sujeta al cumplimiento del deber legal de entregar suelo reservado a las Administraciones públicas, de acuerdo con el art. 16.1 a) TRLS.

Según un sector de la doctrina, el artículo 17.3 TRLS impide la existencia de parcelación urbanística en las propiedades horizontales o complejos inmobiliarios que cumplan los requisitos previstos

---

rem otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito (artículo 17.3.º del texto refundido de la Ley de Suelo)".

en dicho precepto, ya que nos encontraríamos ante una única parcela, por mandato del legislador (43).

Lamentamos no compartir tal opinión, al menos en cuanto a su aplicación en la Comunidad andaluza, basándonos en los siguientes argumentos:

— La competencia para definir lo que constituye una parcelación urbanística corresponde de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas, no al legislador estatal (44). No podemos olvidar que el artículo 259.1 del Texto Refundido de la Ley estatal del Suelo de 1992, el cual definía el concepto de parcelación urbanística, fue declarado inconstitucional por la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, al entender que el Estado carecía de títulos habilitantes para ello, invadiendo competencias propias de las Comunidades Autónomas (45).

— Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado reconocen que, en el territorio de Andalucía, la división horizontal implica parcelación urbanística, de acuerdo con la LOUA y salvo prueba en contrario (46). Y, como ya hemos

(43) Rueda Pérez, M. A. y Romero Candau, P. A., en AAVV, Gutiérrez Colomina, V. y Cabral González-Sicilia, A. (Coord.): *Estudio del articulado del Texto Refundido…, cit.*, pp. 638 y 656-660, y González Salinas, J., en AAVV, González Pérez, J. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Suelo,* Ed. Aranzadi, Madrid, 2008, p. 867.

(44) Camy Escobar, J.: *La calificación registral…, cit.,* p. 104: "*Es decir, corresponde a la normativa autonómica definir qué se entiende por parcelación, pudiendo introducir con esta finalidad actos o signos reveladores que ayuden a bloquear la aparición de supuestos de parcelación ilegal y que como presupuestos fácticos de asimilación preventiva están sujetos a igual trato legal y sin que pueda por tanto considerarse que hay extralimitación competencial".*

(45) Una crítica al criterio seguido por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 respecto a la atribución del concepto de parcelación a cada Comunidad Autónoma lo tenemos en Peñarrubia Iza, J.: *La intervención administrativa…*, *cit*., pp. 83-85, quien, apoyándose en el voto particular formulado por el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, considera que la regulación de las divisiones de fincas entra en la esencia del concepto de propiedad, la cual corresponde al Estado.

(46) Resoluciones de 27 de enero de 2006, FD 5: "*Conforme a la doctrina de esta Dirección General, la constitución de un régimen de propiedad horizontal no encaja, en vía de principio, en el concepto de parcelación urbanística, a falta de una norma que establezca lo contrario (como, por*

expuesto anteriormente, dentro de este concepto amplio de división horizontal deben entenderse comprendidos los complejos inmobiliarios privados.

— La norma autonómica competente en Andalucía para regular las parcelaciones urbanísticas, el artículo 66 de la LOUA, incluye dentro de las mismas no sólo el fraccionamiento de parcelas, sino también el de fincas, terrenos o solares –éstos últimos, lógicamente, en el suelo urbano y urbanizable–, lo cual demuestra que la intención del legislador andaluz es la de comprender dentro de dicha institución cualquier división de inmuebles, tanto de carácter físico como jurídico, sin exceptuar la propiedad horizontal o los complejos privados, los cuales se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística.

— El Estado redacta el artículo 17 del TRLS, de acuerdo con la Disposición final primera del mismo texto legal, usando como título competencial el 149.1.8 CE, que hace referencia a la legislación civil (47). Sin embargo, las parcelaciones urbanísticas, como su propio nombre indica, pertenecen al ámbito del Derecho urbanístico y no al del Derecho privado. Por lo tanto, el precepto estatal no puede utilizarse para determinar la existencia o no

---

ejemplo, el artículo 66.1.b, párrafo segundo, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)"; de 12 de julio de 2010, FD 6: "*Por otra parte, es patente que las distintas legislaciones autonómicas son cada vez más estrictas, como no podía ser de otra manera, con la finalidad de evitar las llamadas parcelaciones ilegales y asimilan a estos efectos al concepto de parcelación otras figuras que como las divisiones horizontales, sociedades o comunidades proindiviso puedan utilizarse como cobertura para encubrir actos parcelatorios ilegales*"; y de 12 de abril de 2011, FD 4: "*No estando la división horizontal sujeta a licencia de forma expresa por el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (vid. «ad exemplum» artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía) (…) Así resulta también* ***del artículo 17.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo… disposición que [resulta aplicable], en defecto de norma autonómica expresa en contrario exigiendo licencia (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo)".***

(47) Por lo tanto, el artículo 17 TRLS no tiene el carácter de norma básica estatal, ya que no ha sido redactado en función del artículo 149.1.1 de la CE, sino del 149.1.8.

de parcelaciones urbanísticas, ya que ello implicaría un evidente exceso competencial, además de una confusión entre dos esferas jurídicas diferentes: la civil –concepto de parcela– y la urbanística –concepto de parcelación urbanística.

De acuerdo con estas premisas, el concepto de parcelación urbanística se determinará por la legislación sustantiva, dentro del ámbito competencial que corresponde a las Comunidades Autónomas *ex* art. 148.1.3 CE. Sólo en el supuesto de que la norma autonómica no contenga disposición alguna al respecto entrará en juego el artículo 17.3 TRLS, lo que no sucede en nuestra región por la concurrencia del art. 66.2 LOUA. Consecuentemente, en Andalucía, las propiedades horizontales y los complejos inmobiliarios están sujetos a licencia de parcelación o declaración de innecesariedad.

Por tanto, en caso de conflicto, debe aplicarse el artículo 66 de la LOUA con carácter preferente al 17 TRLS para apreciar si una propiedad horizontal o un complejo inmobiliario constituyen parcelación urbanística, y ello no en virtud del principio de jerarquía, sino por el de competencia, que es el que regula las relaciones entre las leyes autonómicas y estatales (48).

De esta manera, la constitución o modificación de un complejo inmobiliario precisarán de licencia de parcelación o declaración de innecesariedad, de acuerdo con los artículos 66.2 y 4 de la LOUA, y la falta de dicha autorización provocaría el cierre tabular de acuerdo con los artículos 17.2 TRLS, que exige con carácter general que se documente dicho otorgamiento para toda división o segregación de terrenos, y 17.6 TRLS, que lo requiere respecto a los complejos inmobiliarios en particular (49). Así se cumplen los presupuestos de distribución competencial que señala la doctrina de la Dirección

(48) Pérez Royo, F. J.: *Las Fuentes del Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 198.

(49) A juicio de quien escribe estas páginas, la exigencia de acreditación del otorgamiento de la licencia o declaración de innecesariedad también se extiende al notario como requisito previo e imprescindible para el otorgamiento de la escritura pública, *vid*. Ruiz Bursón, F. J.: "Doctrina de la Dirección General…", *cit.*, p. 980. En contra, Arnáiz Eguren, R.: *Terreno y edificación…*, *cit*., p. 229.

General de los Registros y del Notariado, a saber, que una norma autonómica sujete el acto a licencia y que otra de carácter estatal exija la acreditación de su otorgamiento para el acceso registral.

VI. CONCLUSIONES

- No existe propiamente un concepto legal de los conjuntos inmobiliarios privados, sino una mera enumeración de sus requisitos. Incluso doctrinalmente no existe unanimidad respecto al término que debe emplearse para identificar a esta institución, puesto que mientras un sector se decanta por el de conjuntos inmobiliarios, otro emplea el de complejos inmobiliarios, que es el que legalmente se ha impuesto tras la reforma de la LPH en 1999.
- La naturaleza jurídica de los complejos también es objeto de controversia, puesto que se discute acerca de si nos encontramos ante un supuesto atípico de propiedad horizontal, o una figura con naturaleza distinta, si bien sujeta al régimen jurídico regulado en la LPH con ciertas particularidades, participando la Dirección General de los Registros y del Notariado de esta última postura.
- Se debe distinguir entre la propiedad horizontal tumbada *stricto sensu* y los complejos inmobiliarios, puesto que la primera parte de la unidad física y jurídica de la finca y cuenta con un suelo común, mientras los complejos implican una diversidad de parcelas autónomas e independientes, que gozan de propiedad independiente sobre su suelo y vuelo.
- El Real Decreto-Ley 8/2011 introduce un apartado sexto en el artículo 17 del TRLS, el cual resulta de dudosa constitucionalidad en cuanto impone autorización administrativa urbanística a la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios, lo cual resulta contrario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, según la cual la determinación de los actos sujetos a licencia es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la exigencia de acreditar el otorgamiento de dicha autorización como requisito para su acceso al Registro de la Propiedad resulta conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución.

• La autorización a la que hace referencia el artículo 17.6 TRLS, de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sería la licencia de parcelación regulada en las leyes urbanísticas, razón por la cual la exigencia de la misma debería contemplarse de forma expresa en las normas autonómicas.

• En la Comunidad Autónoma de Andalucía, con independencia del artículo 17.6 TRLS, la constitución y modificación de los complejos inmobiliarios están sujetas a licencia al estar comprendidas dentro de las presunciones legales de parcelación urbanística reguladas en el artículo 66.2 de la LOUA. A estos efectos se requeriría el otorgamiento de licencia de parcelación o declaración de innecesariedad (art. 66.4 LOUA y 8 a) del RDUA) y la acreditación de los mismos para el acceso de los complejos privados al Registro de la Propiedad (art. 17, párrafos 2 y 6, TRLS).

• En el supuesto de plantearse una contradicción entre los artículos 17.3 TRLS, que entiende como una parcela única el supuesto de constitución del complejo sobre una o varias fincas con los requisitos exigidos por dicho precepto, y 66.2 de la LOUA, según el cual estamos ante una presunción de parcelación, debe prevalecer éste último, ya que el concepto de parcelación urbanística se encuentra incardinado dentro de las competencias autonómicas previstas en el artículo 148.1.3 CE.

VII. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Sentencia 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997\61).

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 25/1999, de 26 de enero (RJ 1999\519).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
Sentencia de 2 de febrero de 2012 (RJ 2012\143781).

AUDIENCIAS PROVINCIALES
Sentencia de la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007\174365).
Sentencia de la Sección 8 de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de octubre de 2008 (JUR 2009\27278).

Sentencia de la Sección 6 de la Audiencia Provincial de Alicante de 8 de febrero de 2010 (AC 2010\833).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO
Resolución de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2004\5494).
Resolución de 14 de junio de 2004 (RJ 2004\5482).
Resolución de 25 de mayo de 2005 (EDD 2005\119198).
Resolución de 31 de mayo de 2005 (EDD 2005\119176)
Resolución de 31 de mayo de 2005 (EDD 2005\119188).
Resolución de 16 de julio de 2005 (RJ 2005\7018).
Resolución de 27 de enero de 2006 (RJ 2006\839).
Resolución de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010\647).
Resolución de 12 de julio de 2010 (EDD 2010\177149).
Resolución de 12 de abril de 2011 (RJ 2011\3836).
Resolución de 3 de abril de 2012 (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 2012).
Resolución de 15 de octubre de 2012 (BOE núm. 264, de 2 de noviembre de 2012).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, Amador Blanco, A. J., Sánchez de la Cuesta Sánchez de Ibárgüen, F., Ruiz Bursón, F. J., y Marzo Solís, M. C. (Coords.): *Comentarios al Decreto 60/2010, de 16 de marzo, del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía*, Ed. IAAP, Sevilla, 2012.

AAVV, González Pérez, J. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Suelo*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2008.

AAVV, Gutiérrez Colomina, V. y Cabral González-Sicilia, A. (Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía*, Cizur Menor (Navarra), 2007.

AAVV, Gutiérrez Colomina, V. y Cabral González-Sicilia, A. (Coord.): *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).* Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

Arnáiz Eguren, R.: *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

— *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Mayor (Navarra), 2010.

Arranz Marina, T.: "Declaraciones de obra nueva de edificaciones, construcciones e instalaciones. La declaración de obra nueva prescrita", *Práctica urbanística*, núm. 115, Ed. La Ley, mayo 2012, pp. 42-54.

Camy Escobar, J.: *La calificación registral de los actos de parcelación Urbanística en Andalucía* [http://www.aiotuv.org/pdf/biblioteca_pdf/articulos_interes/calificacion_registral_de_los_actos_de_parcelacion_urbanistica_en_andalucia_jesus_%20camy_escobar.pdf, consultado el 3 de junio de 2012].

Gomá Lanzón, I.: "La propiedad tridimensional. Un ejemplo más de la creación notarial del Derecho", *La Notaría*, núm. 42, Barcelona, marzo-abril 2012.

Gómez de la Escalera, C.: "El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal", *RCDI,* núm. 719, Madrid, 2010, pp. 1001-1052.

Laso Martínez, J. L.: "De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios", *RCDI*, núm. 619, Madrid, 1993, pp. 1823-1851.

Martín Bernal, J. M.: "Desde las Urbanizaciones privadas a los complejos inmobiliarios (privados)", *RDU,* núm. 228, Madrid, septiembre 2006, pp. 25-45.

Oltra de Santiago, R.: "Consideraciones sobre la propiedad horizontal tumbada", *Revista CT/Catastro*, diciembre 2010, pp. 45-50.

Peñarrubia Iza, J.: *La intervención administrativa en las divisiones y parcelaciones de fincas,* Ed. Montecorvo, Madrid, 1999.

Pérez Royo, F. J.: *Las Fuentes del Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

Roca Sastre, R. M., Roca-Sastre Muncunill, L. y Berna y Xirgo, J.: *Derecho hipotecario*, tomo V, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

Ruiz Bursón, F. J.: "Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre parcelaciones urbanísticas en Andalucía", *RCDI*, núm. 730, marzo-abril 2012, pp. 959-983.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

En el DICTAMEN que voy a comentar aparecen cuestiones que no son de las más frecuentes en supuestos de hecho que originan sentencias y resoluciones: ¿pacto comisorio?, prestaciones accesorias consistentes en dinero, mutuo disenso… Y otras tienen la importancia propia de las que en la realidad aparecen urgiendo adecuada respuesta.

Primero. La escritura pública es de reconocimiento de deuda, cesión en pago y condición suspensiva, y la calificación registral denegatoria por existir un pacto comisorio no admitido por el Código Civil según los artículos 1859 y 1884.

En la fundamentación jurídica la registradora considera que el rechazo de tal pacto lo es "al previo o simultáneo al nacimiento de la deuda, no al que vencida se genera dando lugar a la cesión en pago. En el caso presente el pacto de cesión es simultáneo al nacimiento de la deuda, si bien condicionado suspensivamente a que llegado determinado día no se haya producido el pago". Cita al efecto la Resolución de 13 marzo 2000 (vencida y líquida la deuda sí que puede convenirse la entrega de un bien en pago de la misma, sin que eso implique pacto comisorio).

La notaria autorizante, en el recurso interpuesto contra la calificación alega que "de hecho la deuda ya era líquida, vencida y exigible con anterioridad a la escritura, si bien la entidad acreedora confirió a la deudora varios aplazamientos verbales de la deuda, no siendo reclamada ésta hasta la fecha del requerimiento de pago, meses después de su vencimiento, por lo que es evidente la voluntad de cobro de la acreedora, no persiguiendo en momento alguno apropiarse de la finca dada en garantía".

La DGRN, en la Resolución de 20 julio 2012 (BOE de 3 octubre 2012) confirma la calificación impugnada considerando que "el ob-

jetivo que subyace en el caso presente es que el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor.

A diferencia de lo que sucedía en el caso resuelto por la Resolución de 13 marzo 2000, en que la deuda estaba ya vencida y era exigible, por lo que pudo colegirse que la dación en pago tenía una función o finalidad solutoria y no de garantía, en el caso presente, en el momento en que se otorga la escritura la deuda no está vencida, líquida y exigible".

En la Resolución se realiza un planteamiento jurídico de la transmisión de propiedad en función de garantía, articulado a través de un medio indirecto, se plasma el criterio de la Sentencia del TS de 26 abril 2001 respecto a la venta en garantía como negocio fiduciario del tipo de la fiducia *cum creditore* y se alude a la posible calificación de negocio simulado a fin de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio (con cita de varias Sentencias del TS), así como se apunta el criterio de la DGRN respecto a la opción de compra en función de garantía, conforme a varias Resoluciones.

¿Qué puede decirse al respecto?

En el caso presente resulta que en la escritura pública "Estudios Alfa, SL" recibe en concepto de préstamo 150.000 euros, deuda que reconoce en favor de "Golf Bahía, SLU", cediéndole en pago de dicha deuda más sus intereses la finca 17.955 de Chipiona, bajo condición suspensiva de que quedará sin efecto dicha cesión si llegada determinada fecha no se efectuara el pago de la referida deuda.

La parte acreedora –a mi entender– quiere cobrar, evidentemente, pero en garantía se le cede en pago –cesión, dación en pago– una finca, condicionada suspensivamente la adquisición a que en determinada fecha la deudora satisfaga lo que debe, lo que no acaece. Y el criterio que se mantiene en la calificación registral pone el énfasis en la intención de apropiarse de la finca, no en la voluntad de cobrar lo adeudado por la cedente.

¿No aparecería clara la voluntad si los hechos acaecidos tal como aparecen reflejados en el recurso: la deuda ya era líquida, vencida y exigible con anterioridad… hubo aplazamientos verbales…, se hubieran plasmado en la escritura, *no hablando de préstamo de presente*, y solo de reconocimiento de la deuda ya existente con anterioridad y que para extinguirla se realizaba la dación en pago? Evidentemente, pero el supuesto de hecho no ha sido exactamente así, ya que en

la escritura de reconocimiento de deuda..., consta que: "se recibe en concepto de préstamo la cantidad de...", lo que ha dado pie a la calificación negativa y a la Resolución desestimatoria del recurso interpuesto, que confirma la calificación impugnada (Resolución que hace un repaso de un determinado criterio doctrinal acerca de la transmisión de propiedad en función de garantía y de la doctrina jurisprudencial en lo que concuerda con aquél).

Segundo. Prestaciones accesorias consistentes en aportaciones suplementarias de dinero a la sociedad.

La obligación de realizar aportaciones de dinero por los socios directamente al patrimonio de la sociedad contempla un supuesto de importancia real, distinto desde luego al aumento del capital social.

Discutida su posibilidad tiempo atrás, se ha ido consolidando en la *praxis* en casos –como en el presente supuesto– en que hay que "atender necesidades coyunturales de tesorería".

Hoy la LSC exige que se exprese su contenido concreto y determinado, ante todo (art. 86) y en el caso presente el registrador considera que la cuantía de las mismas está indeterminada, al igual que el tiempo en que han de realizarse, suponiendo además una vinculación para el socio obligado durante diez años, en contra de lo que la LSC dispone: solo cabe impedir la transmisión y el derecho de separación del socio obligado por cinco años (art. 108.3 y 4).

La Resolución de 18 junio 2012 (BOE del 26 julio 2012), después de reconocer la utilidad de las prestaciones accesorias consistentes en dinero por razón de necesidades de tesorería, encontrarse la sociedad en pérdidas, o para acometer nuevas inversiones, considera realistamente su aplicación frecuente en sociedades limitadas de carácter cerrado, con un capital inicialmente reducido, en las que su financiación se logra, no acudiendo al mercado crediticio, sino a los propios socios, quienes se obligan a realizar tales aportaciones dinerarias *al patrimonio* de la sociedad.

En el supuesto presente la Resolución entiende cumplidas las exigencias legales, ya que se ha señalado la cuantía máxima de la prestación y la duración de la misma, de modo que la concreción efectiva se realizará por acuerdo de la Junta general a medida que las necesidades coyunturales de tesorería lo exijan.

Por lo demás, el segundo motivo alegado por la registradora en base al art. 108.3 y 4 LSC no puede mantenerse, puesto que el

precepto citado se refiere a las cláusulas estatutarias de prohibición de transmisión y en el presente supuesto lo que será necesaria es la autorización por la Junta general (el art. 88 exige para las transmisiones de participaciones sujetas a prestaciones accesorias la autorización de la sociedad mediante el acuerdo de la Junta general, salvo que los estatutos atribuyan dicha competencia al Órgano de administración). Considera además la Resolución que, caso de negarse la autorización, ha de hacerse con suficiente motivación al tratarse de una prestación de dinero cuya fungibilidad hace que cualquier persona pueda realizarla (no estamos ante prestaciones *intuitu personae*, desde luego).

Por lo demás, importa la lectura atenta de la Resolución completa: en el recurso interpuesto por el notario autorizante se explayan las tres versiones de la cláusula estatutaria que se barajaron, plantearon y fueron discutidas, y cómo la segunda y la tercera fueron calificadas registralmente, siendo la tercera y última la recurrida. Importa todo ello para percatarse de la actuación notarial de consejo y asesoramiento, de atención al caso real concreto, de la discrepancia de enfoques jurídicos… En fin, del quehacer cotidiano, en muchos casos complejo, necesitado de bagaje jurídico y conocimientos teórico-prácticos, como en el presente supuesto se demuestran.

Tercero. ¿Cabe liquidar parcialmente la sociedad de gananciales sin previa disolución?

La respuesta afirmativa se plasma en escritura pública de 6 marzo 2012, en la que los cónyuges, sin previa disolución, liquidan parcialmente su sociedad de gananciales, adjudicando a la esposa la finca 5041.

En el supuesto planteado en el dictamen advierto que se dice también que "se pacta expresamente que es voluntad de ambos la continuación de la sociedad de gananciales existente", cuando en el supuesto real no consta tal pacto. La notaria autorizante, en su recurso, alega que no existe voluntad de los cónyuges de alterar su régimen económico matrimonial y sí la voluntad de continuar con el régimen de gananciales…; en el presente caso habría una primera sociedad de gananciales, disuelta y liquidada parcialmente, y una nueva sociedad que comenzaría tras el otorgamiento de la escritura.

El enfoque anterior lleva a la DGRN en su Resolución de 9 julio 2012 (BOE de 20 septiembre 2012) a entender que la notaria recu-

rrente plantea dos hipótesis: o bien no es preceptiva la disolución, o que, de serlo, la voluntad del matrimonio es retomar simultáneamente el régimen ganancial.

¿Qué decidir? Ciertamente –y así lo afirma la Resolución–, no existe precepto en el CC que expresamente exija que para liquidar haya que disolver previamente la sociedad conyugal, pero de la interpretación sistemática de los arts. 1344, 1392, 1393 y 1396 (este último dice que: disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación, lo que señaló la registradora en su calificación negativa) resulta inequívoco que es indispensable disolver para poder liquidar, total o parcialmente, la sociedad de gananciales.

Nueva sociedad de gananciales que requiere ser estipulada en capitulaciones matrimoniales (art. 1325), las que han de constar, para su validez, en escritura pública (art. 1327).

Lo anterior es, en esencia, el núcleo jurídico fundamental del supuesto planteado, pero pienso que da pie –con vistas a mayor profundización de la problemática por el dictaminante– para algunas consideraciones.

De una parte, el juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en sus relaciones económicas es innegable: puede *trasvasarse* –como reconoce la Resolución, citando otras anteriores– un bien ganancial concreto al patrimonio de uno de los esposos empleando un negocio típico o bien cabe acudir a la atribución de privatividad de efectos *erga omnes* (se trata de una manifestación del principio de libertad de contratación entre los cónyuges, *ex* art. 1323, y de la *inversa* aplicación de lo que expresamente permite el art. 1355 –"atribuir"–…), lo que es distinto, por tanto, de la confesión de privatividad del art. 1324.

Y de otra, cabe modificar en cualquier momento el régimen económico otorgando capítulos (art. 1325). Por lo que, en definitiva, si para liquidar hay que previamente disolver, la nueva sociedad de gananciales –porque la anterior se ha disuelto– ha de pactarse en escritura pública de capitulaciones: la que está sujeta (como dice la Resolución) a un régimen de publicidad, en garantía de terceros (CC, Ley y Reglamento R. Civil).

Cuarto. El presente supuesto responde al que ha dado lugar a la Resolución de 22 junio 2012 (BOE de 26 julio). En él las partes se ponen de acuerdo para dejar sin efecto la compraventa ya con-

sumada. Para el otorgamiento de la escritura de resolución –así la califica el notario autorizante– las partes se valen de apoderados con facultades para comprar, vender, retraer y permutar toda clase de bienes, las que aquél juzga suficientes, y el registrador no: "al no constar la facultad de resolución de contrato de compraventa".

Aunque no sea frecuente, sí conoce la *praxis* el mutuo disenso: si la voluntad de las partes crea el vínculo, la misma voluntad puede extinguirlo; es el criterio de la doctrina –y de algunas legislaciones– ante la dicotomía: mutuo consenso y mutuo disenso.

Veamos, ante todo, el enfoque notarial y el registral.

La escritura es: de resolución de la compraventa, procediéndose en ella a la entrega y recuperación de la finca anteriormente vendida y a la devolución del precio satisfecho.

Uno de los apoderados interpuso recurso alegando legitimación para: la *retracción* del bien. Se está ante un retracto convencional que el CC regula como forma de resolución de la venta, operando en principio con eficacia retroactiva. Como la facultad de retraer está mencionada en el poder aportado por ambas partes, debe inscribirse la resolución pactada.

El registrador –como se dice en el supuesto de hecho planteado al dictaminante– estima que la facultad de resolver no consta en los poderes, por lo que suspende la inscripción.

La DGRN parte de que se trata de una resolución por *mutuo disenso* entre las partes que celebraron el contrato de compraventa y acude en primer lugar al art. 1506: de la resolución de la venta (epígrafe del capítulo VI del CC), para decir que aunque este precepto recoge el retracto convencional como causa de resolución, hay que entender técnicamente incorrecta la mención del mismo en el texto legal, porque para resolver las obligaciones sinalagmáticas ha de haberse producido el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato celebrado (art. 1124, y específicamente para la compraventa art. 1503 y ss.) y en el presente caso no se ha producido incumplimiento del pago del precio ni de la entrega de la cosa vendida.

Por otra parte, el retracto convencional –dice la Resolución– ha de establecerse en la misma escritura de compraventa. En ella, el vendedor tendría que haberse reservado el derecho a recuperar la cosa vendida con la obligación de cumplir con lo exigido por el art. 1518,

y si así se hubiera hecho, al ejercitar el pacto de retro se celebraría una nueva compraventa y no la resolución de la previamente celebrada. Esto no se ha producido en el caso presente.

En definitiva, ni ha habido incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, ni en la escritura originaria se estipuló el pacto de retro. Por lo que –decide– no basta la facultad de retraer, sino que se hace necesaria la específica de resolver el contrato anteriormente celebrado.

El extracto de la fundamentación jurídica de la Resolución –si es exacto– parece revelar, a mi juicio, una cierta incongruencia: se parte de que para *resolver* los contratos sinalagmáticos ha de haberse producido el incumplimiento de las obligaciones esenciales por una de las partes, para al final considerar que falta "la facultad de *resolver* el contrato anteriormente celebrado en los poderes".

Señalado lo anterior, lo que sí aparece con claridad en el caso presente es la insuficiencia del poder: podría entenderse que si se faculta para comprar y vender, en la presente escritura la parte antes vendedora compra y viceversa. Pero en tal caso se estaría ante una compraventa nueva con idénticos objeto y precio, lo que no constituye mutuo disenso en puridad y la escritura de resolución descarta. Lo que se ha realizado es dejar sin efecto la compraventa anteriormente celebrada. Y en cuanto al poder con facultad de retraer –volver a traer–, desenfoca lo realmente realizado y la DGRN, con fundamento, rechaza que se esté ante un derecho de retracto convencional, como se ha visto.

En fin, los poderes deberían haber contenido la facultad de resolver compraventas por mutuo disenso. Esto sería lo ideal, ya que si los términos fueran escuetamente: resolver compraventas, o contratos onerosos en general, ¿saldría a la superficie esa cierta contradicción que he considerado existe en la Resolución? Convengamos por último que –a salvo los poderes en que expresamente se contemple la posibilidad de que se extinga el contrato ya celebrado por mutuo disenso– la realidad muestra que por muy amplio que sea el poder, el mutuo disenso no suele contemplarse; por lo que si se prevé la posibilidad, hay que plasmarla expresamente.

Mutuo disenso. García Goyena, al comentar el art. 1086 del Proyecto de 1851, antecedente inmediato del actual art. 1156 (causas de la extinción de las obligaciones), decía: si los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento, deben poder disolverse

por el mutuo disenso. Idea básica, lógica, pero lacónica y por tanto necesitada de profundización jurídica.

Digamos, en tal sentido, que sobre el mutuo disenso existen algunos estudios que sí profundizan en tan *básica* causa extintiva (de ahí que pueda ser justificada su omisión legal por sobreentenderse su innecesariedad). Núñez Boluda (María de los Desamparados), siguiendo el enfoque que en Italia expuso Luminoso (Angelo), define el mutuo disenso como una revocación –no dice resolución– bilateral y consensual del contrato originario.

Quinto. Cláusulas estatutarias controvertidas en una escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal.

A las alturas temporales en que nos encontramos todavía existen dudas jurídicas acerca de concretas manifestaciones de voluntad en sede de propiedad horizontal. Así acaece con las cláusulas que el dictamen expone, motivadoras de la Resolución de 19 junio 2012 (BOE de 26 junio). Voy directamente a ella.

1. Agrupación en sentido vertical.

La Ley de PH –art. 8– solo exige para la agrupación o agregación dentro de un mismo edificio que se trate de unidades privativas *colindantes*, o sea, contiguas. La agrupación en sentido vertical lo es, y el que por las obras se comprometa o no la seguridad del edificio, debe valorarlo un técnico y así se hace en el proyecto que se somete a examen para obtener la licencia.

2. Agrupación o agregación con un elemento privativo colindante no integrado en la misma propiedad horizontal.

Es viable: cada elemento agrupado queda sujeto a su propio régimen jurídico y conserva su cuota. Se constituye una nueva finca resultante, una unidad, si no arquitectónica, sí de destino (se acude al concepto de finca especial).

Y es que –después de citar los arts. 12 y 17.1 LPH, así como diversas Resoluciones en el sentido expuesto– concluye la Resolución afirmando: en todo lo que no es normativa imperativa, debe regir la voluntad de los interesados, como resulta del último párrafo del art. 396 CC. Por ello, sobre la base de considerar norma dispositiva el art. 8 LPH –comienza diciendo en los fundamentos de derecho– han quedado consagradas las cláusulas estatutarias que permiten la modificación de entidades hipotecarias integrantes en una PH sin necesidad de autorización de la Junta de propietarios (el alcance de

tal *consentimiento previo* da como resultado el que se plasma en la Resolución ahora comentada).

Y *Sexto*. ¿Partición por el testador o meras instrucciones o normas del testador para que los herederos la hagan estando mientras tanto en comunidad los bienes?

Del testamento se deduce claramente que el testador hace la partición: "usando la facultad de hacer la partición del art. 1056 adjudicó sus bienes a cada uno de sus citados hermanos", a los que previamente instituyó herederos por --- partes iguales. Lo dispositivo y lo particional armónicamente plasmados, por lo que "se pasará por ella", claro es sin perjuicio de las acciones de impugnación del art. 1075 en relación con el 1056 respecto a los herederos forzosos (que en el caso presente no existen).

Lo anterior es evidente y así lo considera la Resolución de 1 agosto 2012 (BOE de 5 octubre), pero añade: sin perjuicio de la práctica de las operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad (citando al efecto la Sentencia del TS de 21 julio 1986). ¿Cuáles pueden ser éstas?

A efectos registrales –dice la Resolución–, para que esta partición parcial tenga plena virtualidad como título inscribible es necesario que intervengan todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia: solo si se acredita que no existen o las asume exclusivamente uno de los herederos es posible la inscripción de la partición del supuesto de hecho planteado.

"No se trata de que haya de realizarse la partición de todos los bienes por todos los herederos, ni de que hayan de entregarse por todos ellos los bienes. Sí de aclarar la operación de *liquidación* de la partición, es decir, la existencia o no de deudas y la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario de los herederos, por repercutir ello en las adjudicaciones y en el carácter definitivo de las mismas, a efectos registrales respecto a terceros".

Y ahora el nuevo DICTAMEN.

Primero. En escritura pública de diciembre de 2011 se formaliza

una dación en pago de determinada deuda transmitiéndose una parcela con chalet-vivienda unifamiliar sita en Jávea, y que linda por el este con acantilado. Se incorpora certificado del Servicio de Costas de Alicante de diciembre de 2007, acreditativo de que la parcela y la vivienda no invaden el dominio público marítimo terrestre, pero están afectadas por la zona de protección establecida en la Ley de Costas.

El registrador de Jávea califica así: "dado que el art. 45 RD 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Costas de 28 julio 1988, prohíbe expresamente la construcción y transmisión de edificaciones destinadas a residencia o habitación, se suspende la inscripción al no acreditarse las autorizaciones de los arts. 48 y 49 del Reglamento citado".

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segundo. La escritura de manifestación de herencia se otorga exclusivamente por la viuda del testador, en base al testamento en el que el difunto, previa desheredación de sus hijos José y Juan y de toda la descendencia de éstos, en virtud del art. 853.2.ª CC, ha instituido heredera universal a su esposa, sustituida vulgarmente por los hijos del testador (los previamente desheredados).

Al mismo tiempo que la anterior se presenta en el Registro de la Propiedad otra escritura complementaria en la que consta el nombre y apellidos de los descendientes de cada uno de los hijos del causante a su fallecimiento.

El registrador suspende la inscripción: "la designación genérica de los descendientes desheredados, sin determinar a cuáles de ellos afecta la causa de desheredación, considerando que ésta implica una conducta específica del desheredado respecto del causante, valorada por éste respecto de aquél para privarle de su legítima, en base a las causas previstas en los arts. 848 y ss. CC, impide saber a cuáles de los descendientes afecta la causa de desheredación a los efectos del art. 857 CC".

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Tercero. Ángela, en su propio nombre y además en representación de su hijo Ramón, menor de edad, sobre el que ejerce exclusivamente la patria potestad, otorga escritura pública en la que acepta la herencia de su difunto esposo, se hace entrega del legado

de la finca *x*, propiedad del causante, y adjudica los demás bienes de la herencia, por mitad y proindiviso, conforme a la institución de herederos dispuesta por el testador.

En la escritura manifiesta Ángela que asume totalmente las deudas de la herencia. En el testamento del difunto esposo, además del prelegado y de la institución de herederos por mitad y proindiviso, se nombra un administrador de los bienes heredados por el menor, hasta que alcance la mayoría de edad.

La registradora califica así: "es necesario nombrar un defensor judicial del menor de edad (arts. 162 y 163 CC) y en su defecto, la aprobación judicial de la aceptación y partición de la herencia (art. 272 CC) al existir conflicto de intereses entre la madre y su hijo menor. También es necesaria la aceptación del administrador testamentario".

● ¿Quién tiene razón en Derecho?

Cuarto. Por escritura pública "Informática 25, SL" modifica el objeto social incluyendo: "el comercio al por mayor y al por menor, distribución comercial, importación y exportación de toda clase de artículos y productos de lícito comercio". Ello además de la industria informática, que constituía el objeto social anterior.

El registrador mercantil califica así: "la trascendencia del objeto social exige la determinación previa y sumaria de las actividades que hayan de integrarlo, por lo que debería contener el presente objeto una referencia concreta a un tipo de productos o servicios que delimiten más específicamente la actividad de que se trate".

● ¿Quién tiene razón en Derecho?

Quinto. El administrador solidario o indistinto de "Lonquiter, SL" otorga poder general, con amplísimas facultades, a Juan Ripalda, que es el otro administrador solidario de la sociedad.

La escritura pública es calificada por el registrador mercantil: "carece de interés jurídico que un administrador solidario sea también apoderado general, puesto que ya tiene facultades por el cargo de administrador que ostenta (arts. 209 y 234 LSC). Además la revocabilidad de tal representación voluntaria se convertiría en ilusoria y sería difícil la exigencia de responsabilidad que al administrador correspondería frente a la actuación del apoderado".

● ¿Quién tiene razón en Derecho?

Y *Sexto.* Por escritura pública de diciembre de 2011 Álvaro aporta la finca rústica *z* a la sociedad de gananciales existente con su esposa, Beatriz, compensándose así el crédito ganancial que existía frente al aportante, de 30.000 euros. Beatriz confiesa y ratifica su manifestación anterior relativa al carácter privativo del dinero con que el esposo había comprado tal finca. Se solicita la inmatriculación en base al art. 205 LH y 298 de su Reglamento.

A la anterior se acompaña otra escritura pública autorizada dos meses antes, en la que se elevaba a público un contrato privado datado en 1998 por el que el aportante compró la finca con carácter privativo, ya que así lo manifestaba el comprador, dado que el precio lo satisfacía con dinero privativo, lo que en el contrato privado reconocía expresamente su esposa.

También se acompaña acta de notoriedad acreditativa de los herederos *ab intestato* del vendedor en el documento privado, por fallecimiento del mismo en 1999, así como certificación de defunción de la esposa de aquél en el año 2010, y certificación expedida por el Catastro, en la que figura la finca catastrada a favor del cónyuge aportante y no a favor de éste y de su cónyuge.

El registrador de la propiedad califica negativamente los referidos instrumentos públicos: "no es posible practicar la inmatriculación con el título de aportación a la sociedad de gananciales cuando el título fehaciente que acredita la adquisición del ahora aportante es una escritura de compraventa con confesión de privatividad de su esposa, al haber sido elaborado al objeto de conseguir la inmatriculación. Lo que es conforme a la Resolución de la DGRN de 21 mayo 2007".

● ¿Quién tiene razón en Derecho?

SEIS HORAS.

INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL

TOTUM REVOLUTUM (*)

Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
Notario Honorario
Presidente de la Comisión de Cultura
del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares

I. PRIMERA PARTE

Otros años por estas fechas me encontraba, bolígrafo en mano (soy de los dinosaurios que siguen escribiendo como los antiguos escribas), un fajo de folios delante y la Ley de Presupuestos encima de la mesa para comenzar a destriparla y parir mi habitual Circular "Notas sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado...". Esta vez, por las razones políticas de todos conocidas, no es así. La constitución del Congreso y del Senado el pasado 13 de diciembre, hacen inviable la aprobación no ya de una Ley de Presupuestos Generales del Estado antes del 31 de diciembre de este (pasado) año, sino de una Ley ordinaria aun cuando se utilizase el procedimiento de urgencia.

En el Preámbulo del RD Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE núm. 315, de 31 de diciembre; seguido de su corrección de errores, publicada en el BOE núm. 8, del 10 de enero siguiente, y de la Resolución de 11 de enero de 2012 por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del citado RD Ley –BOE núm. 114–) se nos explica que el art. 134.4 de nuestra Constitución establece que "si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente se considerarán automáticamente prorrogados

(*) Circular número 25, de fecha 12 de abril de 2012, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos", y como este precepto ha sido desarrollado por el art. 38 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el que, tras reiterar el carácter prorrogable de los presupuestos a falta de la aprobación de los nuevos, determina que "la prórroga no afectará a los créditos para gastos correspondientes a programas o actuaciones que terminen en el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan o para obligaciones que se extraigan en el mismo".

El art. 38.3 de la citada Ley General Presupuestaria aclara que la estructura orgánica del presupuesto prorrogado se adaptará, sin alteración de la cuantía total, a la organización administrativa en vigor en el ejercicio en que el presupuesto deba ejecutarse.

Dentro de este marco jurídico –seguimos leyendo en el Preámbulo del propio RD Ley 20/2011–, la pura y simple prórroga de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 ocasionaría ciertas disfunciones que es preciso corregir. En primer lugar porque en algunas materias, como pensiones públicas, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 se remite a la congelación aprobada por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, siendo voluntad del nuevo Gobierno la regulación de esta materia de forma expresa para terminar con la referida congelación (vid. art. 5 y ss. del repetido RD Ley 20/2011, con arreglo a los cuales se revalorizan las pensiones y otras prestaciones públicas en un uno por ciento –menos da una piedra–).

En segundo lugar porque, por razones de seguridad jurídica, hay preceptos que difícilmente pueden entenderse prorrogados, como son aquellos en los que una Ley de carácter material remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado anual. Estos preceptos cobran particular importancia en materia tributaria, por lo que es preciso regular esta materia de forma expresa y no entenderlos prorrogados de forma tácita. Extremo este –precisamos nosotros– que será el núcleo central de este trabajo, al igual que lo ha sido los años pasados.

Finalmente porque la situación económica y financiera aconsejan no prorrogar algunas materias que podrían tener repercusiones en el déficit público y en la estabilidad presupuestaria, con las consecuencias que ello podría tener en los compromisos asumidos por España ante la Unión Europea en la reducción del déficit público.

Al amparo del art. 86 de la Constitución, que permite al Gobierno, en casos extraordinarios y urgente necesidad, dictar disposiciones provisionales que tomarán la forma de Decretos Leyes, el nuevo Gobierno –estimando suficientemente justificada su necesidad en virtud de los argumentos que se acaban de reproducir– ha publicado el repetido RD Ley 20/2011, cuya entrada en vigor fue el 1 de enero de 2012, según su disposición final vigésima tercera.

Centrándonos, como ya hemos anticipado, en las normas tributarias, comenzaremos por señalar que están contenidas en el capítulo IV del RD-Ley que nos ocupa, que recoge tres preceptos (art. 7, 8 y 9) bajo la rúbrica general "Normas Tributarias", así como en diferentes disposiciones adicionales y finales, de ahí el título del presente trabajo: todo revuelto.

Veamos si somos capaces de ordenar el revoltijo.

1. IMPUESTOS DIRECTOS

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Con el objeto de reducir el déficit público, en el apartado II del Preámbulo podemos leer que "se establece un gravamen complementario a la cuota íntegra estatal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que resultará de aplicación en los periodos impositivos 2012 y 2013. A resultas de ello se introducen modificaciones en los pagos a cuenta que se extienden a los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes para preservar el trato semejante que respecto a aquellos se establece en los citados tributos".

En la disposición final segunda (apartados Primero, Segundo y Tercero) se contienen las modificaciones que afectan a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto de que se trata, a saber:

A) Se añade una disp. adic. trigésima quinta (gravamen complementario a la cuota íntegra estatal para la reducción del déficit público en los ejercicios 2012 y 2013):

1. En los citados periodos impositivos, la cuota íntegra estatal a que se refiere el art. 62 de esta Ley se incrementará en los siguientes importes:

a) El resultante de aplicar a la base liquidable general los tipos de la siguiente escala:

Base liquidable general	Incremento en cuota íntegra estatal	Resto base liquidable general	Tipo aplicable
Hasta euros	Euros	Hasta euros	Porcentaje
0	0	17.707,20	0,75
17.707,20	132,80	15.300,00	2
33.007,20	438,80	20.400,00	3
53.407,20	1.050,80	66.593,00	4
120.000,20	3.714,52	55.000,00	5
175.000,20	6.464,52	125.000,00	6
300.000,20	13.964,52	En adelante	7

La cuantía resultante se minorará en el importe derivado de aplicar a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar a que se refiere el art. 56 de esta Ley, la escala prevista en esta letra a).

En el supuesto de que el contribuyente satisfaga anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial y el importe de aquellas sea inferior a la base liquidable general, se aplicarán las reglas establecidas en el inciso final de esta letra a).

b) El resultante de aplicar a la base liquidable del ahorro, en la parte que no corresponda, en su caso, con el mínimo personal y familiar a que se refiere el mentado art. 56 de esta Ley, los tipos de la siguiente escala:

Base liquidable del ahorro	Incremento en cuota íntegra estatal	Resto base liquidable del ahorro	Tipo aplicable
Hasta euros	Euros	Hasta euros	Porcentaje
0	0	6.000	2
6.000,00	120	18.000	4
24.000,00	840	En adelante	6

2. En los periodos impositivos 2012 y 2013, la cuota de retención a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 85 del Reglamento del IRPF, se incrementará en el importe resultante de aplicar a la

base para calcular el tipo de retención los tipos previstos en la siguiente escala:

Base para calcular el tipo de retención	Cuota de retención	Resto base para calcular el tipo de retención	Tipo aplicable
Hasta euros	Euros	Hasta euros	Porcentaje
0	0	17.707,20	0,75
17.707,20	132,80	15.300,00	2
33.007,20	438,80	20.400,00	3
53.407,20	1.050,80	66.593,00	4
120.000,20	3.714,52	55.000,00	5
175.000,20	6.464,52	125.000,00	6
300.000,00	13.964,52	En adelante	7

La cuantía resultante se minorará en el importe derivado de aplicar al importe del mínimo personal y familiar para calcular el tipo de retención a que se refiere el art. 84 del Reglamento del Impuesto, la escala prevista en este apartado, sin que el resultado de esta minoración pueda resultar negativo.

Finaliza este número 2 estableciendo reglas especiales cuando el perceptor de rendimientos del trabajo satisfaga anualidades por alimentos a favor de los hijos por decisión judicial; la norma de que en ningún caso, cuando se produzcan regularizaciones en los citados periodos impositivos, el nuevo tipo de retención aplicable podrá ser superior al 52 por ciento; que el citado porcentaje será el 26 por ciento cuando la totalidad de los rendimientos del trabajo se hubieren obtenido en Ceuta y Melilla y se beneficien de la declaración prevista en el art. 68.4 de esta Ley; y que reglamentariamente podrán modificarse las cuantías y porcentajes previstos en este apartado.

3. Las retenciones e ingresos a cuenta a practicar sobre los rendimientos del trabajo que se satisfagan o abonen durante el mes de enero de 2012, correspondientes a dicho mes, y a las que resulta de aplicación el procedimiento a que se refieren los arts. 80.1.1º y 82 del Reglamento del IRPF, deberán realizarse sin tomar en consideración lo dispuesto en el apartado 2 anterior. Sí se aplicará este apartado 2 a los rendimientos que se abonen a partir del 1 de febrero de 2012, siempre que no se trate de rendimientos correspondientes al mes de enero.

4. En los periodos impositivos 2012 y 2013, los porcentajes de pagos a cuenta del 19 por ciento previstos en el art. 101 de esta Ley y el porcentaje del ingreso a cuenta a que se refiere el art. 92.8 de la misma, se elevan al 21 por ciento.

Por su parte, el porcentaje de retención del 35 por ciento previsto en el apartado 2 del art. 101, se eleva al 42 por ciento, en los indicados periodos impositivos.

B) Con efectos desde el 1 de enero de 2011, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley del IRPF:

— Se modifica el apar. 1 del art. 68. Deducción por inversión en vivienda habitual:

1.º Deducción del 7,5 por ciento de las cantidades satisfechas en el periodo impositivo de que se trate para la adquisición o rehabilitación de la vivienda que constituya o vaya a constitutir la residencia habitual del contribuyente. La base máxima de la deducción será de 9.040 euros anuales y estará constituida por las cantidades satisfechas para la adquisición o rehabilitación, incluidos los gastos originados que hayan corrido a cargo del adquirente y, en el caso de financiación ajena, la amortización, los intereses, el coste de los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios regulados en el artículo decimonoveno de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, y demás gastos derivados de la misma.

También podrán aplicar esta deducción por las cantidades que se depositen en entidades de crédito, en cuentas que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente, y siempre que se destinen a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, con el límite, conjuntamente con el previsto en el párrafo anterior, de 9.040 euros anuales.

2.º Cuando se adquiera una vivienda habitual habiendo disfrutado de la deducción por adquisición de otras viviendas habituales anteriores, no se podrá practicar deducción respecto de la nueva en tanto las cantidades invertidas en ella no superen las invertidas en las anteriores, en la medida en que hubieran sido objeto de deducción.

Cuando la enajenación de una vivienda habitual hubiera generado una ganancia patrimonial exenta por reinversión, la base de deducción por la adquisición o rehabilitación de la nueva se mino-

rará en el importe de la ganancia patrimonial a la que se aplique la exención por reinversión.

3.º Se entenderá por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años; no será necesario este periodo de tiempo cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda (separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas).

4.º También podrán aplicar la deducción por inversión en vivienda habitual los que efectúen obras e instalaciones de adecuación de la misma, incluidos los elementos comunes del edificio y los que sirven de paso necesario entre la finca y la vía pública, con las especialidades y limitaciones que se especifican seguidamente en este apartado.

— Se añade una disp. adicional vigésima tercera. Consideración de la deducción por inversión en vivienda en el cálculo de los pagos a cuenta:

1.º A los efectos de lo dispuesto en los arts. 86.1, 88.1 y 110.3 d) del Reglamento del IRPF, la cuantía determinante para la toma en consideración de la deducción por vivienda en el cálculo de dichos pagos a cuenta será de 33.007,20 euros; cuantía que podrá modificarse reglamentariamente.

2.º No obstante, las retenciones e ingresos a cuenta a practicar sobre los rendimientos del trabajo que se abonen durante el mes de enero de 2012, correspondientes a dicho mes, y a los que resulte de aplicación el procedimiento general de retención a que se refieren los art. 80.1.1.º y 82 del Reglamento, deberán realizarse de acuerdo con las cuantías previstas en la normativa vigente a 31 de diciembre de 2011. En los que se abonen a partir de 1 de febrero de 2012, y no correspondan al mismo mes de enero, el pagador deberá calcular el tipo de retención aplicable de acuerdo con la cuantía establecida en el precedente apartado 1.º.

3.º Se suprime la disposición transitoria decimoctava.

C) Con efectos desde 1 de enero de 2012, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley del IRPF:

— Se da nueva redacción al apartado 1 de la disp. adic. vigésima quinta, a saber: "Los gastos en inversiones efectuadas durante los

años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 para habituar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, cuando su utilización sólo puede realizarse fuera del lugar y horario de trabajo, tendrá el siguiente tratamiento fiscal: a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: dichos gastos e inversiones tendrán la consideración de gastos de formación en los términos previstos en el artículo 42.2.b de esta Ley. =b) Impuesto sobre Sociedades: dichos gastos e inversiones darán derecho a la aplicación de la deducción prevista en el artículo 40 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004".

— Asimismo, se da nueva redacción a la disp. adic. vigésima séptima (Reducción del rendimiento de las actividades económicas por mantenimiento o creación de empleo):

1.º En cada uno de los periodos impositivos 2009, 2010, 2011 y 2012, los contribuyentes que ejerzan actividades económicas cuyo importe neto de la cifra de negocios para el conjunto de ellas sea inferior a cinco millones de euros y tengan una plantilla media inferior a 25 empleados, podrán reducir en un 20 por 100 el rendimiento neto positivo declarado, minorado en su caso por las reducciones previstas en el art. 32 de esta Ley, correspondientes a las mismas, cuando mantengan o creen empleo.

El importe de la reducción no podrá ser superior al 50 por ciento del importe de las retribuciones satisfechas en el ejercicio al conjunto de sus trabajadores.

2.º Para el cálculo de la plantilla media se tomarán las personas empleadas, teniendo en cuenta la jornada completa y la duración de dicha relación laboral respecto del número total de días del periodo impositivo.

Si el contribuyente no viniere desarrollando ninguna actividad económica con anterioridad a 1 de enero de 2008 e inicie su ejercicio en este periodo impositivo 2008, la plantilla media correspondiente al mismo se calculará tomando en consideración el tiempo transcurrido desde el inicio de la misma; y si la falta de actividad económica fuera anterior al 1 de enero de 2009 e inicie su ejercicio con posterioridad, la plantilla media correspondiente al periodo impositivo 2008 será cero.

3.º A efectos de determinar el importe neto de la cifra de nego-

cios, se estará a lo establecido en el apar. 3 del art. 108 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

4.º Cuando el contribuyente no viniere desarrollando ninguna actividad económica con anterioridad a 1 de enero de 2009 e inicie su ejercicio en 2009, 2010, 2011 y 2012, y la plantilla media correspondiente al periodo impositivo en que se inicie la misma sea superior a cero e inferior a la unidad, la reducción de que se trate se aplicará en el periodo impositivo de inicio de la actividad a condición de que en el siguiente la plantilla no sea inferior a la unidad. (No sé si estoy ya afectado por el señor Alzheimer, pero no "capisco" una plantilla inferior a la unidad), y

— También se redacta de nuevo la disp. transitoria vigésima (Gastos e inversión para habituar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información): sin perjuicio de lo establecido en la disp. derogatoria segunda, el art. 40 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades prorrogará su vigencia durante los años 2011 y 2012 para dichos gastos e inversiones.

b) Impuesto sobre la Renta de no Residentes

En la disp. final cuarta encontramos la modificación de este Impuesto, cuyo texto refundido fue aprobado por el RD Legislativo 5/2004, de 5 de marzo. Modificación consistente en añadirle una disp. adicional tercera (Tipo de gravamen del Impuesto en los ejercicios 2012 y 2013), conforme a la cual, desde el 1 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive, los tipos de gravamen del 19 por ciento a que se refieren los arts. 19.2 y 25.1. f) de esta Ley se elevan al 21 por ciento.

Asimismo, durante el indicado periodo, el tipo del 24 por ciento previsto en el art. 25.1.a) se eleva al 24,75 por ciento.

c) Impuesto sobre sociedades

Además de las dos referencias contenidas en la disp. final segunda de este RD Ley 20/2011, a este Impuesto sobre Sociedades [vid. la letra C) del presente trabajo], las modificaciones las encontraremos en su art. 7 y en su disp. final tercera.

En efecto:

1. En el art. 7 se regula el pago fraccionado, estableciéndose que respecto de los periodos impositivos que se inicien durante el año 2012, el porcentaje a que se refiere el apartado 4 del art. 45 del Texto Refundido será el 18 por ciento para la modalidad de pago fraccionado prevista en el apartado 2 del mismo, es decir, para los sujetos pasivos cuyo pago reglamentario de declaración estuviera vencido el primer día de los 20 naturales de los meses de abril, octubre y diciembre.

Para la modalidad prevista en el apartado 3 de dicho art. 45, el porcentaje será el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto. Apartado 3 que se refiere a los sujetos pasivos que hubieran optado, durante el mes de febrero del año natural en la correspondiente declaración anual, realizar los pagos fraccionados los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural. Modalidad que será obligatoria para los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 121 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los periodos impositivos dentro del año 2012.

A efectos de la aplicación de esta última modalidad de pago fraccionado, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 9 Primero. Uno del RD Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2012.

2. En la disp. final tercera las modificaciones introducidas son las siguientes:

— Adición de una disp. final decimocuarta (porcentajes de retención o ingreso a cuenta en los ejercicios 2012 y 2013), conforme a la cual desde el 1 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive, el porcentaje de retención o ingreso a cuenta se eleva del 19 por ciento al 21 por ciento [modificación de la letra a) del apar. 6 del art. 140], y

— Se da nueva redacción a la disp. adic. duodécima (tipo de gravamen reducido en el Impuesto sobre Sociedades por mantenimiento o creación de empleo), con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012. Explicita al respecto el

apartado II del Preámbulo del RD Ley 20/2011, que estamos intentando sistematizar, "que se incluye la prórroga, para el ejercicio 2012, de otras medidas cuya vigencia finaliza el 31 de diciembre de 2011 y que se considere oportuno prolongar durante un año más, tal es el caso del tipo de gravamen reducido en el Impuesto sobre Sociedades por mantenimiento o creación de empleo aplicable por las microempresas, con su correlato en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a través de la reducción del rendimiento neto de las actividades económicas, el tratamiento fiscal otorgado en los citados impuestos a los gastos e inversiones efectuadas para habituar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información (ya examinados, añadimos nosotros...), por los efectos beneficiosos que pueden ejercer sobre la actividad económica".

En los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2009, 2010, 2011 y 2012, las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en dichos periodos sea inferior a cinco millones de euros y la plantilla media en los mismos sea inferior a 25 empleados, tributarán con arreglo a la siguiente escala, excepto si de acuerdo con lo previsto en el art. 28 de esta Ley deben tributar en un tipo diferente del general:

a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, al tipo del 20 por ciento. En los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011 y 2012, este tipo se aplicará sobre la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros.

b) Por la parte de base imponible restante, al tipo del 25 por ciento.

La aplicación de dichos tipos está condicionada a que durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de esos periodos impositivos, la plantilla media de la entidad no sea inferior a la unidad, y, además, tampoco sea inferior a la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.

El cálculo de la plantilla media se hará en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación con la jornada completa. Y a efectos de determinar el importe neto de la cifra de negocios, se tendrá en consideración lo establecido en el apar. 3 del art. 108 de esta Ley.

d) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Con el objetivo de reducir el déficit público –nos dice el repetido apartado II del Preámbulo–, el art. 8 del RD Ley objeto de nuestro repaso establece la aplicación transitoria y excepcional durante los ejercicios 2012 y 2013 para los inmuebles urbanos de un incremento del tipo impositivo del IBI, que tiene en consideración el año de entrada en vigor de la correspondiente ponencia total de valores del municipio.

Con efectos, pues, para los periodos impositivos indicados, los tipos de gravamen aprobados para los inmuebles urbanos con arreglo a lo dispuesto en el art. 72 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de mayo), resultarán incrementados en los siguientes porcentajes:

a) El 10 por 100 para los municipios que hayan sido objeto de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general para bienes inmuebles como consecuencia de una ponencia de valores total aprobada con anterioridad al año 2002, no pudiendo resultar el tipo de gravamen mínimo y supletorio inferior al 0,5 por ciento en 2012 y al 0,6 por ciento en 2013.

b) El 6 por ciento para los municipios que hayan sido objeto de un procedimiento similar aprobado entre 2002 y 2004, no pudiendo resultar el tipo de gravamen mínimo y supletorio inferior al 0,5 por ciento.

c) El 4 por 100 cuando el procedimiento de valoración colectiva general sea consecuencia de una ponencia de valores total aprobada entre 2008 y 2011.

Dichos incrementos se aplicarán:

— En todo caso, a los inmuebles de uso no residencial, incluidos los inmuebles gravados con tipos diferenciados a que se refiere el art. 72.4 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

— A la totalidad de los inmuebles de uso residencial a los que les resulte de aplicación una ganancia de valores total aprobada con anterioridad al año 2002, y

— A los inmuebles de uso residencial a los que les resulte de aplicación una ganancia de valores total aprobada en el año 2002 o

en un año posterior, y que pertenezcan a la mitad con mayor valor catastral del conjunto de los inmuebles del municipio que tengan dicho uso.

No serán, sin embargo, de aplicación estos incrementos a los municipios cuyas ponencias de valores hayan sido aprobadas entre los años 2005 y 2007. Tampoco tendrán efectos para el periodo impositivo que se inicie en 2013 para aquellos municipios en los que se apruebe una ponencia de valores total en el año 2012.

En el supuesto de que el tipo aprobado por un municipio para 2012 ó 2013 fuera inferior al vigente en 2011, en el año en que esto ocurra se aplicará lo dispuesto en este artículo tomando como base el tipo vigente en 2011.

En ningún caso el tipo máximo aplicable podrá ser superior al establecido en el art. 72 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

2. IMPUESTOS INDIRECTOS

Impuesto sobre el Valor Añadido

Se incluye la prórroga de la aplicación del tipo reducido del 4 por ciento a determinadas entregas de bienes –leemos en el Preámbulo–, por los efectos beneficiosos que pueden ejercer sobre la actividad económica. Prórroga que se articula en la disp. final quinta, en la que se modifica la disp. trans. cuarta del RD Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, que queda redactada de la siguiente forma: "Disposición transitoria cuarta. Tipo impositivo aplicable al Impuesto sobre el Valor Añadido a las entregas de viviendas.= Con efectos desde la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley y vigencia exclusivamente hasta el 31 de diciembre de 2012, se aplicará el tipo reducido del 4 por ciento del Impuesto sobre el Valor Añadido a las entregas de bienes a las que se refiere el número 7.º del apartado 1 del artículo 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido".

Se refiere este último artículo (en la redacción que le dio el RD Ley 6/2010, de 9 de abril) a los edificios o parte de los mismos aptos

para su utilización como viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente; no teniendo la consideración de anexos a viviendas los locales de negocios, aunque se transmitan conjuntamente con los edificios o viviendas, y no serán edificios aptos para su utilización como viviendas las edificaciones destinadas a su demolición a que se refiere el art. 20, apartado uno, número 22, parte A, letra C, de dicha Ley del IVA.

3. OTROS TRIBUTOS

El RD Ley que nos ocupa dedica el larguísimo art. 9 a la regulación de las tasas en materia de telecomunicación, al que damos carpetazo dado su escaso o nulo interés notarial.

4. OTRAS DISPOSICIONES

Además de las normas tributarias, consideramos de interés otras disposiciones contenidas en el mismo Real Decreto-Ley 20/2011, a saber:

Uno. Asignación de cantidades a fines sociales (disposición adicional sexta).- El Estado, en la forma que reglamentariamente se establezca, destinará a subvencionar actividades de interés social el 0,7 por ciento de la cuota íntegra del IRPF del ejercicio 2012 correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido.

Por cuota íntegra se entenderá la formada por la suma de la cuota íntegra estatal y de la cuota íntegra autonómica o complementaria en los términos previstos en la Ley del IRPF.

La liquidación del ejercicio 2012 se llevará a cabo antes del 30 de abril de 2012 y una provisional el 30 de noviembre de 2013 para posibilitar la iniciación anticipada del procedimiento para la concesión de subvenciones.

Dos. Financiación a la Iglesia Católica (disp. adicional séptima).- Durante el año 2012, el Estado entregará, mensualmente, a la Iglesia Católica 13.266.216,12 euros (la mínima fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, Ley 39/2010,

de 22 de diciembre). Esta cantidad es a cuenta de la que se deba asignar a la Iglesia por aplicación de lo dispuesto en los apartados Uno y Dos de la disp. adic. decimoctava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

Antes del 30 de noviembre de 2013, se efectuará una liquidación provisional, practicándose la definitiva antes del 30 de abril de 2014.

Tres. Bienes de las instituciones eclesiásticas (disp. adicional octava).- Se prorroga por un año, a partir de la entrada en vigor de esta Ley (realmente es un real Decreto-Ley), el plazo al que se refiere la disp. adic. segunda de la Ley 4/2004, de 29 de diciembre, de Modificación de tasas y beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público, en relación con la disp. trans. primera de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social, y la disp. trans. quinta de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Conforme a la normativa citada, queda prohibida la transmisión a título oneroso o lucrativo de bienes muebles declarados de interés cultural y las incluidas en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas y que formen parte del Patrimonio Histórico Español, solamente se permite su transmisión al Estado, Entidades de Derecho Público o a otras instituciones eclesiásticas.

Cuatro. Consideración del gravamen complementario a la cuota íntegra estatal para la reducción del déficit público en los ejercicios 2012 y 2013 establecido en la (examinada) disposición final segunda de este RD-Ley a efectos del cálculo del rendimiento cedido del IRPF a los entes territoriales (disp. adicional duodécima).- A efectos de lo dispuesto en los art. 12 y 26.2.a) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, y 113.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), la recaudación líquida derivada de la aplicación del gravamen complementario a la cuota íntegra estatal para la reducción del déficit público establecido en la citada disp. final segunda de este RD-Ley, no se tendrá en cuen-

ta para la determinación del rendimiento cedido y de su entrega a cuenta.

Cinco. Derogación del RD 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes (disp. derogatoria primera).- Se deroga, por tanto, la ayuda que dicho RD reconocía a los jóvenes para el pago del alquiler de su vivienda habitual y permanente (art. 1). Jóvenes entre 22 y 30 años y que reunieran las demás condiciones enumeradas en su art. 2. Ayuda consistente en 210 euros mensuales para el pago del alquiler de la vivienda; 120 euros, por una sola vez, si se constituye aval con un avalista privado como garantía del arrendamiento; y un préstamo sin interés de 600 euros, también por una sola vez.

Se respetará a los beneficiarios que tengan reconocido el derecho a la renta básica de emancipación indicada, que lo seguirán disfrutando en las condiciones establecidas en la norma que se deroga y de acuerdo con los términos de la resolución de su reconocimiento.

Excepcionalmente, podrán ser beneficiarios de estos derechos quienes lo hubieran solicitado a 31 de diciembre de 2011 y siempre que cumplan a dicha fecha los requisitos del RD que se deroga.

Seis. Modificación de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) (disp. final primera).- Modificaciones que nos abstenemos de desarrollar, limitándonos a enumerarlas: arts. 1; 5, apartado 3; 17, apartado 4; 26, párrafo e) del apartado 2; 28, apartado 6; introducción dentro del Título II, Capítulo I, Sección 2.ª, de una nueva Subsección 6 compuesta por el número art. 29 bis (obligaciones tributarias en el marco de la asistencia mutua); 65, apartado 6; 68, apartado 5; 80 bis (prelación y garantías de créditos de titularidad de otros Estados); 81, apartado 2; 83, apartado 1; 95, apartado 5; introducción de un nuevo Capítulo VI en el Título III (asistencia mutua), art. 177 bis, ter, quáter, quinquies, sexies, septies, octies, nonies, decies, undecies, duodecies, terdecies, y quaterdecies; 181, párrafo g) del apartado 1; 203, apartado 6; y una nueva disp. adicional decimoséptima (naturaleza jurídica de los créditos gestionados en el ámbito de la asistencia mutua).

Siete. Modificación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de naci-

miento, adopción o acogida (disposición final octava).- Se da nueva redacción a su disp. final segunda en el sentido de que la Ley de que se trata entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2013.

Ocho. Renovación de la prórroga sobre excepciones a la aplicación de los nuevos criterios de valoración del suelo (disposición final novena).- Se da nueva redacción al apartado 2 de la disp. trans. tercera del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio). La modificación afecta únicamente a su párrafo segundo y consiste, como se anticipa en el título, en ampliar el plazo de tres a cinco años. Queda, por tanto, redactado este párrafo del modo siguiente: "De no existir previsión expresa sobre plazos de ejecución en el planeamiento ni en la legislación de ordenación territorial y urbanística, se aplicará el de cinco años contados desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo".

Nueve. Modificación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia (disposición final decimocuarta).- Se modifica la redacción del primer apartado de la disposición final primera de dicha Ley, estableciéndose que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la misma se ejercitará progresivamente, de modo gradual, y se realizará, de acuerdo con el siguiente calendario, a partir del 1 de enero de 2007:

— el primer año a quienes sean valorados en el Grado III de Gran Dependencia, niveles 1 y 2,

— en el segundo y tercero a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 2,

— en el tercer y cuarto año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 1,

— el quinto año, que finaliza el 31 de diciembre de 2011, a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 2,

— a partir del 1 de enero de 2013 al resto de quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 2, y

— a partir del 1 de enero de 2014 a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 1.

La modificación afecta a partir del quinto año, por cuanto en el texto original se refería a quienes sean valorados en el Grado 1 de

Dependencia Moderada, nivel 2, y a partir del séptimo y octavo a los que lo fueran en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 1.

II. SEGUNDA PARTE

Quedaría incompleto este trabajo si no incluyéramos, como hicimos en los años precedentes, la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma en la que resido desde hace más de cincuenta años, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Normativa que también es encajable en la rúbrica *"totum revolutum"*, por cuanto al lado de la Ley de Presupuestos Generales para el año 2012 (Ley 9/2011, de 23 de diciembre; publicada en el BOIB núm. 195 del 30 siguiente) nos encontramos con el Decreto Ley 6/2011, de 2 de diciembre (BOIB núm. 183, del 6 siguiente), de Medidas Tributarias Urgentes y que, siguiendo al fundamental principio hipotecario *"prior in tempore...",* debe encabezar nuestro examen.

A) DECRETO LEY 6/2011, DE 2 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS TRIBUTARIAS URGENTES

Con el fin de paliar los efectos de la crisis económica sobre la Hacienda Pública de la CA –comienza el Preámbulo de este Decreto Ley–, es necesario, paralelamente a los recortes en el gasto público, aumentar, en la medida que lo permita la capacidad normativa tributaria de la CA, los ingresos por la vía indirecta de reactivar la actividad económica introduciendo diversas modificaciones en la normativa tributaria balear, básicamente mediante beneficios fiscales a las actividades empresariales favorecedoras de la inversión y del mantenimiento o incremento del empleo.

El Decreto Ley se divide en dos capítulos: el I, dedicado a los tributos cedidos, y el II, a los tributos propios y, en concreto, al Canon de Saneamiento de Agua.

Siguiendo esta sistematización, pasamos a repasar las modificaciones introducidas.

1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

— Artículo 2 (Tramo autonómico de la deducción por inversión en

vivienda habitual en el territorio de las Illes Balears). Se establecen los siguientes porcentajes, que supone la equiparación al de aplicación en el tramo estatal:

a) Con carácter general, el 7,50 %.

b) Cuando se trate de las obras de adecuación de la vivienda habitual para personas con discapacidad a que se refiere el apar. 4.º del art. 68.1 de la Ley del IRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre), el 10 %.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los hechos imponibles que se devenguen a partir de la entrada en vigor de este Decreto Ley (disp. transitoria única, 1), que lo ha sido el 7 de diciembre de 2011 (según su disp. final única).

— Artículo 3 (Deducción autonómica para el fomento del autoempleo). Se establece una deducción en la cuota íntegra autonómica de 600 euros para cada contribuyente que cumpla los siguientes requisitos en la fecha de devengo del impuesto:

a) Estar en situación de alta como persona física o como partícipe de una entidad en régimen de atribución de rentas en el censo de empresarios, profesionales y retenedores a que se refiere el art. 3 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria (RD 1065/2007, de 27 de julio), siempre que el alta se haya formalizado por primera vez en el ejercicio de 2012.

b) Desarrollar la actividad económica principal en el territorio del archipiélago.

c) Ejercer la actividad económica de manera personal, habitual y directa, la cual deberá constituir la principal fuente de renta del contribuyente a partir de la fecha del alta en el censo y hasta el cierre del periodo impositivo (art. 3 del RD 1704/1999, de 5 de noviembre).

d) Obtener rentas en concepto de actividades económicas sujetas al IRPF en el periodo impositivo, siempre que el rendimiento íntegro sea inferior a 100.000 euros.

La deducción será aplicable en la declaración del impuesto correspondiente al ejercicio de 2012 y en los dos ejercicios posteriores, según si el alta y la actividad se mantienen de manera interrumpida durante uno, dos o tres años naturales desde el principio de la actividad.

El cese de la actividad o la baja en el censo correspondiente, antes de cumplirse el año natural necesario para la aplicación de la deducción, determinará la pérdida del beneficio fiscal y la obligación de pagar la parte del impuesto que se haya dejado de ingresar.

Artículo aplicable a los hechos imponibles que se devenguen a partir del 1 de enero de 2012 (disp. trans. única, 2).

— Artículo 4 (Deducción autonómica en concepto de inversión en la adquisición de acciones o de participaciones sociales de nuevas entidades o de reciente creación). La deducción será del 20 %, con un importe máximo de 600 euros por ejercicio. En el caso de declaración conjunta, el importe máximo de deducción será de 600 euros por cada contribuyente de la unidad familiar que haya efectuado la inversión.

Para que se pueda aplicar esta deducción será necesario cumplir los requisitos y condiciones siguientes:

a) No ser superior al 40 % del capital social de la sociedad objeto de la inversión o de los derechos de voto en la sociedad.

b) La entidad en que debe materializarse la inversión deberá cumplir los requisitos siguientes: tener naturaleza de SA, SRL, SA laboral o SRL laboral; domicilio social y fiscal en estas Islas; desarrollar una actividad económica que no sea la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (art. 4 Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio), ni dedicarse a la actividad de arrendamiento de inmuebles; emplear, como mínimo, a una persona fiscalmente domiciliada en estas islas, con un contrato a jornada completa, dada de alta en el régimen general de la SS y que no sea socio ni partícipe de la sociedad; si la inversión se hubiere realizado mediante una ampliación del capital, la sociedad deberá haberse constituido en los dos años anteriores a la fecha de esta ampliación; deberá mantener los puestos de trabajo (art. 109 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo–); la cifra normal de negocios no podrá superar el límite de 2.000.000 de euros, calculado como prevé el art. 108 del mentado Texto Refundido; podrá formar parte del consejo de administración de la sociedad de que se trata, pero no realizar funciones ejecutivas ni de dirección, ni mantener una relación laboral con ella; las operaciones en las que sea de aplicación la deducción deberán formalizarse en escritura pública; las participaciones adquiridas de-

berán mantenerse en el patrimonio del contribuyente durante un periodo mínimo de cuatro años.

Aplicable a los hechos imponibles que se devenguen a partir del 1 de enero de 2012 (disp. trans. única, 2).

2. Impuesto sobre el Patrimonio

Se establece en el art. 5 una bonificación autonómica del 100 % a favor de los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir que residan habitualmente en las Islas Baleares. Medida técnica –leemos en el Preámbulo– de equiparar el mínimo exento al estatal, con carácter temporal para los ejercicios 2011 y 2012. Artículo 5 que se aplicará a los hechos imponibles que se devenguen el 31 de diciembre de 2011 y el 31 de diciembre de 2012 (disp. trans. única, 3).

El restablecimiento de este Impuesto, con carácter temporal para los ejercicios 2011 y 2012, por el RD Ley 13/2011, de 16 de septiembre; la aplicación de su Ley reguladora (Ley 4/2008, de 23 de diciembre) y del art. 5 que se acaba de exponer, producen la consecuencia de que solamente están obligados a presentar declaración de este Impuesto los sujetos pasivos cuyos bienes superen los dos millones de valor, si bien no abonarán cantidad alguna por serles de aplicación la bonificación autonómica del 100 %.

3. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

— Artículo 6 (Reducción en las donaciones dinerarias de padres a hijos o a otros descendientes o entre colaterales hasta el tercer grado por creación de nuevas empresas y empleo). Se regula de nuevo esta reducción, que será del 50 % siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) La donación se formalizará en escritura pública y deberá hacerse constar de forma expresa que el donatario tiene que destinar el dinero a la creación de una nueva empresa en los términos establecidos en este artículo.

b) La empresa deberá desarrollar una actividad económica que no sea la gestión de un patrimonio (mobiliario o inmobiliario), ni dedicarse a la actividad de arrendamiento de inmuebles.

c) Deberá emplear, como mínimo, a una persona domiciliada

fiscalmente en estas islas con un contrato laboral a jornada completa y dada de alta en el régimen general de la SS.

d) El dinero deberá destinarse, en el plazo máximo de dieciocho meses, a la creación de la empresa y deberá cumplir el requisito de creación de empleo.

e) Mantenerse la actividad económica, los puestos de trabajo y el nivel de inversión que se tome como base de la reducción durante cuatro años desde la creación de la empresa.

f) La base de reducción será el importe del dinero que, adquirido por donación entre vivos, sea efectivamente invertido en la creación de la empresa, con un máximo de 200.000 euros.

g) Solo podrá aplicar la reducción el donatario que destine el dinero donado a las finalidades previstas en este artículo.

h) La cifra anual de negocios de la empresa no podrá ser superior a 2.000.000 de euros durante cuatro años.

i) El donatario deberá tener un patrimonio preexistente inferior a 400.000 euros.

j) En el caso de adquisición originaria de participaciones de una entidad societaria, las participaciones que adquiere el donatario deberán representar a más del 50 % del capital social de la entidad, y se mantendrán en el patrimonio del donatario durante un periodo mínimo de cuatro años.

k) No tener ninguna vinculación con el resto de socios en los términos previstos en el art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

En el caso de incumplimiento de los requisitos o plazos establecidos en las letras d), e), h) y j), deberá presentarse declaración complementaria de las cuantías que se hayan dejado de ingresar, con interés de demora. Total: que los demás requisitos no valen para nada.

Esta reducción tiene el carácter de propia a efectos del art. 48 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA.

Con la entrada en vigor de este artículo 6 queda derogado –según establece la disp. derogativa única, apar. 2, letra c)– el art. 30 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de Reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que en su redacción original establecía una reducción del 57 % en las donaciones dinerarias de padres a hijos u otros descendientes para la constitución de una

empresa individual o negocio profesional o para la adquisición de participaciones en entidades.

— Artículo 7 (Reducción de las adquisiciones de dinero por causa de muerte por creación de nuevas empresas y empleo). Una nueva reducción, que será también del 50 %, siempre que se cumplan los requisitos que enumera este precepto y que son los mismos establecidos en las letras b) a k) del artículo precedente y que damos aquí por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones.

También se atribuye a esta reducción el carácter de propia, a los efectos del citado art. 48 de la Ley 22/2008.

— Artículo 8 (Cuota íntegra corregida en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones). Se modifican los coeficientes aplicables a la cuota íntegra con respecto a las personas que integran el grupo III en la parte relativa a las colaterales por afinidad de segundo y tercer grado, de acuerdo –nos dice el Preámbulo– con la jurisprudencia del TS, tanto en las adquisiciones por causa de muerte (modificación del apar. 1 del art. 14 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre), como las adquisiciones lucrativas entre vivos (apar. 1 del art. 32 de dicha Ley).

En ambos casos se mantienen, por tanto, los coeficientes multiplicadores respecto de los Grupos I (adquisiciones por descendientes menores de 21 años), II (adquisiciones por descendientes de 21 o más años, cónyuges y ascendientes), III (en cuanto a las adquisiciones de colaterales de segundo y tercer grado por consanguinidad, ascendientes y descendientes por afinidad) y IV (adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños); y se crea –sin modificarse el art. 2, donde se enumeran los grupos de referencia– un nuevo coeficiente multiplicador en función de la cuantía del patrimonio preexistente del sujeto pasivo para los colaterales de segundo y tercer grado por afinidad, que se le denomina, asimismo, como Grupo III.

En cuanto a las adquisiciones "mortis causa", en este nuevo Grupo III –donde no se alteran los tramos del patrimonio preexistentes expresado en euros y que son de 0 a 400.000, de 400.000 a 2.000.000, de 2.000.000 a 4.000.000 y de más de 4.000.000– los coeficientes multiplicadores respectivos son: 1,9500; 2,000; 2,100 y 2,300.

Por lo que se refiere a las adquisiciones lucrativas "inter vivos", también se mantienen los tramos del patrimonio preexistente y se reiteran respecto del nuevo Grupo III (repetido) los ya indicados coeficientes multiplicadores (1,9500; 2,000; 2,100 y 2,300, respectivamente).

En la enumeración de los tramos del patrimonio preexistente observamos que se comete, en ambos casos, el error de repetir en los tramos las cantidades finales de un grupo y las iniciales del siguiente. Así, en el primer tramo se indica de 0 a 400.000 euros y el segundo tramo empieza en 400.000 euros, con lo cual se induce a confusión y se podrá discutir si a 400.000 el coeficiente multiplicador en donaciones será el 1,9500 o el 2,000. Error que no aparecía en los preceptos modificados, ya que en ellos el primer tramo era de 0 a 400.000 euros y el segundo se iniciaba en 400.000,01 euros. Lo mismo sucede en los demás tramos. ¿Prisas?, ¿ignorancia?, ¿despiste?

4. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas

— Artículo 9 (Tipo de gravamen reducido aplicable a la transmisión de inmuebles que tengan que constituir la sede del domicilio fiscal o un centro de trabajo de sociedades o empresas de nueva creación). Se establece el nuevo tipo de gravamen reducido del 3,5 %, siempre que concurran las siguiente circunstancias (similares a las contenidas en los art. 6 y 7 del presente Decreto Ley 6/2011): darse de alta por primera vez en el censo de empresarios, profesionales y retenedores (art. 3 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria); mantenerse en el ejercicio de la actividad en el territorio de estas islas al menos durante cuatro años; domicilio social y fiscal en esta CA; la adquisición deberá formalizarse en documento público (obsérvese que en el art. 6 se habla de escritura pública y no es lo mismo documento público que escritura pública, cfr. art. 1216 CC), en el que se hará constar expresamente la finalidad de destinar el inmueble a la sede del domicilio fiscal o a un centro de trabajo, así como la identidad de los socios y las participaciones de cada uno; la adquisición del inmueble deberá tener lugar antes del transcurso de un año desde la creación de la empresa: esta deberá desarrollar una actividad económica; deberá emplear a una persona domiciliada en este archipiélago con contrato laboral a jornada completa y dado de

alta en la SS; la cifra anual de negocios no podrá superar el límite de dos millones de euros durante los cuatro años; en el caso de sociedades, los socios, en el momento de la adquisición, serán personas físicas que no estén o hayan estado de alta en el anteriormente citado censo; y no debe haber ninguna vinculación entre el adquirente y el transmitente, en los términos previstos en el art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

— Artículo 10 (Tipo de gravamen reducido aplicable a la transmisión de inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial en empresas individuales o negocios profesionales). El tipo será del 4 % en las transmisiones onerosas de inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional a que se refiere el art. 7.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD (RD legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) y el art. 7.1. de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre).

Se imponen las condiciones siguientes: que antes de la transmisión, el transmitente ejerciera la actividad en el territorio de estas islas de una forma habitual, personal y directa; que la transmisión se produzca entre el empleador y un trabajador, su cónyuge u otros familiares hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad (¿y la pareja de hecho?); que el adquirente mantenga el ejercicio de la actividad dentro del territorio de esta CA, durante un periodo mínimo de cuatro años; y, asimismo, se mantenga la plantilla media de trabajadores (art. 109 Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

Durante estos cuatro años el adquirente no podrá: realizar actos de disposición u operaciones societarias (conceptos ambos muy amplios) que puedan minorar el valor de la adquisición; transmitir los inmuebles objeto de tipo reducido, excepto que el importe se reinvierta en su totalidad en la adquisición de otros inmuebles sitos en estas islas, en un periodo no superior a dos años desde la fecha de la transmisión; desafectar los inmuebles de la actividad empresarial o profesional; superar el límite de dos millones de euros de cifra anual de negocios durante los cuatro años antes indicados (art. 108 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades); y no existir ninguna vinculación entre el adquirente y el transmitente (art. 16 del repetido Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

Tanto en el supuesto previsto en este artículo como en el anterior, el incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos comportará la pérdida del beneficio fiscal y la obligación de presentar autoliquidación complementaria e ingresar, junto con la cuota resultante, los intereses de demora correspondientes.

— Artículo 11 (Tipo de gravamen reducido aplicable a las escrituras notariales que documenten la constitución de préstamos y créditos hipotecarios para financiar la adquisición de inmuebles que tengan que constituir el domicilio fiscal o un centro de trabajo de sociedades o empresas de nueva creación). Las primeras copias de escrituras notariales que documenten los negocios jurídicos de anterior referencia sujetos a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del art. 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y AJD (RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), en las que el prestatario sea una sociedad o empresa de nueva creación, tributarán al tipo reducido del 0,5 %.

Se condiciona la aplicación de este tipo reducido al cumplimiento de los requisitos que enumera el propio precepto y que son similares a los contenidos en el ya examinado art. 9. Destacaremos únicamente dos puntos:

— La base sobre la que se aplicará este beneficio fiscal: la parte de financiación del precio del inmueble que tenga que constituir el domicilio fiscal o un centro de trabajo, excluidos los impuestos indirectos aplicables y el resto de gastos inherentes a la adquisición; por lo tanto, este beneficio no será aplicable a la adquisición de inmuebles posteriores o sucesivos (letra c), y

— Formalización del préstamo o crédito: en documento público, en el que se hará constar expresamente la finalidad de destinar la totalidad o una parte de los fondos obtenidos a la adquisición de un inmueble en los términos previstos en este artículo. No se aplicará el tipo reducido si esta declaración no consta en el documento público, ni tampoco en caso de que se hagan rectificaciones del documento con el fin de subsanar su omisión, excepto que se realice dentro del período voluntario de autoliquidación del impuesto (letra i).

Destacamos este apartado por cuanto vuelve a repetirse el error de confundir escritura pública y documento público, ya que según el antes citado art. 1.216 CC son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades

requeridas por la Ley (vid. art. 17 de la Ley del Notariado, redactado conforme a la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, y art. 144 RN, reformado por el RD 49/2007, de 19 de enero; así como el art. 1217 CC). Es evidente que "documento público" es el género y "escritura pública" una de las especies. En este art. 11 hay una contradicción entre la transcrita letra i) –donde se habla de "documento público"– y el párrafo inicial del apartado 1 –que lo hace de "primeras copias de escrituras notariales"– y la propia rúbrica del precepto –que lo hace de "escrituras notariales"–. Asimismo, en el preámbulo se refiere únicamente a escrituras notariales. Téngase, además, en cuenta que el invocado art. 31.2 del Texto Refundido utiliza exclusivamente la terminología de "primeras copias de escrituras y actas notariales".

— Art. 12 (Tipo de gravamen reducido aplicable a las escrituras notariales que documenten la constitución de hipotecas unilaterales a favor de la Administración en garantía de aplazamientos o fraccionamientos de deudas). Las primeras copias de escrituras notariales que documentan la constitución de hipotecas unilaterales sujetas a la cuota global de la modalidad de actos jurídicos documentados del art. 31.2 del repetido Texto Refundido aprobado por el RD Legistaltivo 1/1993, tributarán al tipo de gravamen reducido del 0,1 %, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

a) El hipotecante y deudor deberá ser un sujeto pasivo del IVA, con domicilio fiscal en estas islas.

b) El acreedor garantizado debe ser una Administración Pública territorial o institucional (¿de Baleares o de cualquier otra CA?)

c) En el documento público (otra vez el fallito) en el que se formalice el derecho real de garantía (¿no quedamos en que debe tratarse de hipoteca?) deberá hacerse constar expresamente que su finalidad es garantizar las obligaciones derivadas del incumplimiento del aplazamiento o fraccionamiento concedido, así como la resolución administrativa que fundamenta la concesión.

d) La Administración Pública beneficiaria debe aceptar la hipoteca en los términos previstos en la legislación tributaria y recaudatoria.

5. Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar

Dedica este Decreto Ley a la regulación de esta tasa los art. 13 a 20, en los que se refunden y sistematizan medidas ya existentes

dispersas en diversas leyes y se incluyen modificaciones en diversos puntos. Dado su escaso/nulo interés notarial, nos abstenemos de examinar estos extremos, si bien no podemos hacer lo mismo con su disposición adicional primera, por cuanto nos afecta directamente.

Según esta disposición –que lleva por título "obligaciones formales de los notarios en relación con los tributos sobre el juego"–, con el fin de facilitar el debido control del cumplimiento de las obligaciones tributarias de los sujetos pasivos de los tributos sobre el juego, los Notarios destinados en esta CA, en colaboración con el Consejo General del Notariado, remitirán por vía telemática a la Agencia Tributaria de las Illes Balears, una declaración informativa notarial de los elementos que tengan relevancia a efectos tributarios de las bases de todos los juegos, concursos o sorteos que se depositen ante él y que tengan como ámbito territorial máximo esta CA, así como la resolución de los mismos.

El Notario –sigue estableciendo esta adicional– velará por la más estricta veracidad de la información correspondiente a las bases, así como por su correspondencia con los documentos depositados ante él, y será responsable de cualquier discrepancia que haya entre la declaración informativa y los mencionados elementos. También deberán remitir, a solicitud de la Agencia Tributaria de estas Islas, una copia electrónica de los documentos depositados, de conformidad con lo dispuesto en la legislación notarial.

Y termina esta adicional en un apartado 2, en el que se dispone que "La consejería competente en materia de hacienda, mediante orden, establecerá los procedimientos, la estructura, el formato, los plazos y las condiciones en que se remitirá la información".

A vuela pluma, esta disposición adicional nos ha encendido una lucecita; lucecita que no es otra que el art. 149.1.8.º de nuestra Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de "instrumentos públicos".

B) LEY 9/2011, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES PARA EL AÑO 2012

Ley que, tras una breve pero un tanto lacrimosa E. de M., apenas dedica su atención a las normas tributarias, quizás por haberse anticipado ya con el repasado Decreto Ley 6/2011.

El silencio, sin embargo, no es total. He aquí el resultado de su examen:

1. Artículo 21 (Tributos). Para el año 2012 las cuotas fijas de los tributos propios y de las otras prestaciones patrimoniales de carácter público se aumentarán (siempre aumentar, aumentar…) en la cuantía que resulte de aplicar a la exigida durante 2011 el coeficiente derivado del aumento del IPC del Estado español correspondiente a los ejercicios 2009 y 2010. En el caso de tributos propios y prestaciones patrimoniales de carácter público de cuota variable con tipo de gravamen que no sea porcentual, el aumento antes indicado se entenderá referido al tipo de gravamen específico o gradual aplicable a la base.

Las cifras resultantes se redondearán por exceso o por defecto al céntimo más próximo; y si se obtuviese una cuantía cuya tercera cifra decimal sea cinco, el redondeo se tiene que hacer a la cifra superior.

Quedan exceptuadas del aumento los tributos y las prestaciones patrimoniales de carácter público que se hayan actualizado por normas aprobadas en el año 2011.

2. Disposición final primera (Modificaciones de la Ley 11/1998, de 14 de diciembre, sobre el régimen específico de tasas). Entre las modificaciones introducidas nos limitaremos a recoger en este trabajo:

a) La tasa para la expedición de la tarjeta sanitaria individual (arts. 436 a 440): será de 10 euros para su obtención o renovación, si bien gozarán de una bonificación del 50 % las personas que tengan una tarjeta con vigencia posterior al 31 de diciembre de 2012 y que, por cualquier motivo, obtengan o renueven la tarjeta durante el año 2012.

b) Y la tasa relativa a la Gestión del *Boletín Oficial de las Illes Balears* (BOIB) (arts. 441 a 448). La tarifa es: 3/4 por carácter tecleado, 0,033 euros, salvo que se trate de publicación de textos urgentes –que son los que se publiquen, a instancia del solicitante, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la solicitud–, en las que la tasa se incrementa en un 50 % (art. 443).

No está sujeta al pago de la tasa la publicación de leyes, disposiciones y resoluciones que, dado que es obligatoria, se tienen que ubicar en las secciones I (CA de las Illes Balears), II (Consells Insu-

lars) y III (Administración del Estado) del BOIB, según su régimen regulador (art. 444.1).

Todos los anuncios oficiales que, por su carácter como tales, se tengan que ubicar en las secciones IV (Administración Municipal) y V (Administración de Justicia) del BOIB, son de pago, a menos que no estén sujetos a la tasa, estén exentos o el ordenamiento jurídico establezca su gratuidad (art. 444.2).

Están exentos –según el art. 444.3– del pago de la tasa los anuncios oficiales que se tienen que ubicar en las indicadas secciones IV y V cuando la publicación sea obligatoria de acuerdo con una norma legal o reglamentaria. En cualquier caso, esta exención no es aplicable:

— a los textos publicados a instancia de particulares,

— en cualquier otra publicación cuyo importe, según la normativa aplicable, sea repercutible a los particulares,

— en las publicaciones correspondientes a procedimientos de contratación administrativa y otros procedimientos previstos en la normativa de carácter patrimonial, según lo que establece el apartado 4 (procedimientos de contratación administrativa y similares), la Administración territorial distinta de la Administración de esta CA, así como cualquier otra personificación (?), entidad, unidad o ente con personalidad jurídica propia, autonómica o no, es considerado sujeto pasivo de la tasa, sin perjuicio de repercutirla en los particulares. En estos casos, la publicación de los anuncios de licitación es un supuesto de pago previo de la tasa. Si se trata de anuncios de licitaciones en procedimientos de contratación tramitados por la Administración de esta CA, el importe se tiene que repercutir al adjudicatario; la acreditación del pago del anuncio es requisito indispensable para la tramitación de la solicitud de publicación del anuncio de adjudicación, y

— en las publicaciones derivadas de un procedimiento judicial según lo que establece el apartado 5 (las publicaciones derivadas de procedimientos judiciales no están nunca exentas de la tasa, a menos que así lo establezca la normativa correspondiente, que tiene que reflejar expresamente quién ordena su inserción. En el resto de supuestos, la tasa es de pago previo y es sujeto pasivo la persona que solicite la publicación, sin perjuicio de que legalmente pueda repercutir el importe).

3. Disposición final tercera (Modificación de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del patrimonio de la CA de las Illes Balears). Se añade

un segundo párrafo al art. 54 de dicha Ley, con el siguiente contenido: "Asimismo, se puede acordar la enajenación directa de bienes inmuebles o derechos reales con reserva del uso temporal de éstos, total o parcial, cuando por razones debidamente justificadas sea conveniente para el interés público y así lo autorice el Consejo de Gobierno o, en caso de que el valor del bien supere la cuantía de 20.000.000 de euros, una norma con rango de Ley. La mencionada autorización determina la desafectación implícita del bien, si se trata de un bien o derecho demanial, de acuerdo con el artículo 35.2 de esta Ley, así como la declaración de enajenación a que se refiere el artículo 53. Esta utilización temporal se puede instrumentar por medio de contratos de arrendamiento, de corta o larga duración, o cualesquiera otros negocios jurídicos que habiliten para el uso de los bienes enajenados, suscritos con entidades del sector público instrumental autonómico o con terceras personas, simultáneas al negocio de enajenación y sometidas a las mismas normas de competencia y procedimiento que dicho negocio".

El texto original establecía, en el párrafo primero del mismo art. 54, la regla general de la enajenación mediante subasta, con la posibilidad de que el órgano competente pudiera decidir motivadamente la enajenación directa cuando se dieran alguna de las circunstancias previstas en el punto 2 del art. 52 (vigencia, peculiaridad de la necesidad que deba satisfacerse o escasez de oferta en el mercado).

III. CONCLUSIONES

Desde un punto de vista formal, el legislador, tanto estatal como autonómico, no merece, a nuestro modesto entender, la calificación de sobresaliente.

El estatal no regula en el RD Ley 20/2011 todas las normas tributarias en el capítulo IV, que lleva por título, precisamente, el de "Normas tributarias", ni tampoco las sistematiza en todo el texto en impuestos directos e indirectos. También, sorprendentemente, encontramos las normas sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la disposición final segunda, e intercala el Impuesto sobre Sociedades entre aquel y el de la Renta de no Residentes (disposiciones finales tercera y cuarta, respectivamente). Y para colmo del mal hacer repite dos disposiciones finales con el mismo

contenido (Modificación de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego), a saber, la séptima y la undécima, lo que obliga en la corrección de errores a dejar sin contenido la undécima por duplicidad, y olvidándose, sin embargo, de que las restantes disposiciones finales (desde la duodécima a la vigésima tercera, ambas inclusive) adelanten su numeración.

El autonómico tampoco brilla por sus aciertos. Ejemplos de lo contrario, y que ya hemos puntualizado, son: la introducción en el art. 8 del D. Ley 6/2011 de dos grupos III de parientes a efectos de precisar los coeficientes multiplicadores en función de la cuantía del patrimonio preexistente del sujeto pasivo, tanto en el Impuesto sobre Sucesiones como en el de Donaciones, todo ello sin modificar el art. 2 de la Ley sobre la materia (Ley 22/2006), donde se enumeran los referenciados grupos; y la confusión, notarialmente imperdonable, entre escritura pública y documento público, puesta de relieve al examinar los artículos 11 y 12.

Desde un punto de vista material o de fondo estimamos prudente no meternos en camisa de once varas. Un trabajo jurídico consideramos que no debe contener observaciones/críticas políticas ni al Gobierno de la Nación ni al Autonómico. Ambos merecen nuestro respeto y la cobertura de la presunción de inocencia. Sin ningún género de dudas las medidas adoptadas lo han sido con la mejor intención, la de sacarnos de esta gran crisis, y será el tiempo el que nos diga si han sido acertadas o no. La esperanza debe ser lo último que se pierda.

ACTUALIDAD JURÍDICA

GALICIA Y SU DERECHO PRIVADO. LÍNEAS HISTÓRICAS DE SU FORMACIÓN, DESARROLLO Y CONTENIDO

Ramón P. Rodríguez Montero
Andavira Editora
Santiago de Compostela, 2012
339 páginas

Por Santiago Castán Pérez-Gómez
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Ramón P. Rodríguez Montero, Profesor Titular de Derecho romano en la Universidade da Coruña, presenta bajo tan sugestivo título una colección de artículos doctrinales anteriormente publicados en diferentes sedes científicas, cuya temática central es el Derecho civil de Galicia y su historia jurídica. Aunque se trata de una recopilación de estudios (escritos entre 2002 y 2010), hay que señalar de inicio que dicha circunstancia no priva a la obra del interés que puede y debe suscitar, de la misma forma que la reedición de estos textos presenta elementos novedosos. El interés lo proporciona la materia en sí misma, las instituciones jurídicas propias de Galicia, probablemente menos conocidas que las de otras legislaciones forales, a lo que hay que sumar el beneficio que disfruta el lector de tener reunidos en un mismo volumen una serie de trabajos que en muchos casos, por la dispersión original, pueden ser de difícil localización; la novedad estriba en que el A. ha tenido el acierto de reelaborar parte de ellos con el objeto de evitar repeticiones –aunque resulta inevitable que en algún momento se produzcan, dada la naturaleza del estudio– y dotar a la obra de una unidad expositiva y sistemática que se percibe en su conjunto.

Así, y en lo que a la estructura del volumen se refiere, los cuatro primeros capítulos recorren de forma pormenorizada el proceso histórico de formación del Derecho gallego, desde el ya lejano Real Decreto de 2 de febrero de 1880 que dio inicio al reconocimiento de los Derechos civiles de los territorios forales, hasta el más reciente desarrollo legislativo operado en el período constitucional, reservando los capítulos quinto y sexto para sendos ensayos sobre algunas figuras típicamente galaicas: la "casa" y el "lugar acasarado", y la "veciña". El libro cuenta también con una Introducción a cargo del A., en la que aporta la información necesaria sobre los trabajos que componen el libro, y un Prólogo que firma una figura relevante de la

ciencia jurídica europea, el alemán Christian Baldus, Catedrático de Derecho civil, Derecho romano, Derecho comunitario europeo y Derecho comparado de la Universidad de Heildelberg. Las letras del prologuista, amén de suponer una inmejorable carta de presentación de las páginas que vienen a continuación, aportan una visión desinteresada, neutral y equilibrada acerca de la importancia que para un ordenamiento jurídico nacional (el español) o supranacional (el europeo) deben tener las costumbres y derechos históricos de los territorios que lo componen. Con ese espíritu integrador escribe Baldus que "*los Derechos forales interesan como documentos de una cultura jurídica plural y diferenciada. Muestran profundidad histórica, continuidades y rupturas dogmáticas. Dan indicaciones sobre qué materias es mejor que sean reguladas desde arriba (al nivel nacional o al europeo) y cuáles es mejor que se regulen en pequeños espacios*" (p. 13). La abundancia y la calidad de las cavilaciones que encontramos en este cuidado prólogo, que por ser obra de una pluma extranjera tienen un valor añadido, suscitan con prontitud la reflexión en torno a los Derechos forales y deberían servir como revulsivo para enmudecer todas aquellas voces que no son capaces de apreciar la riqueza jurídica de nuestros Derechos especiales e históricos.

El antiguamente denominado "Derecho Foral o Especial" (1), hoy llamado simplemente "Derecho autonómico" o "Derecho Civil de las Comunidades Autónomas" (2), ha sido tradicionalmente una materia que han estudiado y desarrollado sobre todo los civilistas, algo lógico por la naturaleza de ese Derecho, pero en las últimas décadas, desde la consolidación del Estado Autonómico, esta materia está interesando mucho a un número significativo de profesores de Derecho romano, que centran parte de su producción científica en las instituciones civiles propias de sus respectivas Comunidades Autónomas. Como en otros lugares, en Galicia ha ocurrido: la obra que tengo el honor de comentar es un claro exponente de las inquietudes intelectuales de un romanista (gallego *de adopción*) por el Derecho civil de su tierra, como antes fue el caso del maestro Pablo Fuenteseca y en la actualidad lo es también del catedrático gallego Luis Rodríguez Ennes. Que un especialista en Derecho romano aborde temas civiles de honda raigambre histórica pero de incontestable actualidad, como son los Derechos forales, no ha de ser visto como una entrada forzada en una materia que, teóricamente, no le corresponde; más bien, al contrario: pienso que es una prolongación natural de su conocimiento y capacidad, pues su doble ver-

(1) Recuérdese que los arts. 13 a 15 del Código Civil (Título Preliminar, Capítulo V: Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional) emplean los términos "*derechos forales o especiales*" como sinónimos; y en el mismo sentido, la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española de 1978: "*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*". *Vid.* Cobacho Gómez, J. A., "Los derechos civiles o especiales tras la Constitución de 1978", *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), núm. 7, 1985, p. 14.

(2) Puig Ferriol, L. / Roca Trías, E., *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. 1, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1984, pp. 150 y 151.

tiente de jurista e historiador contribuye a dispensar un enfoque integral y dimensional que por fuerza ha de enriquecer el resultado final.

En el caso del Prof. Rodríguez Montero debe señalarse que esta orientación científica está suficientemente acreditada y legitimada a nivel doctrinal e institucional desde hace ya largos años (3), estando en posesión de la suficiente y necesaria *auctoritas* para tratar con solvencia los temas abordados y apuntar con rigor algunas opciones (soluciones) en el campo jurisprudencial y legislativo. Todo lo anterior se materializa en la monografía en un estudio serio y riguroso, mediante un estilo pulcro y una prosa sencilla y elegante, en castellano, que garantiza una lectura fácil e inteligible.

La historia del Derecho civil gallego cuenta desde el siglo xix con un punto de partida común entre los tratadistas, tanto entre los partidarios como entre los detractores: el carácter consuetudinario del mismo (desde un punto de vista histórico-jurídico) y la (teórica) escasez de instituciones propias y peculiares. En efecto, Galicia no tuvo la consideración de región foral en el sentido tradicional e histórico, ni llegó tampoco a disfrutar en ningún momento de autonomía política, razón que podría explicar por qué en tan pocas ocasiones las instituciones civiles galaicas han sido esgrimidas por el pensamiento político nacionalista como un rasgo de identidad de los gallegos –cuestión que recuerda el Prof. Rodríguez Montero (pp. 56 y 57)–, como sí lo han sido, sin embargo, su idioma o su peculiar sesgo psicológico (4). Sin embargo, la fuerte raíz consuetudinaria de esas instituciones –producto de dicha falta de iniciativa legislativa– no puede ser considerada como un elemento discriminatorio frente a otros Derechos forales (la sede es apropiada para recordar el viejo aforismo de Horacio de *quid leges sine moribus vanae proficiunt?*) (5); de hecho, no lo hizo el Real Decreto de 2 de febrero de 1880 que abría el camino al reconocimiento del Derecho consuetudinario foral (*vid.* p. 67), sino que más bien constata la realidad de que el pueblo gallego dispuso de un conjunto de costumbres que fue perfilándolas

(3) El autor ya tiene publicado otro libro de Derecho civil gallego: *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia* (Editorial Netbiblo, A Coruña, 2001, 232 pp.). Asimismo, es meritoria su implicación en diversos ámbitos institucionales galaicos: a saber, desde la coordinación de varias obras colectivas sobre Derecho civil gallego, a su condición de miembro y colaborador en la colosal iniciativa editorial que respondió al nombre de "Proyecto Galicia", la dirección y/o coordinación de numerosos cursos y ciclos de conferencias sobre la historia jurídica de Galicia, miembro igualmente de la Comisión de Estudios (Sección 3.ª, Derechos reales) del III Congreso de Derecho Gallego (2002), y desde 2006 lo es también de la Sección de Derecho Civil de Galicia del Colegio de Abogados de A Coruña. No ha permanecido ajeno a la práctica judicial, pues ha desempeñado tareas jurisdiccionales en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del que desde el año 1992 tiene la condición de Magistrado suplente, prestando servicios en la Sala de lo Social del Alto Tribunal durante algunos años y dictando un centenar de sentencias.

(4) En este sentido, Cebreiros Álvarez, E., "El derecho foral en la doctrina gallegüista", en *Ivs Fvgit,* 15, 2007-2008, p. 390.

(5) Horacio, *Carmina*, 3.24.35.

a lo largo de su historia hasta constituir su ordenamiento especial (6). Precisamente, afirma Rodríguez Montero (p. 156, n. 107) que "*la costumbre se presenta como la genuina fuente del denominado Derecho civil de Galicia*". Pese a todo, repetidas veces se ha negado el carácter de "foral" o "especial" al Derecho civil de Galicia.

En realidad, el debate sobre la *foralidad* o no de Galicia debería haberse cerrado en 1880, cuando el ministro gallego Álvarez Bugallal incluyó a la provincia gallega entre los territorios con Derecho propio e incorporó a la Comisión General de Codificación a juristas de aquellas tierras, con el encargo, como es bien sabido, de elaborar unas memorias que contuviesen las especialidades jurídicas de las regiones forales (el ya citado Real Decreto de 2 de febrero de 1880, pp. 65 ss.); pero no fue así, y a lo largo del siglo xx se ha seguido discutiendo tal carácter y cuestionando la originalidad de sus instituciones. En síntesis, la polémica giraba en torno a si el particularismo jurídico gallego merecía la consideración de ordenamiento especial o se trataba simplemente de singularidades dentro del Derecho civil común. El A. aborda este viejo debate y recuerda las voces que en su momento, al compás de los hitos legislativos que fueron produciéndose en el marco del Derecho foral en aquella España, se dejaron oír con mayor fuerza o autoridad (Fuenmayor, Castán, Gibert, Otero Varela, entre los más representativos), pero no lo hace como un mero narrador de Historia –aun cuando ese *iter* lo recorre pormenorizadamente con una aportación exhaustiva de información histórico-jurídica: cfr. al respecto, pp. 59-114 y 205-221–, sino que prima el elemento crítico en sus apreciaciones, y a pesar de mostrar una vocación en sus planteamientos de reivindicación de las instituciones jurídicas de dicha tierra (*vid.* especialmente pp. 25-57), que no es sino el sentir mayoritario hoy día de los especialistas en el Derecho gallego, no tiene reparos a lo largo del libro en cuestionar el carácter histórico o tradicional gallego de ciertas figuras cuando su base es endeble.

La Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia, operada a través de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre (pp. 89-114), supuso la expresión legal de todas las instituciones jurídicas gallegas que el Apéndice había reconocido como forales a finales del siglo xix (véase p. 32, n. 14). Así, el Derecho civil especial de Galicia aparecía singularizado por unas características esencialmente agrarias (nota, por otro lado, común a todos los regímenes

(6) La cuestión del carácter consuetudinario del Derecho gallego lógicamente es tema común entre todos los tratadistas: en la obra reseñada podemos encontrarlo *passim* (y especialmente en pp. 205 ss.) y complementariamente puede verse, *v. gr.*, Cebreiros Álvarez, E., "El derecho foral en la doctrina galleguista", pp. 369 ss. Rodríguez Ennes, L., "Proceso histórico de formación del Derecho civil gallego", *Dereito,* vol. 5, núm. 2, 1996, pp. 256 ss. Busto Lago, J. M., "Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Derecho civil", *Revista Xurídica Galega,* 35, 2002, pp. 14-21. Herrero Oviedo, M., "De un Derecho consuetudinario y especial a un Derecho civil de Galicia", en *Ivs Fvgit*, 16, 2009-2010, pp. 109 ss.

forales, como ya recordara Vallet de Goytisolo) (7) y familiares (8). Todas estas y otras informaciones son tratadas de forma completa en la monografía (pp. 85-114). La antigua Compilación de 1963 fue volcada –ya en época constitucional (9)– en el seno de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, a la que el A. dedica en su obra un espacio considerable, sin preterir los trabajos preparatorios de la misma (pp. 114-198). De entre los aspectos tratados, sobresale la relevancia que se otorga a la doctrina y a la jurisprudencia en la concreción y desarrollo de la LDCG (pp. 35-55 y 161-174). Como hemos dicho más arriba, el autor no deja pasar la oportunidad de criticar la regulación legal de algunas instituciones consuetudinarias gallegas, tales como la usucapión extraordinaria y la serventía, que, a su juicio (pp. 34 y 35), aparecen desconectadas de la práctica gallega, cuando no directamente tergiversadas. La Ley, sin duda, significó un sustantivo avance para el Derecho civil gallego (10), pero no definitivo: tras la LDCG no fueron pocas las voces –entre ellas, la de Rodríguez Montero, *v. gr.* en pp. 41 y 15– que demandaron del legislador gallego una revisión de la ley autonómica.

Y la reforma no tardaría demasiado en producirse: Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Lo primero que llama la atención de la nueva Ley es su extensión con respecto a la de 1995: 308 artículos frente a los 170 de la derogada legislación, lo que corrobora el fenómeno expansivo del Derecho foral que se ha producido en los últimos años en muchas de las Comunidades Autónomas, en ocasiones de difícil justificación, cuestión a la que el A. dedica unas páginas (pp. 114-122), recogiendo las más significativas sentencias del Tribunal Constitucional. El reconocimiento constitucional de la facultad de "*conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales*" (art. 149.1.8), interpretado en una línea de "máximos", plantea el interrogante de si las CCAA más que "conservar, modificar o desarrollar" derechos especiales de honda raigambre histórica, lo que están haciendo es "crear" nuevas instituciones, que en muchos casos no son más que modificaciones o adaptaciones del

(7) Vallet de Goytisolo, J., "El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy", ADC, 18, enero-marzo 1965, pp. 212-214. Apuntaba este inolvidable jurista que, a diferencia del Derecho común, el hecho de que el Derecho foral sea fundamentalmente un Derecho agrario se debe a que "*se elabora en estrecha conexión con el medio físico y económico en que se ha de vivir*". Ese especial carácter de las instituciones gallegas, también en Rodríguez Ennes, L., "Proceso histórico de formación del Derecho civil gallego", p. 258.

(8) Fueron regulados los foros, la compañía familiar gallega, la aparcería, el derecho de labrar y poseer y las formas especiales de comunidad.

(9) Al amparo del art. 149.1.8 de la Constitución Española, que reconocía la facultad de "*conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*", en relación con la Disposición Adicional Primera. Llegados a este punto, en ningún momento se discutió acerca de la legitimidad de Galicia para asumir tal competencia.

(10) Véase Rebolledo Varela, A. L., "Derecho civil de Galicia: presente y futuro", *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, p. 17.

Derecho Común a su legislación especial, superando con creces la capacidad competencial que les otorgaba la Constitución (11). El legislador gallego ha regulado por primera vez, como derechos propiamente forales, la adopción, la protección de menores, la autotulela, la ausencia no declarada, así como otras instituciones derivadas de las relaciones de vecindad, e insertó alguna disposición –poco afortunada, y probablemente al amparo de dicha corriente expansionista– que luego hubo de modificar (12). A comentar la mentada Ley dedica el autor solo unas breves páginas (pp. 198-204), echándose en falta, quizás, un comentario o un juicio crítico general más extenso.

Los dos últimos capítulos del libro (V y VI) contienen sendos ensayos que analizan desde una perspectiva histórico-jurídica dos instituciones de gran tradición en Galicia. La primera de ellas, la "casa tradicional gallega" o "casa patrucial", es, en palabras del A., "*el eje crucial en torno al que giran y se entroncan toda una serie de instituciones familiares y sucesorias gallegas, típicas y fundamentales*" (p. 223), una opinión que concuerda tanto con la doctrina jurídica como con la etnográfica, a la que el autor dedica una notable atención (pp. 223 ss.). En el marco de un trabajo puramente civilista y gallego, creo que el autor renuncia intencionadamente a la comparación de la "casa gallega" con una institución que le es familiar, el arcaico *consortium ercto non cito* romano, y en general con las viejas formas de comunidades familiares características de un determinado momento de la Historia y comunes entre muchos pueblos antiguos como el egipcio, hebreo, griego o germano. Un paralelismo que no hace sino confirmar la continuidad histórica de forma natural de ciertas instituciones milenarias fuera ya del marco socio-económico para el que fueron creadas. Pero el autor es coherente con su planteamiento general de estudio de la historia jurídica de Galicia desde el momento de formación de su Derecho consuetudinario

(11) Véase Cobacho Gómez, J. A., "Los derechos civiles o especiales tras la Constitución de 1978", p. 14. Puig Ferriol, L. / Roca Trías, E., *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. 1, pp. 145 ss. Cabe acordarse, en este sentido, del "Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución", reunido en Zaragoza los días 29 de octubre a 1 de noviembre de 1981, con una participación extraordinaria, y cuyas conclusiones aprobadas ya auspiciaban la vía expansionista arriba mentada al entender que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas no se limitaba al contenido de las Compilaciones que estaban en vigor en aquel momento. En su "Ponencia sobre artículo 149-1-8 de la Constitución", el Prof. Lacruz Berdejo marcaba el acento en que "*la potestad legislativa* (de las CCAA) *no puede ver limitado su ámbito a lo que hoy es ya Derecho vigente, porque esto equivaldría a la negación de la potestad de legislar. Legislar significa cambiar*" (Actas del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1981, pp. 22 y 23, que pasó a la Conclusión Segunda del Congreso –p. 186– con la modificación de "*Legislar significa innovar*").

(12) La Disposición Adicional Tercera, *v. gr.*, equiparaba los derechos y obligaciones de las parejas de hecho al matrimonio y tuvo que ser reformada mediante la Ley 10/2007, de 28 de junio.

(foral) y se remonta solo a la Edad Media para encontrar las raíces de esta institución. El estudio de la "casa" le lleva también a analizar otra figura tradicional: la "compañía familiar gallega" o "sociedad familiar gallega" (pp. 239-245). El capítulo concluye con una pormenorizada revisión de la regulación de la "casa" en la legislación especial gallega y su actual régimen en la Ley 2/2006 (pp. 246-282).

El sexto y último capítulo lo dedica su autor al análisis de una de las innovaciones de la Ley 4/1995 que permanece vigente en la actual Ley de Derecho civil de Galicia de 2006, la denominada "veciña", a la que el legislador le atribuye carácter consuetudinario (pp. 283-322). Figura controvertida en la doctrina civilista galaica, aunque ya reivindicada para la Compilación de 1963, se pregunta el A. si "*la regulación que de la misma se realiza… se corresponde e identifica con antiguas prácticas consuetudinarias gallegas*" (p. 285). De principios del siglo XX son las primeras referencias –jurídicas (literarias) y etnográficas– que el A. encuentra sobre instituciones parejas o conectadas a la actual "veciña", como fueron la "aldea", la "parroquia" y los "Concejos". Todo lo cual le lleva a mostrar cierto escepticismo y a guardar una prudente distancia con el planteamiento que de la "veciña" hizo el legislador.

Concluimos. La historia del Derecho privado de Galicia que presenta el Prof. Rodríguez Montero no es un simple repaso y recorrido de los principales hitos políticos y legislativos de los últimos cien años en el marco del Derecho foral. Como integrante de la doctrina y de la judicatura gallega, pero al mismo tiempo como historiador del Derecho, el A. realiza un agudo análisis crítico sobre la misma que le permite, simultáneamente, defender y reconocer los rasgos de un Derecho propio, pero también reprender al legislador gallego allí donde no ha podido o no ha sabido conservar la raíz histórica (consuetudinaria) de sus instituciones. Escribe Christian Baldus en el Prólogo (p. 15) que "*todo Derecho tiene al menos una dimensión histórica profunda. El Derecho español tiene varias, gracias a los fueros y gracias al floreciente trabajo científico alrededor de ellos*". Podemos afirmar que el libro comentado pertenece a este último grupo.

AUTOTUTELA

Ignacio Serrano García
Editorial Tirant lo Blanch
Colección Privado
Valencia, 2012
Un volumen de 246 páginas

Por José María de la Cuesta Sáenz
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

La monografía indicada lleva el largo subtítulo "El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006", que resulta bastante descriptivo de su contenido, que, como se pondrá de relieve en las líneas que siguen, es un verdadero tratado sobre la llamada autotutela.

Lo que conocemos como autotutela es, como se sabe, un instituto jurídico de aparición relativamente reciente, que, pese a su juventud, tiene ya una rica historia y cuenta con un amplio tratamiento en la literatura jurídica, que, por cierto, se refleja exhaustivamente en la bibliografía que incorpora el libro que nos ocupa en sus páginas 11 a 13, tras su índice de materias y antes del planteamiento introductorio.

Este planteamiento viene a conectar y concordar la Ley de Protección de las Personas con Discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre) con la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de noviembre de 2006, y ratificada por el Reino de España (junto con su Protocolo facultativo) el 3 de diciembre de 2007.

Entrando ya en el examen más pormenorizado de la monografía del prof. Serrano García, hay que indicar que su Parte I se dedica al examen del citado Convenio de Nueva York desde el punto de vista del Derecho civil y con el enfoque personalista predominante en la doctrina civilística española, y se subdivide en cinco apartados, a lo largo de los cuales el autor examina los conceptos más generales, como el llamado "ejercicio de la capacidad jurídica" o el propio concepto de autotutela, contraponiendo esta a la "salvaguarda judicial", y definiéndola de modo conciso como una propuesta dirigida al juez por el propio interesado. Se estudian también en esta Parte I las aplicaciones por la jurisprudencia española de la Convención de Nueva York, señaladamente por la STS de 29 de abril de 2009, los antecedentes

de la reforma del Código Civil del año 1983 y la regulación de la autotutela en otros ordenamientos jurídicos, tanto internos (Derechos forales y autonómicos), como extranjeros, para terminar con un estudio de las diversas alternativas que ofrecía el ordenamiento ante una previsible incapacitación.

La Parte II examina las diferentes regulaciones vigentes en España que permiten designar tutor para uno mismo, comenzando por el art. 223-II y las normas autonómicas anteriores (CCCat de 1998) y posteriores (Galicia y Aragón 2006), así como en otras naciones (CC suizo, CC italiano, CC francés), concluyendo que en todas las normas presentes en la comparación se prevé la posibilidad de designar tutor para sí mismo, e incluso en alguna norma autonómica, la posibilidad "negativa" de excluir a determinadas personas en la delación de la tutela. Igualmente generalizado está en los ordenamientos comparados el no sometimiento del juez a todas las previsiones que le propongan, que podrá descartar motivadamente en cualquier caso.

Por último, la declaración del interesado, la caracteriza el prof. Serrano como una declaración unilateral de voluntad, no recepticia, y con eficacia condicionada a la aceptación del tutor, y previamente, a que llegue a conocimiento del juez (por lo que el acuerdo previo, en su caso, entre el interesado y su posible futuro tutor carece de transcendencia jurídica). También caracteriza el autor la declaración de voluntad como personalísima, lo que suscita la duda de la posibilidad de que medie un *nuntius*, con la excepción de la legislación gallega, que prevé expresamente la posibilidad de delegar la designación de tutor en el cónyuge y en otras personas, en escritura pública, y la excepción que prevé el Derecho francés en el *mandat de protection future* de que se designe por los padres para su hijo (algo parecido a la delación testamentaria española).

En cualquier caso, la declaración de voluntad se contempla en el Derecho español como solemne (se exige documento público notarial). El prof. Serrano opina que tal vez esa solemnidad también podría cumplirse *apud iudicem* durante la exploración por el juez del demandado en proceso de incapacitación. Además, la solemnidad es la misma en el Derecho común y en los Derechos forales, lo que ciertamente es muy aconsejable tratándose de tutelas complejas, pero es tal vez una solemnidad excesiva para declaraciones de voluntad exclusivamente "negativas".

La Parte III del libro estudia los sujetos de la autotutela desde el punto de vista de la capacidad, es decir, la determinación de quiénes pueden hacer válidamente propuestas de designación de tutor preventivas. Para ello el autor parte de la idea de que se trata de una declaración de voluntad carente de eficacia inmediata, aspecto este que relativiza en gran medida la importancia de la capacidad del emitente. Así, cuando otorgue tal declaración en escritura pública (que es la única forma legalmente prevista), el notario no debería tanto emitir un juicio de capacidad, como comprobar que el declarante sabe realmente lo que quiere, especialmente en declaraciones negativas o excluyentes.

Así, tendrá la "capacidad suficiente" que exige la ley, incluso el menor emancipado, y el menor que goce de testamentifacción activa, aunque res-

pecto de los menores señala el autor que habrá que tener en cuenta que la prórroga de la patria potestad, en los casos en que proceda, según el artículo 171 del Código Civil, tiene lugar "por ministerio de la ley", y no es pensable la exclusión de los padres salvo en el caso del artículo 162 del CC. El emancipado por matrimonio será tutelado por el cónyuge, aun con la especial curatela de sus padres.

No plantea problemas especiales la designación de varios tutores, ni la designación de tutor que sea persona jurídica, lo que puede ser especialmente aconsejable concurriendo algunas determinadas discapacidades que pueden necesitar de especialización.

La Parte IV se dedica a profundizar en las exigencias de forma para la autotutela, materia en la que entiende el autor que el testamento abierto cumple con la solemnidad exigida, como un posible contenido atípico del testamento, revocable sin especialidad alguna a diferencia por ejemplo del reconocimiento de hijos en testamento, y debe comunicarse por el notario autorizante al encargado del Registro Civil para que conste en la inscripción de nacimiento la referencia al protocolo notarial en que se halla el testamento que incorpora previsión de autotutela.

En cuanto a la difícil coexistencia lógica de apoderamiento para incapacitación y autotutela en una misma escritura, el autor reproduce la interesante STS de 14 de julio de 2004, que resuelve sobre hechos anteriores a la vigencia de las actuales normas gallegas, y que se contrae a un caso de dependencia, que no de incapacidad, conservando plenas facultades mentales, que hacía conveniente declarar la incapacidad conservando la vigencia del poder en cuanto contenía instrucciones sobre el modo de ejercitar la tutela, y que requiere sin duda de una mayor precisión terminológica y jurídica que deslinde con claridad las nociones de incapacidad, discapacidad y dependencia de las personas.

La Parte V se refiere ya al contenido de la autotutela, y examina en primer término el más frecuente caso, en el que la previsión solo se refiere al nombramiento de tutor, con cita de dos sentencias de la AP de Barcelona referidas a la regulación del CCCat, en la que prima la autonomía de la voluntad. Pero es posible también establecer muy variadas previsiones en el Derecho común, puesto que el artículo 223 del Código Civil nos habla de "cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes incluida la designación de tutor", aunque ciertamente las previsiones legales no han tenido mucha aplicación en lo referente a la autotutela en sentido estricto, ni en relación con las muy variadas disposiciones que previene el citado artículo y que el autor ejemplifica sin pretender agotar las muy amplias posibilidades, a diferencia de la profusa aplicación práctica de la figura en otros ordenamientos.

Seguidamente el autor examina en concreto la designación plural en las muy variadas formas de ordenar la tutela plural que permite la legislación (de la persona, de los bienes, mancomunada, solidaria, etc.), y la declaración meramente negativa, que puede también distinguir entre lo personal y lo patrimonial. Entre las disposiciones varias que pueden acompañar a la

autotutela, además de las conocidas como testamento vital, que son materia de otra regulación, están sin duda las cautelas respecto de la administración del patrimonio que revestirán la forma de apoderamiento preventivo o no, y permitirán en su caso evitar la adopción judicial de cautelas en tal sentido.

En lo referente a la amplitud de posibles previsiones sobre la persona y bienes del interesado, el autor hace hincapié en que la autonomía de la voluntad siempre estará limitada en materia de tutela por el carácter imperativo de las normas en que insiste el TS (STS de 19 de mayo de 1998) y por la naturaleza de tutela de autoridad que le impone la vigente regulación, que sitúa el contenido de la tutela bajo la égida de la autoridad judicial, y que en principio obstará a la posibilidad de que se conceda al tutor más facultades de las que le concede la ley. Muy diferente es, a juicio del autor, la situación del administrador del patrimonio protegido, cuyo beneficiario puede no estar incapacitado, en el que hay posibilidad de salir del sistema de autorizaciones judiciales.

En lo que atañe a la posibilidad de que en la autotutela se establezca en favor del tutor la llamada "asignación de frutos por alimentos", el autor entiende que está vedada, toda vez que el Código Civil solo atribuye tal facultad a los padres, aunque se trate de una limitación criticable. Le parece por el contrario acertado que no sea posible en la autotutela dispensar al tutor de las obligaciones de inventario y de rendición de cuentas, aspecto este en el que aparece una clara diferencia entre la autotutela y la tutela testamentaria.

En cuanto a la posibilidad de sustituir en parte la supervisión judicial por la de otros órganos, el autor, aun partiendo de la calificación de la regulación del Código Civil como de "tutela de autoridad", se muestra partidario de su admisibilidad *de lege ferenda*, e incluso de la posibilidad de que se entiendan como supervivientes algunos mandatos, en todo caso de conformidad con las previsiones de la Convención de Nueva York.

Mención especial merece la atención que presta el autor a las previsiones relativas a derechos de la personalidad, como el internamiento en centros especializados, respecto de las cuales entiende que están amparadas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, dentro del mal llamado "testamento vital", aunque siempre con comunicación a la autoridad judicial, lo que concuerda con el tratamiento a los casos de ingreso voluntario de personas capaces que una vez ingresadas devienen incapaces.

Muy importantes en la práctica resultan las cuestiones que plantean las previsiones sobre enajenación y gravamen de bienes inmuebles, en las que el artículo 271 del Código Civil exige autorización judicial previa, que puede ser restrictiva de las previsiones del artículo 12.5 de la Convención de Nueva York, distinguiendo en este punto el autor entre las autorizaciones generales, que no le parecen admisibles, y las especiales, relativas a bienes concretos con señalamiento del destino que debe darse al precio, que le parecen admisibles porque solo cambian la autorización judicial previa (que

sería innecesaria) por el control judicial posterior. También admite el autor la posibilidad de constituir patrimonios protegidos al amparo de la Ley de Protección del Patrimonio de los Discapacitados condicionada a la posterior incapacitación. En cuanto a la previsión de celebración de contratos de alimentos, entiende sin embargo que sería de aplicación el artículo 271 del Código Civil cuando comporten la enajenación de inmuebles o muebles de extraordinario valor. En cuanto a la previsión de dispensa de subasta, aunque entiende *de lege ferenda* que debería considerarse válida, piensa por otra parte que sería ya posible con control judicial posterior. Respecto de las previsiones de renuncia, transacción y arbitraje, entiende que la renuncia abdicativa estará sometida a la autorización judicial previa, pero las previsiones de arbitraje o señalamiento de árbitros, salvo que afecten al control judicial mismo, entiende que son admisibles.

En materia de herencias la cuestión se plantea en torno a la validez de las previsiones de aceptación pura y simple o de repudiación de herencias, para las que el artículo 271 exige autorización judicial previa, que puede colisionar con el artículo 12.5 de la Convención de Nueva York, mientras que para la partición de herencias exige solo aprobación posterior, lo que haría admisibles las previsiones en tal sentido, así como las relativas al nombramiento de defensor judicial para el caso de contraposición de intereses con el tutor.

En cuanto a la realización de gastos extraordinarios, la validez de la previsión dependerá del concreto gasto de que se trate. En cuanto a arrendamientos de inmuebles por más de seis años, la STS de 23 de septiembre de 2010 sancionaba la omisión de autorización con la mera anulabilidad, y respecto de dar y tomar dinero a préstamo el autor se inclina por la solución del Código Civil (inadmisibilidad de la previsión), pese a diferir del artículo 12.5 de la Convención de Nueva York.

Por último, la Parte VI estudia la incapacitación del cónyuge en relación con la sociedad de gananciales, se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de excluir la codisposición a través de previsiones de autotutela o en capítulos matrimoniales, frente a la regulación del artículo 1389 del Código Civil, que exige autorización judicial.

Al respecto, la citada sentencia del TS de 23 de septiembre de 2010 declara que son de aplicación preferente las normas de los artículos 1387 y 1389 del Código Civil, pero sanciona la omisión de la autorización judicial con mera anulabilidad.

También lleva a cabo el autor una breve reflexión sobre la inaplicabilidad de algunas de las causas de extinción de la tutela a la autotutela, y sobre la existencia de causas no contempladas en los artículos 276 y 277 del Código Civil, como la declaración de fallecimiento, indicando que el momento de la extinción no debería ser la fecha señalada en el auto de declaración. Respecto de la declaración de ausencia entiende el autor que no debería ser causa de extinción, sino de nombramiento del tutor como representante del ausente.

Y cierra el estudio una interesante consideración final sobre las exigencias *de lege ferenda* e interpretativas que comporta para nuestro legislador

y nuestros jueces la ratificación de la Convención de Nueva York de 13 de noviembre de 2006 y de su Protocolo Adicional, seguida de un interesante elenco de textos, que abren la propia Convención de Nueva York y su Protocolo Adicional, y cierra una interesante selección de pronunciamientos jurisprudenciales sobre autotutela.

En fin, se trata de un estudio profundo y exhaustivo de una materia novedosa, que requiere y denota un gran dominio de las materias que aborda, y que resulta de muy especial interés para el Notariado español, pero muy útil en general para los civilistas, en tanto trata de unas realidades llamadas a tener un gran desarrollo en lo venidero, y que afectan a la entraña misma del derecho de la persona y de la doctrina del negocio jurídico.

LAS REFORMAS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL (REAL DECRETO-LEY 13/2010, LEY 2/2011, LEY 25/2011 Y LEY 1/2012)

Rodríguez Artigas, F./Farrando Miguel, I./ González Castilla, F. (dirs.)
2.ª edición
Aranzadi
Cizur Menor, 2012
874 páginas

Por José Miguel Embid Irujo
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

1. Con un período de vigencia escasamente superior a dos años, la Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC) ha conocido ya un número no pequeño de reformas, cuyo distinto alcance no reduce la significación de esta continuada e intensa renovación legislativa. El asunto es tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que la LSC se promulgó con la finalidad aparente de "estabilizar", en lo posible, claro está, el régimen jurídico de las sociedades de capital, a través de la elaboración de un texto refundido susceptible de integrar todas las normas que, dispersas en distintos cuerpos legales, constituían el entramado básico en nuestro país del Derecho de sociedades de capital. No es el momento de entrar ahora en las circunstancias que condujeron a la elaboración de la LSC ni discutir su planteamiento básico o los principales extremos de su contenido. La doctrina española se ha pronunciado profusamente al respecto y parece claro que la LSC no representa, a pesar de las apariencias, el "punto de llegada" de la regulación de las sociedades de capital en nuestro ordenamiento, sino, a lo sumo, una "estación intermedia", a la espera de un tratamiento más firme y completo, anunciado, por otra parte, en su propia exposición de motivos. Se dirá, con razón, que para un Estado miembro de la Unión Europea, como es el caso de España, no es posible disfrutar de una situación de estabilidad legislativa en lo que se refiere al Derecho de sociedades, como consecuencia de la necesidad, sobre todo, de transponer las directivas que, respecto de dicha materia, aprueba la propia Unión continuamente.

Siendo cierta esta afirmación –una servidumbre normativa, sin duda, derivada de la pertenencia a la Unión Europea–, es verdad, del mismo modo, que la gran mayoría de los preceptos contenidos en las leyes de reforma de la LSC no traen causa, en sentido estricto, de la normativa comunitaria. Se trata, más bien, de iniciativas propias del legislador español, muchas de las cuales se han adoptado por pensar que el Derecho de sociedades de capital podría ser un buen instrumento para luchar contra la crisis económica en el marco de la ordenación normativa de las empresas. Al mismo tiempo, es conveniente destacar el apresuramiento con el que, por lo general, se han aprobado las reformas de la LSC, puesto de manifiesto, entre otros extremos, en la frecuencia con la que se ha recurrido al Decreto-ley como instrumento normativo de los cambios legislativos. No ha escapado, así, el Derecho de sociedades a lo que constituye una tendencia general en la renovación de nuestro ordenamiento con motivo de la crisis, y si resulta necesario que el legislador responda de inmediato a sus múltiples desafíos, no deja de ser preocupante que no se pueda encontrar un camino de mayor sosiego a la hora de enfrentarse desde el Derecho a los graves problemas derivados de la situación actual.

Al margen, ahora, de estas difíciles cuestiones, es lo cierto que la todavía reciente aprobación de la LSC y sus continuas reformas han suscitado una intensa demanda de información rigurosa sobre el vigente Derecho de sociedades de capital, a la que no se le ha dado, quizá, toda la respuesta que sería conveniente. Son muchos, y no sólo los juristas ocupados profesionalmente de dicha materia, quienes necesitan disponer de una bibliografía solvente para conocer con rigor y aplicar con seguridad la amplia y, en ocasiones, intrincada regulación de esta categoría de sociedades mercantiles. Hay que saludar, por ello, la publicación del libro objeto de la presente reseña, el cual constituye –*rara avis* en materias jurídicas– la segunda edición de un original publicado escasamente hace un año. La rapidez con la que se consumió la primera edición y se ha elaborado la segunda ("revisada, ampliada y puesta al día") dice mucho, desde luego, del buen hacer de sus autores; también pone de manifiesto, en este caso con carácter no precisamente positivo, la continuidad de la reforma permanente del Derecho de sociedades de capital, que dificulta su conocimiento, complica su intelección e impide construir con solvencia el edificio dogmático que toda institución jurídica necesita.

Para contribuir a la superación de los anteriores problemas, contamos, entonces, con la obra que nos ocupa que, escondida, si se quiere, bajo un título discreto, representa, no obstante, mucho más que un comentario o un conjunto de anotaciones a cada una de las reformas de la LSC verificadas hasta el momento. Bajo la competente dirección de los profesores Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel y Francisco González Castilla, el libro reseñado inserta los cambios normativos en la estructura sistemática de las sociedades de capital, distinguiendo, no obstante, tres niveles de tratamiento que permiten dar cuenta puntual de todas las novedades y, a la vez, analizan la incidencia de las reformas en las distintas figuras societarias. De

este modo, el libro aparece dividido en tres grandes rúbricas, según que las reformas afecten al régimen general de las sociedades de capital, que constituye su parte mayoritaria, se refieran a la sociedad cotizada, aumentando su singularidad tipológica, o modifiquen, en fin, el régimen de las competencias supervisoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con significación, en este caso, más reducida. Dentro de cada una de esas tres rúbricas o partes de la obra se incluyen diversos capítulos, relativos a las reformas producidas en cada caso, que muestran, sin perjuicio de su distinto alcance, una sistemática sustancialmente común, que contempla los antecedentes de la modificación legislativa, destaca su particular contenido y establece una serie de conclusiones al respecto. El libro responde, pues, a un propósito unitario y por tal motivo, así como por su carácter exhaustivo y por el rigor en la exposición y análisis de los distintos temas, constituye un trabajo de indudable utilidad para el conocimiento y valoración del vigente Derecho de sociedades de capital en España.

2. No es posible, en el curso de una recensión como la presente, exponer con el detalle que sería necesario, los numerosos puntos de interés contenidos en los diversos estudios que componen el libro reseñado. Nos limitaremos, por ello, a enumerarlos, indicando los principales criterios sostenidos, en cada caso, por su autor. Por lo que se refiere, en este sentido, a las reformas al régimen general de las sociedades de capital, la primera aportación a considerar (capítulo I, págs. 55-96), se debe a Ignacio Farrando Miguel, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra, y lleva por título "La página web de la sociedad y el régimen de comunicaciones electrónicas entre socios y sociedad". En ella, analiza el autor la disciplina contenida en los arts. 11 *bis* y 11 *ter* LSC, que, si bien, no han resuelto los múltiples problemas relativos a la página web de la sociedad, sí han encarrilado su tratamiento, superando algunos de los muchos inconvenientes contenidos en la regulación anterior. Se ocupa el autor, asimismo, del régimen de las comunicaciones por medios electrónicos entre la sociedad y los socios (y viceversa), de acuerdo con la disciplina del art. 11 *quater* LSC, introducido, como es notorio, por el Real Decreto-ley 9/2012. Termina su estudio con algunas consideraciones relativas a la página web de las sociedades cotizadas, que, si bien podrían haber sido ubicadas en la segunda parte de la obra reseñada, entendemos más acertado situarlas aquí por razón de la identidad de la materia.

El capítulo segundo (págs. 97-133) se ocupa del tema "Ampliación de las excepciones a la exigencia de informe de experto en caso de aportaciones no dinerarias en Sociedades anónimas", siendo su autor Antonio Roncero Sánchez, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Castilla-La Mancha. Destaca el autor la evolución que ha tenido la inicial exigencia de intervención de experto independiente respecto de las aportaciones no dinerarias dentro de la sociedad anónima, sobre la base, entre otros extremos, de las ideas de simplificación y flexibilización propias del Derecho europeo de sociedades, que han supuesto varias modificaciones del orde-

namiento español en la materia. La última, debida a la transposición de la directiva 2009/109/CE, ha traído consigo la incorporación al art. 69 LSC de tres nuevos supuestos en los que no se precisa el informe del experto independiente. Estudia Roncero con detalle tales casos, relacionados, sustancialmente, con procesos de modificación estructural y aumentos del capital social, bien derivados de tales alteraciones societarias, bien conectados a una oferta pública de adquisición de acciones.

Es, de nuevo, Ignacio Farrando quien contribuye, seguidamente, a la obra reseñada, con una aportación titulada "Reformas en materia de convocatoria de la Junta general", constitutiva de su tercer capítulo (págs. 135-226). Las modificaciones de la LSC en dicho asunto se refieren, como es sabido, a la solicitud de convocatoria por la minoría, a la forma y contenido de la convocatoria, así como, finalmente, a la segunda convocatoria de la Junta. Es bien conocida, del mismo modo, la confusión que ha supuesto en la práctica algunas de estas reformas, en particular las relativas a la forma de la convocatoria de la Junta (art. 173 LSC). Farrando, con acierto, distingue entre una "regla general", de un lado, dentro de la que, a su vez, contempla un "mecanismo prioritario", identificado con la publicación de la convocatoria en la página web de la sociedad, y un "mecanismo supletorio", integrado por la publicación en el BORME y en un diario de gran circulación provincial, y una "regla especial", de otro, consistente en una comunicación individual y escrita a los socios, sobre la base de la correspondiente cláusula estatutaria.

A las "Reformas en materia de órgano de administración" se dedica el capítulo cuarto (págs. 227-278), del que son autores José Ramón Salelles Climent, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Pompeu Fabra, y Joaquim Castañer Codina, profesor de Derecho Mercantil en dicha Universidad. En este ámbito, merecen la atención de los autores dos concretos asuntos: en primer lugar, la modificación relativa al régimen del administrador persona jurídica (el nuevo art. 212 bis LSC) y, en segundo lugar, la convocatoria del consejo de administración, reflejada en el art. 246 LSC. Resulta muy completa la aproximación de los autores al régimen del administrador persona jurídica, con especial referencia a los sujetos que pueden ser designados a tal efecto, así como a las circunstancias que rodean a la designación de la persona física del administrador, en tal caso. Por otro lado, Salelles y Castañer analizan con detenimiento las reglas relativas a la convocatoria del consejo de administración, fijándose, en particular, en que los convocantes de la reunión sean sus propios miembros.

El capítulo quinto (págs. 279-302) lleva por título "Reformas del régimen de los auditores y en materia de cuentas anuales", habiendo sido elaborado por Christi Amesti Mendizábal, profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid. No se trata, en este caso, de modificaciones relevantes, si bien pueden, en algún caso, tener cierto relieve. En lo que atañe a los auditores, destaca Amesti la dificultad de conocer el sentido del cambio llevado a cabo en el art. 264,1.º LSC, salvo que, por la generalidad de su contenido y la remisión a la Ley de Auditoría de Cuentas, se

haya pretendido dejarlo libre de futuras reformas. Por lo que se refiere a las modificaciones de la normativa sobre cuentas anuales, pone de manifiesto la autora su "doble cara", cabría decir, en el sentido de que algunas, como la relativa al art. 279 LSC pueden considerarse fallidas, y otras, en cambio, son satisfactorias, lo que sucede en el caso del art. 281 LSC.

Francisco González Castilla, profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia, es el autor del capítulo sexto (págs. 303-357), titulado "Reformas en materia de separación y exclusión de socios". En materia de separación analiza González Castilla, en primer lugar, el supuesto derivado de la falta de distribución de dividendos (suspendido en su vigencia hasta 2015, como es notorio, por la Ley 1/2012), para considerar después el derecho de separación derivado de la sustitución o modificación sustancial del objeto social. El autor se muestra favorable al primer supuesto (art. 348 bis LSC), si bien, a su juicio, necesita atemperarse su aplicación con los principios básicos de funcionamiento del Derecho de sociedades; muestra algunos reparos, en cambio, respecto del segundo caso (art. 346,1.º,a) LSC), señalando, no obstante, su cercanía a las opiniones vertidas por algunos de nuestros autores y recogidas, asimismo, en ciertos fallos jurisprudenciales. Por lo que se refiere a la exclusión de socios, contempla González Castilla con detalle la generalización a todas las sociedades de capital de la posibilidad de recoger en los estatutos causas de exclusión, siempre que tal extremo se acuerde por unanimidad, según lo dispuesto en el art. 351 LSC.

En el capítulo séptimo (págs. 359-383) se ocupa Andrea Schröder Vilalta, abogada en Barcelona, de las "Reformas en materia de disolución y liquidación". La autora ordena las distintas modificaciones legislativas al respecto de acuerdo con los objetivos concretos de la reforma, consistentes, como sabemos, en reducir el coste del funcionamiento de las sociedades, modernizar su régimen jurídico y suprimir algunas diferencias injustificadas entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Responden al primer objetivo la supresión de la obligatoriedad de publicar el acuerdo de disolución (art. 369 LSC) y del llamado estado anual de cuentas en el BORME por parte de los liquidadores (art. 388,2.º LSC); al segundo se deben la eliminación del necesario carácter impar de los liquidadores de sociedades (art. 376 LSC) y la no obligatoriedad de la subasta pública para la enajenación de los bienes inmuebles en caso de liquidación de sociedades anónimas (art. 387 LSC); por último, se ha unificado el régimen de la anónima y la limitada en punto a las causas de disolución (art. 363 LSC), en lo tocante al nombramiento de liquidadores (art. 376 LSC), y en materia de responsabilidad de los liquidadores tras la cancelación de la sociedad (art. 397 LSC).

Joaquim Castañer Codina aporta un nuevo estudio, relativo en esta ocasión a las "Reformas en materia de Sociedad Nueva Empresa", que constituye el capítulo VIII (págs. 385-396). Se trata, en primer lugar, de la modificación del régimen relativo a la denominación social (art. 435,1.º LSC) y, en segundo lugar, del reajuste de las cifras de capital mínimo y máximo

exigidas para esta variedad de la sociedad limitada. Tales cambios, carentes de especial relieve, no servirán, seguramente, para "reanimar" esta figura societaria, rodeada de gran expectación en el momento de su tipificación legislativa, que, como es notorio, no se ha visto confirmada en la realidad.

El último capítulo, el noveno (págs. 397-439), tiene un carácter misceláneo y agrupa bajo el título "Otras reformas" un amplio conjunto de modificaciones legislativas, de distinto alcance, así como de diferente ubicación sistemática en el articulado de la LSC. Sus autores son Joaquim Castañer Codina, Laura Pons Estradé, abogada en Barcelona, y Maite Martínez Martínez, profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid. Sin que sea fácil clasificar adecuadamente los diversos cambios legislativos contemplados en este capítulo, sí parece posible sostener que son tres las grandes rúbricas en las que cabe agruparlos; en primer lugar, algunos de ellos se insertan alrededor de la temática de la fundación societaria, como son los relativos a su publicidad (art. 35 LSC), a la nulidad de la sociedad (art. 58,1,f) LSC) y a las adquisiciones onerosas (art. 72, 1.º LSC); un segundo grupo se ubica en el ámbito de la autocartera, con modificaciones que afectan a la aceptación en garantía de las acciones propias (art. 149,2.º LSC) y al régimen sancionador de los negocios sobre las propias acciones y participaciones sociales (art. 157,1.º LSC); y en tercer lugar cabe aludir a los cambios legislativos llevados a cabo en materia de modificaciones estatutarias, como son los que se refieren a la escritura y la inscripción registral de las mismas (art. 290,1.º LSC), así como a su publicidad (art. 289 LSC) y los que se sitúan, de otra parte, en el marco de la reducción del capital (arts. 319 y 333,2.º LSC). Fuera de esta clasificación convencional quedaría la reforma relativa al derecho de información del socio (art. 197, 4.º LSC).

3. Las reformas en el régimen de las sociedades cotizadas constituye el segundo gran bloque de materias analizadas en el libro que comentamos. A todas ellas es común, con mayor o menor intensidad, el propósito de consolidar el estatuto jurídico de esta variedad de la sociedad anónima, confirmándose, así, la toma de postura del legislador en el preámbulo de la LSC sobre la tradicional cuestión tipológica. La primera aportación en la materia corresponde a Cristóbal Espín Gutiérrez, profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid, constituye el capítulo décimo (págs. 443-466) y lleva por título "El principio de igualdad de trato de los accionistas". Destaca el autor que, a diferencia del Derecho europeo, en el ordenamiento español existía ya un principio de igualdad de trato, generalizado a todas las sociedades de capital en el art. 97 LSC. Su traslación específica a las sociedades cotizadas (art. 514 LSC) implica, según Espín, tomar en cuenta los intereses de accionistas inversores que operan en mercados de valores globalizados y que utilizan las tecnologías de la información para el ejercicio de sus derechos.

El capítulo undécimo (págs. 467-568) se dedica al estudio de "La convocatoria de la junta de sociedad cotizada", siendo sus autores Maite Martínez

Martínez y Javier Martínez Rosado, profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid. Las reformas en este ámbito son muy variadas y responden todas ellas al propósito de transponer al Derecho español la directiva 2007/36/CE. A pesar de ello, estas modificaciones, recogidas en los arts. 515-519 LSC, no alteran de manera sustancial la regulación anterior y, en ocasiones, no son todo lo acertadas que debieran. Los autores consideran con especial detalle las modificaciones relativas al plazo de convocatoria de la Junta, así como a su publicidad, que ha traído consigo, en este último caso, la introducción del art. 100,B *ter* en la Ley del Mercado de Valores. Del mismo modo se ocupan del contenido del anuncio de la convocatoria (art. 517 LSC), la información previa a la Junta (art. 518 LSC), para concluir su estudio con el análisis del derecho a completar el orden del día y presentar nuevas propuestas de acuerdo por parte de los socios que cumplan los requisitos contenidos en el art. 519 LSC.

El capítulo decimosegundo (págs. 569-580) se debe, de nuevo, a Maite Martínez Martínez, a quien corresponde en esta ocasión el tratamiento del "Ejercicio del derecho de información del accionista". También aquí la reforma legislativa se debe a la transposición de la directiva 2007/36/CE, y ha dado lugar al art. 520,2.º LSC, en el que la autora ve el propósito de "racionalizar" el suministro de la información a los accionistas que lo requieran, "concentrando el tiempo dedicado a preparar las respuestas a preguntas que pueden ser numerosas, a veces reiterativas y que de plantearse durante la propia junta, podrían dilatar su duración en exceso" (pág. 570). Para los administradores estas circunstancias implican un esfuerzo de anticipación, asumiendo la carga de divulgar las respuestas a través de la página web de la sociedad.

Corresponde a Cristóbal Espín Gutiérrez la elaboración del capítulo decimotercero (págs. 581-602), titulado "Derecho a conocer la identidad de los accionistas". Analiza el autor con detalle la regulación contenida en el art. 497 LSC, cuya reforma ha tenido por objeto "especificar las especialidades que existen en el derecho de la sociedad a conocer la identidad de los accionistas cuando se trata de una sociedad cotizada, inspiradas en el principio de transparencia que debe regir en los mercados de valores" (pág. 601). Estudia Espín minuciosamente las circunstancias relativas a este derecho, tanto en lo que se refiere a sus sujetos, activo y pasivo, como a su particular contenido, centrado en los datos de necesaria comunicación y en la falta de límite temporal a su ejercicio, teniendo en cuenta, como dice el propio precepto, que la solicitud de información puede llevarse a cabo "en cualquier momento".

Del capítulo decimocuarto (págs. 603-629), relativo al tema de la "Participación a distancia en la Junta", se han ocupado Maite Martínez Martínez y Fernando Marín de la Bárcena Garcimartín, profesor contratado doctor en la Universidad Complutense de Madrid. Aunque el uso de las tecnologías de la información ya goza de una relativa tradición en el Derecho de sociedades, los autores se extienden en el comentario de la disciplina establecida en el art. 521 LSC, poniendo de manifiesto el amplísimo margen que se ha

dado en dicho precepto a la autonomía de la voluntad, lo que, a su juicio, no fomentará el ejercicio por los accionistas de sus derechos, con la consiguiente limitación al papel de la Junta en el control de la gestión social. De perseguirse, no obstante, estos objetivos, sería preciso, a juicio de Martínez y Marín de la Bárcena, el establecimiento de un adecuado régimen normativo de la participación a distancia que contemple, a su vez, el importante asunto de la impugnación de los acuerdos sociales.

Fernando Rodríguez Artigas, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid, ha escrito el capítulo decimoquinto (págs. 631-689), relativo a la "Participación en la Junta por medio de representante". De entrada, advierte el autor que es, una vez más, la transposición de la directiva 2007/36/CE, la causa explicativa de la regulación contenida en los arts. 522-524 LSC. Estudia Rodríguez Artigas con especial cuidado la disciplina básica de la cuestión, contenida al efecto en el art. 522 LSC, lamentando que el legislador español haya desaprovechado la ocasión de establecer un verdadero régimen de la representación del socio en la Junta. Con posterioridad, se ocupa el autor del conflicto de intereses del representante, regulado en el art. 523 LSC, de mejor acabado técnico que el precepto anterior, sin perjuicio de que no se precisen debidamente los derechos del socio y los asuntos del orden del día que requieren la abstención del representante, ni tampoco se señalen otros extremos como, por ejemplo, el significado del término "precisas" que califica a las instrucciones del representado. También es poco acertada para Rodríguez Artigas la regulación contenida en el art. 524 LSC, a propósito de las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes a los efectos del ejercicio de voto. La cuestión resulta de gran importancia en relación con el voto transfronterizo y lleva al autor a propugnar la interpretación literal de la norma para salvar el sentido último de su tratamiento.

El capítulo decimosexto (págs. 691-735) se titula "Limitación del número de votos de los accionistas y neutralización de las cláusulas estatutarias de limitación de voto", y ha sido elaborado por Andrés Recalde Castells, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid. Se trata de un asunto, como es bien sabido, especialmente delicado en el marco de las sociedades cotizadas y que ha experimentado cambios radicales en los últimos años. Explica el autor con precisión los avatares del tema desde la tradicional postura permisiva de tales limitaciones en el Derecho español de sociedades, hasta su prohibición en la LSC respecto de las sociedades cotizadas. Esta postura, que respondía positivamente a un amplio debate suscitado en la esfera internacional, ha sido objeto, no obstante, de una nueva reforma, que vuelve a dar licitud a las cláusulas estatutarias de las sociedades cotizadas que limiten el número de votos que puede emitir un accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores (art. 527 LSC). Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de neutralizar los efectos de tales cláusulas, lo que exige tener en cuenta, a su vez, la nueva regulación contenida en el art. 60 ter LMV. Concluye el autor que las sucesivas reformas en la materia

se han aprobado sin la meditación necesaria, debiéndose, en apariencia, al propósito de resolver asuntos concretos correspondientes a determinados grupos empresariales.

El tema de la "Votación de acuerdos" se estudia en el capítulo decimoséptimo (págs. 737-767) y su elaboración corresponde a Fernando Rodríguez Artigas y Christi Amesti Mendizábal. La primera reforma importante dentro de este apartado se refiere al resultado de las votaciones, de acuerdo con la regulación contenida en el art. 525 LSC, que ha de ser completado mediante lo dispuesto en el art. 100,B *quater* LMV. Se trata de una modificación positiva, pues incrementa la transparencia en las sociedades cotizadas, gracias, entre otros extremos, a la utilización de la web corporativa para dar publicidad a los acuerdos y sus circunstancias, sobre la base del mencionado precepto. La segunda reforma en esta materia se encuentra en el art. 526 LSC y contempla el ejercicio del derecho de voto por administrador en caso de solicitud de publicación de representación. Se trata de una modificación poco acertada, de expresión confusa y que, en realidad, no añade nada significativo a lo contenido en preceptos anteriores.

La última, y más breve, rúbrica del libro que comentamos se refiere a las "Reformas en el régimen de las competencias supervisoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores", y viene integrada por el capítulo decimoctavo (págs. 771-778). En él, Joaquim Castañer Codina analiza la disposición adicional séptima de la LSC, cuya modificación responde al propósito de fijar precisamente "qué preceptos reguladores de la sociedad cotizada constituyen normas de disciplina y ordenación del mercado de valores, acabando con la remisión indiscriminada que antes de la reforma consideraba como tales, sin excepción, todas las disposiciones del título XIV LMV" (pág. 777).

4. El libro *Las Reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, cuyo amplio contenido hemos intentado resumir, representa una valiosa aportación al conocimiento del vigente Derecho español en la materia que atraerá, a buen seguro, la atención de quienes, no sólo los juristas, han de conocer y hacer operativa esta cada vez más compleja normativa. Las continuas reformas a que viene siendo sometida la regulación de las sociedades de capital entre nosotros, cuyas causas se analizan precisamente por los autores, no facilitan, desde luego, la formación de un régimen coherente y armónico en cuestión tan sensible para la actividad empresarial. Hay que agradecer, por ello, a los directores de la obra la iniciativa no sólo de elaborarla, sino, sobre todo, de adaptarla inmediatamente a las modificaciones que, sin un plan nítido y más allá de la transposición del Derecho europeo, se aprueban por el legislador español. No es fácil prever, en estos momentos, si el ritmo sostenido de renovación normativa que venimos experimentando se mantendrá en el próximo futuro y, de ser así, si directores y autores del libro reseñado dispondrán del tiempo y sosiego necesarios para adaptar su obra a la actividad incesante del legislador. No se despeja esta incógnita por el confesado propósito de elaborar una regulación orgánica del Derecho español de sociedades de capital en un recinto normativo más estable,

ya que son demasiado imprecisas, a la par que escasas, las noticias sobre el eventual cuerpo legislativo en el que se aspira a reunir y ordenar dicha materia, sin perjuicio, en apariencia, de la simultánea inclusión en él de los restantes materiales propios del Derecho de sociedades. Sería bueno, también aquí, fomentar la transparencia, de modo que quienes han de hacer operativo este importante sector del ordenamiento dispusieran de la información necesaria sobre la evolución de los trabajos legislativos y pudieran, a la vez, manifestar su opinión y, en su caso, sus correspondientes propuestas de reforma. Este camino se está ensayando desde hace años en la Unión Europea, mediante el recurso masivo a las nuevas tecnologías de la información y no parece que sea imposible aplicarlo en España. Entre tanto, el lector interesado en el Derecho de sociedades de capital hará bien en consultar con regularidad las enjundiosas páginas del libro comentado, por cuya publicación hay que felicitar sinceramente a sus autores.