

IN

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 1998

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

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

Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

CONSEJO DE DIRECCIÓN
D. Antonio Rodríguez Adrados
D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

Estudios

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: "El rol del notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal".

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles; ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: "El *gentleman's agreement*: aspectos teóricos y prácticos en Derecho español".

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José-Luis y PASCUAL DE LA PARTE, César-Carlos: "Ejecución testamentaria: La prescindibilidad del contador-partidor por parte de los herederos. Nuevo enfoque y perspectivas".

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "La prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997".

RUIZ ROBLEDO, Agustín: "Las implicaciones constitucionales de la participación de España en el proceso de integración europeo".

Actualidad notarial

— Comparecencia de Carlos Martín Calero ante la Comisión Especial sobre Redes Informáticas del Senado, 1 de junio de 1998.

EL ROL DEL NOTARIO FRENTE A LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO, PRINCIPALMENTE EN EL PLANO ADMINISTRATIVO Y FISCAL (*)

9

ADOLFO CALATAYUD SIERRA

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** LA CARGA PÚBLICA. **I.1.** Concepto. **I.2.** Caracteres. **I.3.** El exceso en la imposición de la carga pública y la violación de derechos y garantías constitucionales. **II.** LA CARGA PÚBLICA Y LA ACTIVIDAD NOTARIAL. **II.1.** El notario, intérprete de las normas tributarias. **a)** *Prohibición de admitir documentos no liquidados.* **b)** *Calificación jurídico-sustantiva.* **c)** *Advertencias legales.* **d)** *Función asesora jurídico-tributaria del notario.* **e)** *Gestión del documento.* **II.1.1.** *Certeza respecto de la legislación*

(*) Publicado en *XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires (Argentina), 1998, Ponencias del notariado español, Tema I. Consejo General del Notariado, 1998.*

tributaria y sobre su vigencia y permanencia. **II.1.2.** La autoridad fiscal como legislador tributario. Defectos en la técnica legislativa. Multiplicidad y superposiciones normativas. **II.1.3.** Complejidad, poca claridad e inmediata entrada en vigencia de las normas tributarias. **II.1.4.** Falta de uniformidad en la interpretación de las normas por los distintos agentes fiscales. **II.1.5.** Conveniencia de consultas previas de legisladores y autoridades fiscales con entidades representativas de profesionales y de otros agentes de recaudación o retención, antes de dictar normas tributarias relativas a las obligaciones que a ellos incumben. **II.2.** El notario como liquidador de impuestos. **II.3.** El notario como agente de retención. **II.4.** El notario como responsable del pago del tributo retenido. **II.5.** La responsabilidad fiscal del contribuyente y la del notario. **II.5.1.** Necesidad de diferenciar la distinta responsabilidad de ambos sujetos de la relación tributaria. **II.5.2.** Responsabilidad del notario por la elusión o evasión impositiva en actos en los que interviene. **II.5.3.** Improcedencia de la determinación, a través de la intervención notarial, del origen del dinero con el que se efectúan las operaciones otorgadas en escritura pública. **II.6.** El notario como agente de información del Fisco. **II.6.1.** Multiplicidad, complejidad, frecuencia y superposición de informes. **a)** Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. **b)** Impuesto de Sucesiones y Donaciones. **c)** Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. **d)** Número de Identificación Fiscal. **e)** Activos financieros. **f)** Catastro. **g)** Relación de operaciones realizadas por entidades jurídicas. **h)** Información en virtud de requerimiento individualizado. **II.6.2.** El secreto profesional y la información requerida por el Fisco. **II.6.2.Bis.** Otros deberes de comunicación. **a)** Colaboración con los órganos rectores de los mercados de valores. **b)** Registro de Actos de Última Voluntad. **c)** Registro de Inversiones Extranjeras. **d)** Prevención del blanqueo de capitales. **e)** Expedientes de reagrupación familiar de extranjeros. **II.6.3.** Problemas que ocasiona el deber

de informar. **II.7.** El notario como controlador del cumplimiento de obligaciones fiscales y administrativas ajenas al acto jurídico que autoriza. **a)** *Prohibición de admitir documentos no liquidados.* **b)** *Obligación de consignar advertencias sobre las obligaciones tributarias.* **c)** *Obligaciones relativas a la legislación sobre inversiones extranjeras en España y sobre control de cambios.* **d)** *Urbanismo y vivienda.* **e)** *Para la protección de los bienes públicos.* **f)** *Para la protección de los derechos de tanteo y retracto administrativos.* **II.8.** El Fisco como juez y parte. **III.** LOS LÍMITES DE LA CARGA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL. **III.1.** Criterios para su determinación. Fundamentos. **III.2.** Supuestos de actividades comprendidas dentro de los límites lícitos y razonables de la carga pública, impuesta al notario en materia fiscal y administrativa. **III.3.** Supuestos de actividades que exceden los límites de la carga pública impuesta al notario en materia fiscal y administrativa. **III.4.** Propuestas para lograr la observancia por parte del Estado de los límites legales de la carga pública en lo relativo a la actuación notarial. **IV.** EVOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA EN ANÁLISIS DESDE EL VIII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO - MÉXICO 1965. **V.** BENEFICIOS A BRINDAR POR EL NOTARIADO A LA COMUNIDAD. **V.1.** Institucionalmente. **V.1.1.** *Registro de Actos de Última Voluntad.* **V.1.2.** *Los Protocolos notariales.* **V.1.3.** *Organización de la distribución del trabajo oficial de interés social.* **V.1.4.** *Contratación electrónica.* **V.1.5.** *Incremento del protagonismo social del Notariado.* **V.2.** Funcionalmente. **V.2.1.** *Jurisdicción voluntaria.* **V.2.2.** *Obtención de autorizaciones de carácter administrativo.* **V.2.3.** *Colaboración del Notariado en el proceso electoral.* **V.2.4.** *Acreditación de la vigencia de los poderes.* **V.2.5.** *La gestión del documento.* **V.2.6.** *El control de la veracidad del contenido del negocio.* **V.2.7.** *Colaboración entre los notarios y los Registros de la Propiedad.* **V.2.8.** *Notarialización de determinados ámbitos de contratación.* **V.3.** Profesionalmente. **CONCLUSIONES.**

Introducción

12

Es una de las características de los tiempos que vivimos la pretensión, cada vez mayor, del Estado de controlar la actividad de los ciudadanos. Incluso en los sistemas políticos democráticos y liberales, esta corriente es apreciable, aunque en última instancia con ello se pretenda salvaguardar fines de interés general. En ese sentido, puede resaltarse que el florecimiento que en los últimos años se aprecia en buena parte del mundo de las doctrinas llamadas *neoliberales* no ha contribuido a aliviar esa tendencia, que prosigue inexorable; dicho movimiento *neoliberal* parece interesado únicamente en facilitar el juego de las leyes de mercado en el ámbito económico mediante la eliminación de todo aquello que se interpone entre el productor de bienes y servicios y el destinatario de los mismos, sin tener en cuenta que a veces esos elementos que la sociedad ha generado para canalizar las relaciones jurídicas entre ambas partes a lo que tienden es a permitir que realmente sea efectiva la libertad de los individuos para elegir con conocimiento de las consecuencias de sus actos.

De modo que lo que tenemos es un liberalismo económico cada vez mayor pero simultáneamente un control que igualmente se incrementa progresivamente de la actividad de los individuos por parte del Estado. Y los escasos instrumentos jurídicos que van generándose para contrarrestar los efectos más nocivos de ese control son insuficientes para evitar que la tendencia siga acentuándose.

Ante este estado de cosas, es inevitable el choque que con frecuencia surge entre el Estado y la función notarial, uno de cuyos principales objetivos consiste precisamente en la salvaguarda y la efectividad de la autonomía individual. Consecuentemente, las relaciones entre el Notariado y el Estado van siendo más complicadas a medida que avanza el tiempo. Y es que los responsables del Estado no entienden muchas veces que los fines específicos de éste pueden no

coincidir con los de la institución notarial, a la que se observa a veces desde una perspectiva de gran servilismo; así, la invocación del deber de colaboración que se impone al Notariado les lleva a afirmar que ésta debe ser absoluta, y que la finalidad propia del Notariado está en un segundo término. Y existe gran dificultad para conseguir que dichos responsables comprendan que la actividad notarial es también esencial para el buen funcionamiento de la sociedad y que si se la vuelve completamente dependiente del funcionamiento del Estado, puede perder su esencia y con ello los beneficios que presta a la sociedad.

Pues bien, la fijación de criterios acerca de hasta qué punto es razonable que alcance ese deber de colaboración que se nos impone es el objetivo de esta Ponencia.

Nos encontramos, por tanto, con un tema que no es nuevo, que preocupa desde hace tiempo al Notariado, y buena prueba de ello es que los aspectos tributarios fueron objeto de estudio en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino (México 1965). Pero que se ha agravado desde dicho Congreso, desde el cual se han ido incrementando progresivamente los deberes que se imponen al notario de colaborar con el Estado.

Este progresivo y aparentemente indefinido incremento de deberes de colaboración crea al Notariado problemas diversos. No se va a discutir con carácter general si el Estado puede imponer al notario alguna clase de deber de colaboración, porque a estas alturas es algo que el Notariado tiene asumido y no parece que esté en cuestión. Ahora bien, ello no autoriza el establecimiento de cualquier tipo de obligación, de modo completamente arbitrario. Por un lado, porque según cuáles sean las características de esos deberes podría suceder que fueran contradictorios con la naturaleza de la función notarial, desnaturalizándola. Y por otro, porque la onerosidad que el cumplimiento de esos deberes le supone al notario también obliga a plantearse si responden a causas suficientemente justificadas.

Dada la dificultad ya expresada de que los representantes del Estado sean conscientes de la peculiar naturaleza de la función notarial y del notario y su estatuto jurídico, será preciso volver a insistir sobre las características esenciales de la función notarial. Con arreglo a ello, podremos enjuiciar hasta dónde resulta adecuado que llegue la obligación de colaboración, y a la vista de ello, habrá que examinar desde un punto de vista crítico las obligaciones actualmente existentes. Por fin intentaremos establecer algunos criterios generales que sirvan como pauta de lo que resulta razonable en esta materia.

Ámbito de la Ponencia. Creemos preciso realizar algunas consideraciones acerca de cuál ha de ser el contenido de la ponencia, ya que en la relación del Notariado con el Estado inciden aspectos muy diversos y no todos nos interesan aquí.

A este respecto, pueden distinguirse diversos planos:

14

1. En primer término, y empezando por el más amplio, hay que decir que el Notariado es uno de los instrumentos fundamentales previstos por nuestro Derecho para la consecución de la seguridad jurídica, y recordemos que éste es uno de los principios que garantiza el artículo 9.3 de nuestra Constitución. Y dado que el Estado y los poderes públicos en general tienen el deber de promover las condiciones que hagan efectivos los principios constitucionales, el Notariado, en la medida en que funcione correctamente y cumpla su función, está colaborando de modo muy transcendente con el Estado.

De hecho, la regulación del estatuto jurídico del Notariado corresponde, lógicamente al Estado, el cual tendrá que establecer las reglas que tiendan a conseguir que cumpla su objetivo y a estos efectos le impone los deberes necesarios. Lo cual no sólo no es objetable, sino todo lo contrario: el Notariado no podría cumplir correctamente la finalidad que le es propia si el Estado no le impusiera una serie de obligaciones a ello dirigidas. Desde este punto de vista, resultan correctas normativas como las recientemente aprobadas diri-

gidas a que el Notariado contribuya de forma más activa a incrementar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario mediante la colaboración con los Registros de la Propiedad o a incrementar la transparencia de los préstamos hipotecarios. Sin perjuicio, lógicamente, de que las regulaciones que se elaboren, como cualquier otra, sean más o menos mejorables.

Pues bien, creemos que es obvio que la colaboración a que se refiere esta Ponencia no es ésta, sino otra más ligada a los fines concretos del Estado y su funcionamiento.

2. Desde un segundo escalón, más concreto, se ha planteado la colaboración del Notariado con el Estado asumiendo una serie de funciones que corresponden a órganos de éste, los órganos judiciales, como medio de lograr la descongestión de dichos órganos y al mismo tiempo conseguir que esas funciones sean ejercidas con mayor agilidad. Es éste otro campo que puede ser muy fructífero y que nos lleva a la posibilidad e incluso conveniencia de que la totalidad o al menos buena parte de los actos de Jurisdicción Voluntaria sean realizados por los notarios. Esta segunda cuestión, estudiada en la Ponencia "*Jurisdicción voluntaria y función notarial*", del XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, tampoco constituye el objeto principal de estudio de esta Ponencia, aunque al final se hará una referencia a ella en el último apartado relativo a los beneficios a brindar por el Notariado a la comunidad.

3. Un tercer paso que hay que superar es el que se refiere al cumplimiento por parte del notario de los deberes tributarios y también administrativos que tiene como persona individual que ejerce una actividad profesional. Obviamente, el notario, en cuanto que ejerce su actividad en régimen de un profesional liberal y percibe una remuneración por los servicios que presta, desde el punto de vista tributario es equivalente a cualquier otro profesional. Por ello, está sujeto a unas obligaciones tributarias, que son las generales para todo profesional: debe censarse y pagar los impuestos

que recaen sobre dicha actividad, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre el Valor Añadido, del Impuesto de Actividades Económicas, etc. Tiene, además, unas obligaciones de colaboración tributaria, las que se imponen con carácter general a toda persona natural o jurídica pública o privada de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas (art. 111.1 de la Ley General Tributaria), y como una manifestación concreta de ese deber está la declaración de operaciones con terceros (regulada en el Real Decreto 2027/1995, de 22 de diciembre). Igualmente, el notario, como profesional, debe cumplir algunos requisitos de tipo administrativo, fundamentalmente en cuanto al local en el que instala su oficina, y otros derivados de la legislación laboral y de seguridad social si, como es lo normal, tiene personal a su servicio.

Tampoco estas obligaciones son las que interesan a los efectos de esta ponencia, puesto que, como acaba de decirse, son aquellas a las que toda persona que ejerce una actividad profesional, y aquí debemos centrarnos en las específicas de la función notarial.

De todos modos, hay que decir que en algunos casos, y de modo poco justificable, el legislador ha mezclado los deberes impuestos al notario en cuanto que tal con los derivados de su condición de persona física que percibe unos ingresos económicos y por tanto debe tributar como cualquier otro ciudadano. Puede citarse a estos efectos el apartado 6 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 8/1988, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, sobre la que se incidirá más adelante, y que, a los efectos que ahora interesan, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio de Justicia, encarga a los servicios del Ministerio de Economía y Hacienda que cuando verifiquen la situación tributaria privada de los notarios comprueben la correcta apli-

cación de los Aranceles notariales. Esta regla, que es uno de los restos que ha quedado en dicha Ley del intento de funcionarización del Notariado que se contenía en las primeras versiones de su anteproyecto, no es objeto de cumplimiento en la práctica, lo que demuestra que está fuera de la coherencia del sistema notarial y tributario.

4. Otro plano donde la actividad notarial entra en contacto con las funciones del Estado es el de la llamada *gestión* del documento. Con ello nos referimos a los casos en que el notario asume voluntariamente frente a su cliente la obligación de cumplir las obligaciones tributarias derivadas del acto o negocio contenido en el documento notarial autorizado, presentándolo a liquidación en las oficinas de la Hacienda y pagando por cuenta del mismo los tributos correspondientes; esta función se completa con la presentación del documento en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que en su caso sea competente. Actualmente, no hay ninguna duda de que el notario puede realizar estos trámites y que ello es un medio idóneo destinado a proporcionar a los particulares el perfecto cumplimiento de los fines lícitos que se proponen alcanzar al demandar la intervención notarial, como ha venido reconociendo en múltiples resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado (entre las más recientes, las de 14 y 15 de noviembre de 1996).

Lo que se ha discutido es si no sería conveniente que se impusiera al notario la obligación de asumir la gestión de los documentos que autorice, bien sólo cuando el cliente lo demande, o bien en todo caso. En este último caso, ya nos estaríamos acercando a lo que sería una obligación general del Notariado con contenido tributario, que, en un segundo paso, podría llevar a conceder legitimación a la Administración tributaria para exigir su cumplimiento; es decir, no se trataría sólo de una obligación del notario con su cliente, sino que integraría el conjunto de sus deberes de colaboración tributaria. Pero lo cierto es que actualmente, aunque

son muchos los notarios que suelen asumir con carácter general esa función, en España no existe la obligación del notario de cumplir esos trámites, de los cuales se encargan también otros profesionales, como gestores o abogados.

En consecuencia, no estamos tampoco ante la materia que constituye propiamente el objeto de esta Ponencia, puesto que, como acabamos de decir, en estos casos el notario asume voluntariamente esa función y en tal caso sólo asume obligaciones frente a su cliente.

No obstante, será preciso hacer referencia en varios lugares a esta práctica bastante habitual existente en España, si bien para contrastarla con lo que sí que constituyen deberes de colaboración tributaria. Y, además, en el apartado final de la Ponencia se harán algunas consideraciones acerca de esta función dentro de los beneficios a brindar por el notario a la comunidad.

18 5. Y con ello llegamos a la perspectiva que aquí nos interesa, que nos sitúa por un lado ante el específico funcionamiento del Estado y los medios y procedimientos que éste utiliza para el cumplimiento de sus fines igualmente específicos, y por otro ante las obligaciones que se imponen al notario en cuanto que tal por la Ley y frente a él, al Estado. Así pues, debe quedar enmarcado el contenido esencial de esta Ponencia.

Es éste un campo en el que surge la dialéctica entre las potestades de la Administración y los derechos de los administrados. Estamos ya fuera de la seguridad jurídica preventiva a la que colabora el Notariado como institución. De lo que se trata es de que éste colabore con los procedimientos que la Administración utiliza para el cumplimiento de sus fines.

Así centrado el ámbito de nuestro trabajo, debemos decir que en el desarrollo de la materia, nos limitaremos lógicamente al Derecho español, y por ello se huirá de intentar una exposición de sistemas de otros países, no sólo para evitar el riesgo –probable– de incurrir en imprecisiones e inex-

actitudes, sino también porque parece que lo lógico es, dado que de un Congreso Internacional se trata, que cada ponente exponga lo que corresponde a su país.

Estructura sistemática. También parecen convenientes en esta introducción unas consideraciones sobre la sistemática a seguir en la Ponencia.

Se va a intentar seguir el esquema propuesto por el coordinador internacional, si bien no siempre será posible, dado que si se pretende hacer una exposición de la realidad española, ello obligará a hacer precisiones específicas y hará poco útil la incidencia en algunos aspectos poco o nada relevantes en España.

La primera parte de la Ponencia consiste en el estudio del concepto y características de la llamada *carga pública*, entendida como los servicios personales obligatorios impuestos por el Estado a los particulares. Aunque esta terminología no está extendida en España, la respetaremos en aras a no apartarnos del guión preparado por el coordinador internacional y porque así será más fácilmente legible por los notarios de otros países. Examinaremos los requisitos para su imposición y también hasta qué punto puede aplicarse ese concepto a las obligaciones de colaboración que se imponen al notario en el Derecho español.

La segunda parte se refiere a *la carga pública y la actividad notarial* comprenderá el estudio de las principales obligaciones de colaboración que impone el Estado al notario. Será la parte más amplia. Como se decía antes, nos centraremos en la realidad española para exponerla con la mayor claridad posible.

En la tercera parte, *Los límites de la carga pública en la actividad notarial*, se intentará establecer unas conclusiones críticas, a la vista de todo lo expuesto con anterioridad, sobre el alcance que razonablemente deben tener esos deberes de colaboración, bien para no desnaturalizar la función notarial, bien para no imponer al notario abusivamente cargas que exceden de lo adecuado.

La cuarta parte, *Evolución de la problemática en análisis desde el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino - México 1965*, pretenderá hacer una reflexión, referida lógicamente al caso español, sobre cómo se han ido incrementando los deberes de colaboración con el Estado desde entonces.

Por último, la quinta parte, *Beneficios a brindar por el Notariado a la comunidad*, viene a ser una especie de apéndice en el que se citan diversas clases de colaboración que el Notariado puede ofrecer, y en muchos casos ofrece ya, al Estado y a la sociedad y que resultan perfectamente conformes con la naturaleza y características de la función notarial. Es un contrapunto a lo anterior y trata de ofrecer a la sociedad nuevas ventajas de la actividad notarial.

I. La carga pública

20

Tal y como se ha dicho poco antes, en este primer apartado se intentará estudiar el concepto y características de la llamada *carga pública*, los requisitos para su imposición y también hasta qué punto puede aplicarse ese concepto a las obligaciones de colaboración que se imponen al notario en el Derecho español.

I.1. Concepto.

La idea de carga pública de la que se pretende partir es la de los servicios personales obligatorios impuestos por el Estado a los particulares.

Como ya antes se decía, esta denominación no es habitual en el Derecho español, pero así caracterizada la carga pública sí que es posible movernos con precisión y al primer lugar que hay que ir es al artículo 31.3 de la Constitución Española, que dispone que "*sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*". En el apartado 1 de ese mismo artículo se

recoge la obligación de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, base de todo el sistema tributario. Por tanto, el parentesco de este concepto de carga pública con el deber de pagar impuestos es claro.

De todos modos, hasta qué punto el concepto de *carga pública* –así entendido como prestaciones obligatorias impuestas por el Estado– es útil para caracterizar las obligaciones de colaboración que se imponen por el Estado al notario no deja de plantear dudas. De hecho, la doctrina notarialista española no suele tener en cuenta este concepto cuando intenta afrontar la problemática que suscita dicho deber de colaboración.

Y es que la doctrina viene considerando que no constituyen *carga pública* los deberes que los funcionarios públicos tienen por razón de su cargo, los cuales en realidad forman parte de su mismo estatuto jurídico, o sea, vienen impuestos por la naturaleza misma de su función. Es decir, en principio, el concepto de *carga pública* es predicable únicamente respecto de los particulares.

Y dicho esto, es preciso recordar el carácter bifronte del notario, como profesional del Derecho y como funcionario público, que establece nuestro mismo Reglamento Notarial (art. 1). Sobre esta caracterización mixta del Notariado se ha dicho mucho, casi todo, pero a pesar de ello sigue planteando dudas y no siempre es entendida bien por los representantes de las Administraciones Públicas. De aquí que sea necesario intentar precisarla ahora; de ello dependerá en buena medida las conclusiones a las que lleguemos sobre la materia que tratamos. Y a estos efectos nada mejor que seguir la autorizada voz de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, en su última incursión en el tema, “*De nuevo sobre la inescindibilidad notarial*”, 1987, complemento actualizado de su magistral conferencia “*El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad*”, de 1979. Allí pone de manifiesto los riesgos de deslizamiento de la función notarial tan-

to hacia la funcionarización como hacia la liberalización profesionalista. Pero, como dice este autor, lo que verdaderamente caracteriza a la función notarial consiste en que sus elementos públicos y privados son inescindibles; las funciones públicas del notario vienen modalizadas por sus actividades privadas, de jurista, potenciándolas; y al revés, su actuación privada también resulta afectada por su función pública, recibiendo la impronta de la imparcialidad; las actuaciones privadas del notario se desarrollan al mismo tiempo que sus actuaciones públicas, y sobre los mismos asuntos, que culminan en la autorización del correspondiente instrumento público; y es que el notario es el único funcionario que por ser a la vez profesional de Derecho, tiene la misión, no sólo de informar, asesorar y aconsejar a los otorgantes y controlar la legalidad de sus negocios, sino la de investigar la verdadera voluntad de sus otorgantes y adecuarla al Ordenamiento Jurídico.

Con estos presupuestos, podemos preguntarnos dónde situar al notario a estos efectos, en el campo público o en el privado: ¿cuándo el Estado le obliga a colaborar y a suministrarle información, debemos considerarle como un particular o más bien prima aquí su condición de funcionario? No resulta fácil dar una solución unívoca y definitiva válida sin más. Aunque es en el apartado III de la Ponencia, "*Los límites de la carga pública en la actividad notarial*", donde se examinan hasta dónde es correcto y razonable que lleguen las obligaciones de colaboración del notario con el Estado, creemos que aquí pueden hacerse varias consideraciones iniciales:

Aun considerando al notario en su vertiente de funcionario público, ello no implica que esté obligado a prestar al Estado cualquier tipo de colaboración y suministrarle toda clase de información resultante de su actividad. En efecto, hay dos tipos de límites:

— Por un lado, el estatuto jurídico de cada tipo de funcionarios está determinado por las funciones que le son pro-

pías. Y, como ya hemos dicho, en la función notarial el aspecto público para lo que sirve es para reforzar las funciones que éste tiene como jurista. Así, por lo que se refiere al ámbito tributario, que es probablemente el más importante en el contenido de esta Ponencia, puede afirmarse que no es misión del notario inspeccionar ni recaudar tributos. Y en la medida en que la prestación que se le imponga al notario exceda de la finalidad a la que tiende principalmente su función, que es la de dotar de seguridad al tráfico jurídico entre particulares, caeremos en el campo de la carga pública, y por tanto deberá reunir los requisitos que a continuación examinaremos que debe tener ésta, aun con las peculiaridades que veremos.

— Por otro lado, podría suceder que esas obligaciones de colaboración incluso acaben siendo contradictorias con las funciones propias del notario, es decir, que dificulten o entorpezcan éstas. En efecto, para el cumplimiento de la finalidad a la que tiende la actividad notarial es elemento imprescindible la relación de confianza que se genera por parte del particular respecto al notario. Pues bien, si las obligaciones de colaboración llegan a ser generales y agobiantes, pueden variar el fin principal a que el notario sirve, rompiendo esa relación de confianza y transformando el Notariado en uno de tipo funcionarista, que tiene como finalidad principal la protección de los intereses del Estado. A este riesgo se refirió también ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS en la Ponencia *“La influencia de la ley fiscal sobre los contratos”* del XI Congreso Internacional del Notariado Latino de Atenas, 1971.

De todos modos, ello no quiere decir que a estos efectos el notario tenga que equipararse a cualquier particular. En efecto, el notario tiene, por su trascendente misión pública, un especial deber de colaboración, que excede del que es exigible a un simple ciudadano. Así lo ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional. Así, la Sentencia de 26 de abril de 1990, en relación a la sanción de suspensión que se

impone en la Ley General Tributaria a los que llama *profesionales oficiales* (entre los que se comprenden los notarios, según el art. 80.4 de la misma ley) en ciertos casos de incumplimiento del deber de colaborar con la Administración tributaria y que se acumula a la sanción pecuniaria que con carácter general se establece para este tipo de incumplimientos para todos los ciudadanos en general, dice que dicha acumulación no supone una discriminación injustificada ya que *“el presupuesto del que parten los preceptos impugnados es que los sujetos afectados por las sanciones en ellos previstas tienen un específico y singular deber de colaboración con la Administración tributaria, por razón de las funciones públicas que ejercen, claramente impuesto en los artículos 111 y 112 de la LGT (...). Deber de colaboración que se concreta en el suministro de la información de que dispongan que tenga trascendencia tributaria”*. De tal manera, que, aunque la pena de suspensión sea, en cierto modo, accesoria a la de multa, *“no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria. Así entendido el artículo 86 de la LGT, no hay infracción del derecho a la igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución”* (Fundamento Jurídico 5.º).

I.2. Caracteres.

A la vista de lo examinado anteriormente, y puesto que se ha concluido que las obligaciones de colaboración que se imponen a los notarios, en la medida en que se extiendan más allá de lo que resulta de su función propia, les es aplicable el concepto de carga pública, procede ahora examinar los requisitos que, con arreglo al Derecho español, deben reunir este tipo de obligaciones para poder imponerse válida y eficazmente.

A estos efectos, es preciso citar hoy la reciente Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Esta ley viene a culminar, de momento, un largo camino caracterizado por la exigencia por parte de los ciudadanos de mayores garantías en el proceso de aplicación de las normas tributarias, en aras de una mayor justicia y en contrapartida de las obligaciones fiscales que se les imponen. Es una ley de gran ámbito, ya que se aplica a todas las Administraciones tributarias y no sólo respecto de los contribuyentes propiamente dichos, sino que expresamente incluye en su ámbito, entre otras personas, a los obligados a suministrar información o prestar colaboración a la Administración tributaria (art. 1).

Sobre esta ley, hay que decir que, a pesar de la bondad de sus objetivos, la eficacia de buena parte de sus normas no se ve asegurada. Por un lado, contiene un grupo de reglas que establecen determinadas pautas a que debe acomodarse toda ley y reglamento de naturaleza tributaria; pero sólo en cuanto a este último tipo de normas –los reglamentos– pueden tener verdadera virtualidad, ya que las que tengan rango legal, no podrán verse compelidas por otra del mismo rango. Por otro, en la medida en que no se prevén consecuencias directas para el incumplimiento de algunos de los deberes que la Ley impone a la Administración, no se sabe muy bien qué puede hacer el ciudadano ante las situaciones de incumplimiento que puedan producirse. También se echan en falta algunos derechos y garantías que la doctrina venía reclamando. En cualquier caso, ha de ser, en términos generales, bienvenida y hay que esperar que se cumpla del modo más completo posible.

Pues bien, volviendo a donde nos encontrábamos, y por lo que aquí nos interesa, esta Ley ha venido a completar, en el ámbito tributario, los requisitos de la carga pública, y, por tanto, nos sirve para examinar cuáles han de ser dichos requisitos en España.

Concretamente, dichos requisitos deben ser los siguientes:

1. El de legalidad, que resulta directamente del artículo 31.3 de la Constitución, antes examinado, en el sentido de que sólo por ley pueden establecerse tales prestaciones. En esta regla constitucional entran tanto los tributos propiamente dichos, que vienen a ser la más importante de las prestaciones obligatorias, como el resto de las que puedan establecerse. Según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este principio implica que los principales elementos de la obligación impuesta deben ser regulados en la ley, de modo que no cabe su remisión a disposiciones reglamentarias. También queda excluida la vía del Decreto-Ley (art. 86.1 de la Constitución).

2. El de generalidad, es decir, la igualdad en la aplicación respecto de todas las personas que se encuentren en idéntica situación. Al principio de igualdad se refiere el artículo 9 de la Constitución, y como principio de *generalidad* aparece en el artículo 2 de la citada Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Realmente, en los Derechos modernos no hay leyes *particulares* o *singulares*, por lo que este principio se presupone en toda norma jurídica, de modo que no merece la pena insistir demasiado en él. Su virtualidad actualmente quedará limitada más a la forma en que la ley se aplica por los poderes públicos que a la ley misma.

3. El de racionalidad, es decir, tales obligaciones no pueden basarse en la mera arbitrariedad, que está prohibida por nuestra Constitución (9.3). De modo que la colaboración que se solicita debe ser útil para el logro de una finalidad adecuada de interés público, como puede ser la consecución del respeto a la ley, incluso la tributaria, que hoy nadie puede discutir que merece el mismo respeto que cualquier otra. En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990, que dispone, en relación al ámbito tributario, que el deber de contribuir implica "*una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos*

públicos, cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales (Fundamento Jurídico 3.º).

4. El de la proporcionalidad. Este principio también ha sido recogido en el artículo 2 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, al disponer que la aplicación del sistema tributario se basará en el principio de *“proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales”*. Creemos que todo ello forma parte de una misma idea, consistente en que la obligación que se imponga debe guardar proporción con los objetivos marcados por el interés público, debe procurar gravar lo mínimo posible al sujeto pasivo y no perjudicar otras finalidades al menos igual de respetables. Insiste en esta misma idea el artículo 3.j), que atribuye a los contribuyentes el *“derecho a que las actuaciones de la Administración tributaria que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que le resulte menos gravosa”*. Y el artículo 20, que dispone que *“las actuaciones de la Administración tributaria que requieran la intervención de los contribuyentes deberán llevarse a cabo de la forma que resulte menos gravosa para éstos, siempre que ello no perjudique el cumplimiento de sus obligaciones tributarias”*. Se trata, en nuestra opinión, de uno de los principios esenciales a los efectos del contenido de esta Ponencia; lo difícil será concretarlo en cada caso concreto.

5. El de subsidiariedad, de modo que sólo cuando el Estado no pueda conseguir los objetivos pretendidos por otros medios que no le resulten excesivamente gravosos le será posible cargar a los ciudadanos con obligaciones de colaborar.

6. El de coordinación administrativa (art. 103.1 de la Constitución), que impone que cada Administración y a su vez las distintas Administraciones actúen coordinadamente para conseguir los fines que les son propios, molestando a los ciudadanos lo mínimo imprescindible. Una manifestación de este

principio se recoge en el artículo 3.g) de la misma Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, al otorgarles el *“derecho a no aportar los documentos ya presentados y que se encuentran en poder de la Administración actuante”*; la pena es que este principio no se haya extendido a todas las Administraciones, ordenando que la información que se ha suministrado a una Administración no puede ser solicitada por otra.

Además, lógicamente, serán aplicables el resto de los requisitos de las obligaciones impuesta por norma legal, en los que nos creemos que merezca la pena insistir aquí.

Un requisito que suele entenderse que no es predicable, ni siquiera respecto de las obligaciones de colaboración en el campo fiscal, es el de capacidad económica, que sí que rige para la exigencia de los tributos (art. 31.1 de la Constitución). Y es que realmente en los deberes de colaboración tributaria no estamos realmente ante obligaciones tributarias propiamente dichas, que se limitan al deber de pagar los tributos para el sostenimiento de las cargas públicas; aquí de lo que se trata es de informar a la Administración tributaria en relación a terceros y sobre los datos de que se disponen.

Una cuestión que ha suscitado ciertas críticas es la relativa a la gratuidad en la prestación de la carga. Este es el principio general aplicable y no parece posible, al menos en el Derecho español, plantear una retribución. En nuestra opinión, si todos los requisitos antes mencionados se cumplen, no hay nada que objetar a la gratuidad; y si no se cumplen, lo que hay que hacer es criticar su ausencia y en su caso conseguir que la carga sea declarada improcedente.

1.3. El exceso en la imposición de la carga pública y la violación de derechos y garantías constitucionales.

Enlazando con lo último que se decía en el apartado anterior, existirá exceso en la imposición de la carga pública cuando no se respeten todos los principios que deben regir la misma y a los que nos acabamos de referir.

Dicho lo cual, podemos citar algunos supuestos concretos en que se produce ese exceso:

1. Por no respetar el principio de legalidad, serán inconstitucionales las obligaciones impuestas en normas de rango inferior. Más concretamente, en el ámbito tributario, creemos que la creación de una obligación de enviar información general y periódica, mediante relaciones o índices, precisa de una norma con rango de ley (excluido, como vimos, el Decreto-Ley) que establezca los elementos esenciales de la obligación concreta que se crea; no resulta suficiente, en nuestra opinión, la habilitación general contenida en el artículo 111.2 de la Ley General Tributaria, que prevé la posibilidad de que junto a la información a requerimiento individualizado se establezcan obligaciones de colaboración con carácter general, remitiéndose a la vía reglamentaria en cuanto a la forma y plazos de cumplimiento.

2. Por no ser acorde con el principio de racionalidad en la colaboración solicitada, en el ámbito tributario, habrá exceso cuando se reclamen al notario más datos de los estrictamente necesarios para la finalidad pretendida o cuando los datos reclamados no tengan trascendencia tributaria. Por la misma razón, no será ajustado a la ley que se solicite del notario una colaboración que no pueda prestar como consecuencia del normal ejercicio de su actividad, como cuando se le piden datos que no se consignan en las escrituras por no existir ninguna norma que lo imponga.

3. Por resultar contrario al principio de proporcionalidad, serían condenables las funciones de colaboración que se quisieran imponer al notario y que le obligaran a dedicar tanto tiempo a su cumplimiento que le impidan ejercer su función propia como es preciso. También, los deberes que le impongan tener que poner en primer término la defensa de los intereses del Estado frente a los de las personas que acuden a reclamar su ministerio, ya que ello quebraría el sistema notarial, transformándolo en otro de tipo funcionarista, como ya apuntábamos antes.

4. Por no ajustarse al principio de subsidiariedad, y volviendo de nuevo al campo tributario, no sería correcto que la Administración recabara información individualizada al notario sobre un determinado acto o negocio jurídico otorgado antes de haberse dirigido al particular afectado; sólo si éste se negara o no pudiera ser localizado, podría acudir a aquél.

5. Y el principio de coordinación administrativa debería impedir que cuando los datos que se recaban en ejercicio de ese deber de colaboración obran ya en la Administración por haber sido suministrados por el propio notario requerido, no deberían volvérselo a reclamar.

Además, es preciso que la obligación de colaboración no vulnere derechos constitucionales de las terceras personas a las que se pretende controlar a través de dicha colaboración. A estos efectos, hay que recordar que el artículo 18 de la Constitución garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y que precisamente el Notariado es una institución al servicio de la preservación de esa intimidad.

Y también hay que tener en cuenta una cuestión muy relacionada con la de la intimidad, que es el secreto profesional del Notariado, que también puede verse afectado como consecuencia de un exceso en la imposición de deberes de colaboración.

Sobre el derecho a la intimidad y el secreto profesional y su posible vulneración a través de esos deberes de colaboración trataremos en el apartado II, cuando examinemos las obligaciones de información que se imponen al notario. Y sobre el resto de los límites y los concretos casos en que pueden resultar vulnerados volveremos en el apartado III de la Ponencia, cuando después de haber examinado el apartado II sobre las diversas obligaciones de colaboración que se le imponen al notario, recapitemos acerca de hasta dónde es razonable que se extienda la carga pública de colaborar con la Administración.

II. La carga pública y la actividad notarial

Siguiendo el esquema sugerido por el coordinador internacional, corresponde examinar en este apartado los distintos supuestos de obligaciones de colaboración que impone la legislación española a los notarios. Seguiremos también los distintos grupos de deberes referidos en el esquema del coordinador internacional, aunque, como veremos no todos tienen un contenido propio en el Derecho español.

II.1. El notario, intérprete de las normas tributarias.

El notario no tiene encomendadas en España funciones de interpretación de las normas tributarias en el sentido de que pueda calificar desde el punto de vista fiscal los actos y negocios que documenta de modo que asuma la responsabilidad de la correcta calificación realizada frente a la Administración tributaria. En nuestro sistema jurídico, si se trata de un impuesto al que le sea aplicable el régimen de autoliquidación, es el propio contribuyente, por sí o a través de la persona que actúe como *presentante*, quien realiza la calificación y liquida el impuesto, sin perjuicio de las facultades de comprobación de la Administración; y si no hay autoliquidación, entonces es esta última la que lleva a cabo todo lo preciso para la liquidación del impuesto.

Ahora bien, esto no quiere decir que el notario no cumpla un papel importante en el proceso de aplicación de las normas tributarias. En efecto, las normas tributarias tienen actualmente una influencia decisiva en la actuación notarial, y esa influencia se manifiesta en dos planos diferentes, en cierto modo antitéticos. Por un lado, unas veces la intervención en la interpretación y calificación de las normas tributarias la realiza el notario como colaborador de la Hacienda pública, predominando su aspecto funcionarial. Sin embargo, en otros lo hace en defensa de los intereses de los particulares que han reclamado su ministerio, preponderando la con-

dición de profesional del Derecho del notario. También hay casos en que ambos aspectos se complementan. Veamos algunos de los principales aspectos en que el notario realiza actuaciones relacionadas con la aplicación de las normas tributarias, poniendo de manifiesto este doble carácter de la actuación notarial.

a) *Prohibición de admitir documentos no liquidados.*

Un mecanismo que utiliza el legislador tributario para conseguir el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales de los ciudadanos consiste en prohibir que las autoridades y funcionarios públicos admitan documentos no liquidados de los impuestos que recaen sobre ellos. Cómo se aplica esta prohibición a los notarios se estudiará en el apartado II.7 *El notario como controlador del cumplimiento de obligaciones fiscales y administrativas ajenas al acto jurídico que autoriza.* En cualquier caso, decir que esta prohibición está dominada por el aspecto funcional del notario, del que deriva la colaboración que se le impone con la Hacienda pública.

32

b) *Calificación jurídico-sustantiva.*

El notario al autorizar los documentos realiza una calificación jurídico-sustantiva de los actos y negocios en ellos contenidos, calificación que tiene una importancia esencial para el liquidador tributario, puesto que en la inmensa mayoría de los casos de la misma se deriva con certeza el tipo impositivo que corresponde al acto o negocio documentado. Recordemos que, según dispone el artículo 28.1 de la Ley General Tributaria, los tributos se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado.

En este caso, es el carácter profesional del notario el dominante, ya que la correcta calificación sustantiva es una

exigencia de la seguridad jurídica que el notario debe prestar a los particulares que reclaman su actuación. Sin embargo, ello tiene una incidencia positiva en la aplicación de las normas tributarias, puesto que, como se ha dicho, aquella calificación es extraordinariamente importante para facilitar ésta. Se aprecia pues aquí cómo una correcta actuación del notario es muy beneficiosa para el sometimiento de la actividad jurídica en general a la legalidad y por tanto también en particular a la legalidad tributaria.

c) *Advertencias legales.*

El notario tiene un deber general de advertir a los sujetos intervinientes de las consecuencias de los actos o negocios contenidos en los documentos por él autorizados, deber que forma parte de lo más esencial de la función notarial, y que recoge con carácter general el artículo 1 del Reglamento Notarial y más específicamente, en cuanto a la forma en que debe constar en el documento, el artículo 194 de dicho Reglamento. Pues bien, dentro de esa obligación de advertir entra lo relativo a las consecuencias tributarias de los actos o negocios otorgados y la realización de esas advertencias supone una calificación tributaria de especial importancia.

De todos modos, la afirmación acerca de la existencia de ese deber de advertir de las consecuencias tributarias requiere un importante matiz. Y es que dicho deber se limita a lo razonable, que normalmente son las consecuencias más próximas del acto o negocio, fundamentalmente a los impuestos que lo gravan de modo inmediato, sobre todo indirectos. No existe en condiciones normales una obligación del notario de informar acerca de consecuencias tributarias más mediatas, como las que se producen en la imposición directa, ya que ésta tiene una complejidad que el notario no siempre puede abarcar; además de que en muchos casos requeriría un estudio de toda la situación patrimonial-tributaria del

otorgante y su posible extensión sería casi inabarcable. Pensemos que sólo la adquisición de un inmueble tiene una incidencia en múltiples impuestos y que pueden ser muy variada según los casos; para explicar con una cierta claridad todas o al menos las principales repercusiones tributarias de dicha adquisición haría falta un tratado, y no de pequeño tamaño. Sin perjuicio de que si se le pide expresamente al notario asesoramiento sobre aspectos relativos a esa otra fiscalidad, éste la preste, siempre y cuando la dificultad y especificidad del asunto no requiera la intervención de un especialista.

Por último, indicar que aunque —como se ha dicho y con el alcance expresado más arriba— este deber de advertir forma parte de la obligación general de realizar las reservas y advertencias legales que el notario tiene, las leyes tributarias recogen varias de esas advertencias, imponiendo su realización al notario de modo expreso. A ellas nos referiremos después, en el punto 7 de este apartado, en relación con la intromisión del Estado en la confección del documento notarial por la obligación de insertar constancias relativas al cumplimiento de obligaciones fiscales.

d) *Función asesora jurídico-tributaria del notario.*

Esta función está directamente relacionada con la anterior de realizar las advertencias legales, que, como dijimos, se extiende a las consecuencias tributarias de los actos o negocios otorgados. Pero va más allá, en cuanto que aquí se comprende el asesoramiento previo y la orientación sobre los procedimientos jurídicos más adecuados para quienes reclaman la intervención notarial. Y dado que es indudable que el tratamiento tributario tiene una incidencia cada vez mayor en el comportamiento jurídico de las personas y que el notario debe asesorar a las personas que requieren su ministerio de cuáles son los medios lícitos más adecuados para el logro de los fines igualmente lícitos que persiguen, es evi-

dente que el notario no puede permanecer impasible a la legislación tributaria, sino que, por el contrario, debe dar la orientación más adecuada. Lo cual le obliga a conocer con profundidad la legislación tributaria, como medio de cumplir la función asesora que tiene encomendada. En este punto, hay que recordar que el Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino de Río de Janeiro insistió en la necesidad de que el Notariado incrementara su preparación en Derecho Fiscal. Y el alcance de este asesoramiento tributario ha sido también estudiado en varios congresos, sobre todo en el de México de 1965, ya mencionado antes. De todos modos, debe recordarse lo que ya se ha dicho más arriba acerca de hasta dónde llega la obligación de asesoramiento tributario del notario, que no puede extenderse a la totalidad de las consecuencias fiscales del acto o negocio.

De todo ello se deriva que las propias características de la función notarial así como las necesidades de las sociedades modernas hacen del notario en alguna medida un asesor jurídico tributario de sus clientes; incluso aunque no asuma la *gestión* del documento. Y ello no por un afán *clientelista* del notario, de favorecer lo máximo posible a sus clientes para que estén satisfechos, sino porque la legislación y la deontología notariales le obligan a ello. Es más, el notario que no prestara el debido asesoramiento jurídico-tributario a las personas que reclaman su ministerio, de modo que no les indicara que existe otro medio igualmente lícito pero menos oneroso tributariamente de alcanzar los fines lícitos que se proponen conseguir, estaría incumpliendo una de las misiones más básicas que el notario tiene encomendadas.

Aquí estamos en el aspecto de profesional del Derecho del notario, que busca lo mejor para la persona que reclama sus servicios. Lo cual le coloca en una posición que al menos desde el punto de vista lógico puede considerarse contrapuesta con la de la Administración tributaria y que en ese sentido podría considerarse que entra en contradicción con la de colaborador con ésta. El encuentro del punto adecua-

do de este equilibrio es precisamente el objeto de búsqueda de esta Ponencia. En esta trascendental cuestión se insistirá en el apartado III. Por ahora decir sólo que éste es uno de los aspectos donde quizá se aprecia mejor el fino y a veces difícil equilibrio existente en la figura misma del notario, que por un lado es un funcionario, y como tal tiene unas obligaciones de colaboración con la Administración tributaria que exceden de las de cualquier otro ciudadano, pero por otro lado es un profesional del Derecho, que debe velar por los intereses de las personas que a él acuden.

36

Por lo demás, indicar que esta función asesora tiene los límites propios de toda la actividad asesora notarial. A estos efectos, hay que partir, como siempre, del artículo 1 de nuestro Reglamento Notarial, que dispone que los notarios *“como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”*. Es decir, la función asesora está delimitada por el carácter lícito de los medios que el notario propone y de los fines que el cliente persigue. Lo que implica que a los efectos de la actuación del notario la posible ilicitud de los fines perseguidos la determinan no sólo las normas que podemos llamar sustantivas privadas, sino también las de Derecho público y las tributarias. Es decir, el notario no debe asesorar acerca de la forma de cometer actuaciones tributarias ilícitas. En este sentido, hoy hay que considerar completamente superados los planteamientos que discuten el carácter ético de las normas fiscales y que disculpan su incumplimiento. En los sistemas políticos democráticos y de estado de Derecho, como el que afortunadamente existe en España, nadie puede discutir la obligatoriedad jurídica y ética de todas las normas jurídicas, incluidas las tributarias, se esté conforme o no con ellas. Aceptar lo contrario sería admitir elementos gravísimos de quiebra de todo el sistema. Ahora bien, lo que sí que puede y debe hacer el notario es informar correctamente acerca de la opción más

barata tributariamente entre las varias lícitamente posibles, dentro de lo que se denomina “*economía de opción*”; aprovechando incluso aquellas imperfecciones legislativas que no puedan ser autointegradas por los mecanismos jurídicos que proporciona el estado de Derecho.

e) *Gestión del documento.*

Por último, en la medida en que el notario asuma la *gestión* del documento, es decir, se obligue a llevar a cabo, por cuenta de su cliente, los actos necesarios para la correcta liquidación de los impuestos que recaen sobre los actos o negocios contenidos en el documento por él autorizado, tendrá que interpretar y aplicar la normativa tributaria. Si bien, como ya se ha dicho antes, lo hará por cuenta del cliente y nunca como órgano de la Administración tributaria. Es decir, esta función en realidad forma parte de la del apartado anterior, aunque va más lejos, ya que supone la realización de gestiones materiales por cuenta del cliente. Como en la otra, es una función donde actúa exclusivamente el aspecto de profesional del Derecho del notario.

37

Esto quiere decir que el Notariado está especialmente legitimado para hacer un **examen crítico de las normas tributarias**. Y por ello, vamos a hacer a continuación unas consideraciones, siguiendo el esquema propuesto por el coordinador internacional, acerca de los principales defectos que los notarios observamos en las normas tributarias, sobre todo aquellas que afectan a la actividad notarial, y que dificultan su aplicación e interpretación. Evidentemente, no resulta posible hacer un planteamiento mínimamente completo de los principios esenciales que deben inspirar la normativa fiscal, en realidad todo tipo de normas legales, pero sí que vamos a referirnos a los principales, que son los recogidos en el esquema de la ponencia. Seguiremos sobre todo a VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO (*La seguridad jurídica y el Estado de*

Derecho en España, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993), cuyas consideraciones, aunque referidas a todo tipo de normas jurídicas, resultan especialmente indicadas cuando aludimos a las leyes tributarias. A estos efectos, también hay que tener en cuenta la ya antes citada reciente Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que sobre todo en su artículo 4 ha venido a establecer unos principios que deben respetar las leyes y reglamentos que contengan normas tributarias. De todos modos, no puede dejar de tenerse en cuenta que, por razones de rango, difícilmente podrá hacerse algo frente a las leyes que no cumplan estos principios, tal y como ya antes decíamos; además, no dejan de echarse en falta algunos otros principios que habrían sido muy convenientes. Dicha ley también se ha preocupado de establecer principios que faciliten el cumplimiento por los particulares de sus obligaciones fiscales, y así se dispone el derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias acerca del contenido y alcance de las mismas (art. 3.a); este principio se desarrolla a través de distintos instrumentos, a los que aludiremos.

Dicho lo cual, pasemos a examinar esos aspectos en los que la normativa tributaria presenta carencias.

II.1.1. *Certeza respecto de la legislación tributaria y sobre su vigencia y permanencia.*

Se trata de exigencias que vienen impuestas por el principio de seguridad jurídica, entendido en su aspecto de que sea razonablemente posible conocer las normas vigentes, de modo que los ciudadanos puedan saber qué consecuencias tributarias tienen los actos jurídicos que realicen y en consecuencia planificar su vida. Recuérdese que el artículo 9.3 de nuestra Constitución consagra y garantiza la seguridad jurídica. De este principio son varias las consecuencias que pueden inferirse:

a) La aprobación de las normas tributarias debe estar dotada de la necesaria publicidad. Esto debería implicar que llegaran gratuitamente a todos los destinatarios, ya que el más elemental respeto a la persona, cuya proyección vital es el fin último del Derecho reclama que la ordenación por la que se ha de encauzar su vida le sea facilitada sin contraprestación.

Además, habría que actualizar el sistema de publicidad, mediante la utilización de los medios que la técnica ofrece y que permitieran un fácil acceso al conocimiento e inteligencia de las leyes. No es lógico que en la época de la televisión y de la informática se siga empleando como único proceso de publicidad el de los boletines oficiales impresos sobre papel. Los esfuerzos realizados en los últimos tiempos en este campo todavía no pueden considerarse suficientes.

b) Hay que condenar la aplicación retroactiva de las normas tributarias que imponen deberes o responsabilidades nuevas o incrementan los existentes. La seguridad jurídica no admite que las leyes tributarias puedan afectar a situaciones o derechos nacidos al amparo de una legislación anterior. Únicamente debería exceptuarse los casos, excepcionales, de existencia de cambios que imponga la nueva estructura u organización del Estado, aceptada por la práctica generalidad de la población, al considerarse generadora de un mayor equilibrio seguridad libertad desde un punto de vista global.

Sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 28-10-1997 ha declarado ajustada a la Constitución una elevación de la tarifa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas realizada en el curso del ejercicio tributario al que se refiere dicha subida, 1992. Dicho alto tribunal reitera su doctrina de que no existe una prohibición constitucional de legislación tributaria retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución y de que, aunque podría suceder que la retroactividad sí que atentara

contra el principio constitucional de seguridad jurídica, éste no puede erigirse en un valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente, ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal; pero añade que tal principio sí que protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad, y que para valorar si así sucede hay que examinar las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto. Como criterio orientador, el Tribunal estima que resulta relevante distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, que se produce cuando la disposición pretende aplicar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas, y que sólo exigencias cualificadas de interés general podría imponer, y la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aun no concluidas, en la que la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares. Basándose en toda esta colección de argumentos, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada elevación de la tarifa, ya que considera que no es una retroactividad de grado máximo y que era previsible, ya que la ley que estableció la reforma, aprobada en noviembre, había ido precedida de un Decreto-Ley, dictado en julio, que sí que se declaró inconstitucional pero

que, a juicio del Tribunal, tuvo la virtud de poner en aviso a los ciudadanos, meses antes, permitiéndoles tomar conciencia de la situación crítica de las finanzas del Estado, dándoles la oportunidad de ajustar su propio comportamiento económico a las consecuencias fiscales derivadas del cambio legislativo; a ello, añade el alcance limitado de la medida adoptada, en cuanto que afectaba a un número pequeño de contribuyentes.

La citada Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes no ha establecido ninguna limitación a esta posibilidad de dictar normas tributarias retroactivas. Si bien, sí que ha sentado el de que las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado (art. 4.3).

c) Es preciso que las normas tengan una cierta estabilidad, con el fin de que existan las condiciones idóneas para el desarrollo de la capacidad creativa del hombre y para el progreso social y la libertad. El cambio constante genera una inseguridad y una falta de confianza en el sistema jurídico que provoca una reducción o pérdida de la ilusión necesaria para afrontar la lucha que todo proyecto exige, y consecuentemente una debilitación del dinamismo social. Lo cual no quiere decir, evidentemente, que se pretenda una inmutabilidad de las leyes, ya que éstas tienen que responder a las necesidades verdaderamente sentidas por la sociedad, que cambian con el tiempo. Lo que se pretende decir es que los cambios legislativos deben responder a necesidades sociales realmente sentidas y deben realizarse desde una visión integradora, no deben ser mera consecuencia de la precipitación por falta de perspectiva o de adecuada reflexión, debiendo ser además, como se dijo antes, respetuosas con los derechos adquiridos.

En España, algo se ha avanzado en este campo con la doctrina del Tribunal Constitucional que ha consagrado lo que la doctrina científica ya había venido defendiendo desde

hacía mucho tiempo, y es la improcedencia de aprovechar la Ley de Presupuestos, ley singular o peculiar, de vigencia necesariamente anual y destinada a aprobar un instrumento tan peculiar como son los Presupuestos Generales del Estado, para introducir verdaderas normas tributarias sustantivas; su contenido debe quedar limitado a lo que tenga relación directa con los ingresos y gastos o con los criterios de política económica general en que se sustentan. Sin embargo, lo cierto es que en el fondo el cambio no ha sido excesivo, puesto que la práctica actual consiste en dejar los cambios sustantivos para una ley independiente de la de Presupuestos, la llamada de acompañamiento de la de Presupuestos, que indefectiblemente se aprueba cada año simultáneamente con ésta, y que modifica infinidad de aspectos del sistema tributario e incluso de otras materias.

42 **II.1.2.** *La autoridad fiscal como legislador tributario. Defectos en la técnica legislativa. Multiplicidad y superposiciones normativas.*

Esto hace referencia a dos importantes aspectos:

a) En primer lugar al proceso de elaboración de las normas tributarias. La práctica nos muestra cómo éstas se preparan apresuradamente, por equipos fundamentalmente económicos, con un cierto desprecio a veces de los principios jurídicos, y persiguiendo muy de cerca el logro de unas finalidades conyunturales marcadas por criterios políticos muy concretos. Todo lo cual repercute en muchas ocasiones en una mala recepción por parte de la sociedad.

Sería preciso cambiar esta forma de proceder, para conseguir que las leyes tributarias consiguieran el mayor grado de objetividad y de aceptación general. Las leyes tienen que ser elaboradas reflexivamente, a través de un procedimiento de síntesis de las diversas opiniones de las personas más idóneas para tal función; no pueden ser el resultado de una decisión subjetiva, sino que han de constituir una formula-

ción impersonal que garantice la eliminación de la arbitrariedad. Para conseguir todo ello sería necesario que el órgano que elabora las normas tributarias estuviera formado por personas elegidas y seleccionadas sobre la base de su madurez y prestigio personal, que en él tuvieran una intervención muy destacada juristas, para dotarlas de una correcta técnica jurídica, y que el funcionamiento del órgano permitiera la mayor neutralización de su carga ideológica, que empañaría la objetividad y aceptación por el mayor número de ciudadanos, a través de una confrontación dialéctica entre las diversas fuerzas representativas que lo integran.

b) El segundo aspecto hace referencia al contenido de las leyes y es consecuencia de lo que se acaba de decir sobre el proceso de elaboración. Y es que las normas jurídicas tributarias carecen en muchas ocasiones del rigor técnico y de la coherencia que son precisos. Más concretamente, son exigencias que deberían cumplir las siguientes:

— El respeto a los principios de legalidad y de jerarquía normativa, en contra de la práctica a veces existente de aprobar normas de rango reglamentario que regulan materias reservadas a la ley o que contravienen lo previsto en leyes formales.

— La ausencia de normas contradictorias con otras anteriores. Es cierto que la ley posterior deroga la anterior en lo que la contradiga, pero la seguridad jurídica exige que la derogación se haga expresamente, en vez de obligar al aplicador a realizar interpretaciones no siempre seguras. En este punto, la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, contiene dos importantes reglas que pueden mejorar sensiblemente la seguridad jurídica tributaria. Por un lado, su artículo 4.2 dispone que las Leyes y los reglamentos que modifiquen normas tributarias contendrán una relación completa de las normas derogadas y la nueva redacción de las que resulten modificadas. Y por otro, el artículo 6 señala que el Ministerio de Economía y Hacienda acordará y ordenará la publicación en el primer trimestre de cada ejercicio

de los textos actualizados de las Leyes y Reales Decretos en materia tributaria en los que se hayan producido variaciones respecto de los textos vigentes en el ejercicio precedente y también ordenará la publicación en igual plazo y forma de una relación de todas las disposiciones tributarias que se hayan aprobado en dicho ejercicio; y se añade que también se publicarán periódicamente por los procedimientos que en cada caso resulten adecuados las contestaciones a consultas y las resoluciones económico-administrativas de mayor trascendencia y repercusión y que la Administración tributaria y los Tribunales Económico-Administrativos deberán suministrar, a petición de los interesados, el texto íntegro de consultas o resoluciones concretas, con supresión en ellas de toda referencia a los datos que permitan la identificación de las personas a las que se refiere.

44

— Son igualmente condenables las remisiones a otros cuerpos legales. En efecto, cuando se regula una institución de modo independiente por considerar que tiene particularidades que exigen un tratamiento especial, el legislador no puede, por mera comodidad, aliviarse mediante remisión a preceptos de otra ley que regula una inscripción distinta, por muy iguales que se quieran ciertos efectos; pues siempre surgirá el problema de la relación o engarce de la norma remitida con el conjunto, que responde a coordenadas distintas. Ténganse en cuenta además los problemas que la técnica de la remisión plantea cuando se deroga o modifica la ley a la que se ha producido la remisión.

II.1.3. *Complejidad, poca claridad e inmediata entrada en vigencia de las normas tributarias.*

Si éste es un defecto que se pone de manifiesto con demasiada frecuencia en muchas leyes, probablemente las tributarias alcanzan un lamentable récord. Desgraciadamente, aunque sea una obviedad hoy más que nunca hay que insis-

tir en la necesidad de que las leyes sean claras, en el sentido de que toda norma jurídica es una proposición lógica que debe redactarse de manera legible, utilizando un lenguaje sencillo y fácilmente comprensible para todos a los que va dirigido su mandato.

La claridad exige además que el título de la ley responda a su contenido, lo que rechaza la acumulación dentro de la misma ley formal de normas reguladoras de materias distintas a la que da nombre o título. La Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes también ha sido sensible a esta cuestión y así su artículo 4.1 dispone que las Leyes y los reglamentos que contengan normas tributarias deberán mencionarlo expresamente en su título y en la rúbrica de los artículos correspondientes.

Y este principio también debe imponer que las normas se formulen de forma completa, evitando que quede a la duda del intérprete las consecuencias de su incumplimiento. También desde este punto de vista son reprobables las remisiones a que antes nos referíamos, ya que dificultan esa claridad.

Los defectos de esa falta de claridad se agravan con la práctica, desgraciadamente cada vez más frecuente, de omitir una *vacatio legis* suficiente. En efecto, otra exigencia de la seguridad jurídica es que medie un espacio de tiempo suficiente desde su publicación de las leyes a su entrada en vigor, con el fin de que puedan ser leídas y asimiladas intelectualmente, reflexivamente, lo cual ayudará a contrarrestar la fuerza de la inercia de la legislación anterior. Únicamente deberían exceptuarse los casos en que el conocimiento anticipado a la fecha de su obligatoriedad pudiera suponer una utilización abusiva de la legislación anterior por los más avisados.

II.1.4. Falta de uniformidad en la interpretación de las normas por los distintos agentes fiscales.

Una de las cuestiones esenciales que suscita la aplicación de toda norma es la relativa a la interpretación de la misma, sobre todo cuando la redacción de la misma no ha sido hecha con el cuidado preciso, lo que, desgraciadamente es muy frecuente en nuestros días, y el campo tributario es especialmente dado a reunir esa falta de claridad por las razones ya indicadas en los apartados anteriores. Ante la oscuridad o la falta de coherencia de las normas se hace imprescindible la realización de una compleja labor interpretativa, difícil y de resultados inseguros.

46 No se trata ahora de insistir sobre todo ello, ya visto anteriormente. Lo que aquí interesa es destacar el incremento de inseguridad que para el contribuyente se genera como consecuencia de la falta de uniformidad de esa interpretación, incluso por las diversas Administraciones públicas. Sería necesario que éstas hicieran un verdadero esfuerzo por fijar criterios uniformes de interpretación, sin perjuicio de su posible revisión por los Tribunales cuando los contribuyentes interpongan los correspondientes recursos por estar disconformes con ellos.

En España, esta situación no sólo no ha mejorado en los últimos tiempos, sino que, por el contrario, la configuración territorial del Estado en diferentes Comunidades Autónomas surgida de la Constitución de 1978 y la atribución a éstas de las competencias de gestión y recaudación de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y Donaciones, que son los que inciden de modo más directo en los actos y contratos autorizados por los notarios ha incrementado la dispersión territorial en los criterios interpretativos seguidos. Si bien la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las Leyes y demás disposiciones en materia tributaria corresponde privativamente al Ministro de Hacienda, quien la

ejercerá mediante Orden publicada en el “Boletín Oficial del Estado” (art. 18.1 de la Ley General Tributaria). Este tipo de disposición no suele ser muy frecuente.

Existe un instrumento que puede servir en algunos casos para conseguir una cierta unidad de interpretación, a la vez que para aclarar las dudas que suscita la misma. Se trata de las consultas que los colegios profesionales, cámaras oficiales, organizaciones patronales, sindicatos, asociaciones de consumidores, asociaciones empresariales y organizaciones profesionales, así como las federaciones que agrupen a los organismos o entidades mencionados, pueden formular a la Administración tributaria, cuando se refieran a cuestiones que afecten a la generalidad de sus miembros o asociados (art. 107.3 de la Ley General Tributaria). Estas consultas no tienen carácter vinculante con carácter general, si bien dispone el mismo precepto que no incurrirán en responsabilidad los obligados tributarios que hubieren cumplido sus obligaciones tributarias de acuerdo con la contestación a las mismas. No obstante, en ciertos casos, sí que tienen eficacia vinculante para la Administración tributaria (supuestos regulados en el art. 107.4 y 107.5 de la misma Ley). La competencia para contestar las consultas corresponderá a los centros directivos del Ministerio de Economía y Hacienda que tengan atribuida la iniciativa del procedimiento para la elaboración de disposiciones en el orden tributario general o en el de los distintos tributos, su propuesta o interpretación (art. 107.6). Tratándose de consultas sobre disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que les atribuye la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias, la competencia para resolverlas les corresponde a ellas. Las consultas sí que son bastante frecuentes, pero lo cierto es que su preparación, ya que deben ser debidamente documentadas, requiere un esfuerzo, y las posibles dudas a resolver son tantas y la

renovación de la legislación tributaria tan rápida, que sus frutos no pueden considerarse excesivos.

La Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes ha incrementado esta vía. Así, el artículo 5 consagra el principio general de que la Administración tributaria debe prestar a los contribuyentes la necesaria asistencia e información acerca de sus derechos, añadiendo que esta actividad se instrumentará, entre otras, a través de contestaciones a consultas tributarias; en los términos establecidos por las leyes, quedarán exentos de responsabilidad por infracción tributaria los contribuyentes que adecuen su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las contestaciones a consultas.

El artículo 8 de la misma ley desarrolla esta materia indicando que los contribuyentes podrán formular a la Administración tributaria consultas debidamente documentadas respecto al régimen, la clasificación o la calificación que en cada caso les corresponda y que la Administración tributaria deberá contestar por escrito las consultas así formuladas. Añade que la contestación tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria en la forma y en los supuestos previstos en la Ley General Tributaria, y en las leyes propias de cada tributo; en este supuesto, el plazo máximo para contestar por escrito las consultas será de seis meses.

Y el artículo 9 añade que los contribuyentes podrán solicitar a la Administración tributaria, cuando las leyes o reglamentos propios de cada tributo así lo prevean, que determine con carácter previo y vinculante la valoración a efectos fiscales de rentas, productos, bienes, gastos y demás elementos del hecho imponible, y salvo que se modifique la legislación o que varíen significativamente las circunstancias económicas que fundamentaron su valoración, la Administración tributaria estará obligada a aplicar al contribuyente los valores expresados en el acuerdo.

II.1.5. *Conveniencia de consultas previas de legisladores y autoridades fiscales con entidades representativas de profesionales y de otros colectivos, antes de dictar normas tributarias relativas a las obligaciones que a ellos incumben.*

La conveniencia, casi necesidad, de que para legislar se cuente con las personas que conocen la materia y la aplican en la práctica y con las que resultan afectadas directamente por las mismas parece evidente, y ya aludíamos antes a ella al comentar cómo debería ser el proceso de elaboración de las normas en general y las tributarias en particular. Y, tras todo lo que llevamos dicho, creemos que ha quedado claro que el Notariado es un importante agente de la aplicación de las normas tributarias, o al menos de algunas de ellas; y por ello es uno de los colectivos cuya opinión debería tenerse en cuenta por los legisladores y autoridades fiscales cuando se quiere acometer la reforma de alguna de las leyes que afectan más directamente a su función.

Sin embargo, desgraciadamente, y como ya se apuntaba anteriormente, no es habitual que los legisladores y autoridades fiscales pidan opinión ni del Notariado ni de ningún otro colectivo profesional.

Ello no obstante, nuestro legislador ha acabado siendo consciente de la necesidad de contar con la opinión de la sociedad y sus instituciones para la elaboración de las reformas tributarias y la aplicación de las normas fiscales, y así la reforma de 1995 de la Ley General Tributaria, en un capítulo sobre *“la colaboración social en la gestión tributaria”* (arts. 96 a 100) prevé la posibilidad de conseguir acuerdos de la Administración tributaria con entidades, instituciones y organismos representativos de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales, referidos, entre otras cosas, a la simplificación del cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, y también para la configuración de los principios inspiradores de las reformas tributarias. Aunque su aplicación práctica está por ver, el solo hecho de que

el legislador tributario haya llegado a admitir la necesidad de esta colaboración no deja de ser un gran logro. El tiempo dirá si se hace realmente efectiva.

En el ámbito del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuya gestión, liquidación, inspección y recaudación e incluso algún aspecto sustantivo normativo se encuentran cedidos a las Comunidades Autónomas, tal vez puedan conseguirse, a través de los diversos Colegios Notariales, y dada la cercanía, acuerdos que faciliten la aplicación de los mismos. De momento, sin embargo, es una vía que no se ha utilizado demasiado.

II.2. El notario como liquidador de impuestos.

50 A diferencia de lo que sucede en otros países, la legislación española no impone al notario la obligación de liquidar los impuestos devengados por los actos o negocios contenidos en los documentos que autoriza, entendiendo la liquidación en sentido jurídico tributario, es decir, como la realización de los actos precisos para la determinación de la concurrencia de un hecho imponible, de los elementos de la deuda tributaria, la cuantificación de la misma y su cobro.

Ni siquiera está obligado a presentar un avance de liquidación en las oficinas de Hacienda, ni antes ni después de haber sido autorizada la escritura.

Afortunadamente es así, y debe seguir siéndolo, puesto que se trataría de una función que no sólo nada tiene que ver con la actividad notarial, sino que su atribución al notario podría poner en peligro los beneficios de su función, socavando el fundamental aspecto de la confianza en el notario de quien reclama sus servicios y que tan importante es para el logro de la seguridad jurídica al que la institución notarial tiende.

Solamente cuando es el propio cliente el que lo solicita al notario, y siempre que éste voluntariamente lo asuma, se en-

cargará de la gestión del documento, procurando su liquidación, pero, como se ha dicho antes, por cuenta del cliente y no como órgano delegado de la Administración tributaria.

II.3. El notario como agente de retención.

Cuando hablamos del notario como posible agente de retención de impuestos, nos estamos refiriendo a su actividad en cuanto que tal notario y relativa a las obligaciones tributarias que puedan derivarse de los actos o negocios contenidos en los documentos que autoriza. De modo que queda fuera de este apartado la obligación general que el notario, como un profesional más, tiene de retener a sus empleados, a los profesionales y empresarios que le prestan servicios y a los arrendadores de los locales en que tenga instalada su oficina.

Pues bien, así centrada la cuestión hay que decir que tampoco tiene el notario en España con carácter general obligación de realizar retención a cuenta de las posibles obligaciones tributarias de los otorgantes. En este sentido, nuestro sistema jurídico también cumple con la necesidad de mantener al notario al margen de las cuestiones relativas a la liquidación y recaudación de impuestos.

Ahora bien, esta regla general tiene una excepción. Se introdujo por el artículo 3 de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, desarrollado por el artículo 8 del Real Decreto 2027/1985, de 23 de octubre. Dicho artículo 3 de la Ley 14/1985 ha sido derogado por la Ley 43/1995 aprobadora del Impuesto sobre Sociedades. Si bien lo que sucede es que tales obligaciones han pasado a las Leyes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades, siendo desarrolladas por sus respectivos Reglamentos (art. 50 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y art. 58 del del Impuesto sobre Sociedades, en la redacción que les han dado

respectivamente los Reales Decretos 536/1997 y 537/1997, ambos de 24 de abril).

La obligación se refiere a los llamados activos financieros con *rendimientos implícitos*, considerándose tales cualquier instrumento de giro, incluso los originados en operaciones comerciales, a partir del momento en que se endose o transmite, salvo que el endoso o cesión se haga como pago de un crédito de proveedores o suministradores. En estos casos, el rendimiento del activo financiero se obtiene no mediante la generación de un interés, sino por la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación.

La obligación de retener en estos casos se impone:

a) En los rendimientos obtenidos en la transmisión, amortización o reembolso de dichos activos, a la entidad emisora o a las instituciones financieras encargadas de la operación.

52 Pero cuando se trate de instrumentos de giro convertidos después de su emisión en activos financieros, a su vencimiento o transmisión estará obligado a retener el fedatario o institución financiera que los presente al cobro.

b) En los rendimientos obtenidos en transmisiones relativas a operaciones que no se documenten en títulos, así como en las transmisiones encargadas a una institución financiera, al banco, caja o entidad que actúe por cuenta del transmitente.

c) En los demás casos no recogidos en los apartados anteriores, será obligatoria la intervención de fedatario público, que practicará la correspondiente retención.

Se completa la normativa indicando que para proceder a la enajenación u obtención del reembolso de los títulos o activos con rendimiento implícito que deban ser objeto de retención, habrá de acreditarse la previa adquisición de los mismos con intervención de los fedatarios o instituciones financieras mencionadas, así como el precio al que se realizó la operación. Y las instituciones financieras o los fedatarios públicos se abstendrán de mediar o intervenir en la trans-

misión de estos activos cuando el transmitente no justifique su adquisición de acuerdo a lo dispuesto en este artículo.

La retención se practica sobre la diferencia positiva entre el importe obtenido en la transmisión y el de adquisición, sin que proceda la minoración de los gastos accesorios a la operación. Como el resto de las retenciones y pagos a cuenta, el retenedor deberá declarar e ingresar en el Tesoro Público las cantidades retenidas trimestralmente dentro de los primeros veinte días del trimestre natural siguiente. Además, hay que presentar un resumen anual en el mismo plazo de la última declaración de cada año.

En realidad, estamos ante una retención impropia, ya que el notario no retiene en el sentido de que deje de pagar algo a lo que en principio estaba obligado; el precio de la transmisión pasa directamente del adquirente al transmitente. Es decir, lo que la norma viene a querer decir es que el notario no debe autorizar el documento si no se le deposita la parte del precio que debe ser objeto de la retención, de modo que si no lo hace así tendrá la responsabilidad propia del retenedor.

En cualquier caso, se trata de un supuesto bastante excepcional en la práctica, ya que los notarios no autorizan normalmente documentos que contengan actos o contratos de los que dan lugar a esta obligación de retener.

Completamente distinto es el caso de que la ley impone a uno de los otorgantes, el adquirente, la obligación de retener parte del precio a cuenta de las obligaciones tributarias del otro, el transmitente, y como consecuencia del acto o negocio contenido en el documento que el notario autoriza. En tal caso, evidentemente, la obligación de retener no corresponde al notario, pero éste sí que ha de advertir de la existencia de ese deber, ya que, aunque no hay ninguna norma que lo imponga expresamente, entra dentro de la función de asesoramiento que el notario debe hacer y de las reservas y advertencias legales ineludibles. El caso más frecuente en la práctica consiste en la obligación que se im-

pone a quien adquiere un inmueble situado en España de una persona o entidad no residente que actúe sin establecimiento permanente, de retener en determinadas condiciones una parte del precio de venta (actualmente un 5 por 100) e ingresarlo en el Tesoro público a cuenta de las posibles obligaciones tributarias de los vendedores (art. 19 de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y 57.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades).

II.4. El notario como responsable del pago del tributo retenido.

De conformidad con lo que acaba de decirse, y dado que en España no existe una obligación por parte del notario de retener ni recaudar impuestos, tampoco asume responsabilidad por esa razón, salvo en el único caso expresado antes en que sí existe una obligación de retener.

54

Respecto al citado supuesto en que existe obligación de retener, declarar e ingresar lo retenido en el Tesoro público, es decir, el de autorización de escrituras en que se documente la transmisión de activos con rendimiento implícito, la responsabilidad en que incurre el notario que incumple tal deber es similar a la general que para todo supuesto de obligación de retención establece el sistema tributario español. Se trata de una infracción tributaria, sujeta a las sanciones que regulan los artículos 80 y 87 de la Ley General Tributaria, sin perjuicio de los recargos e intereses de demora que correspondan conforme a los artículos 58.2 y 61.3 de la misma Ley.

II.5. La responsabilidad fiscal del contribuyente y la del notario.

II.5.1. *Necesidad de diferenciar la distinta responsabilidad de ambos sujetos de la relación tributaria.*

Nuestro sistema jurídico distingue con claridad las responsabilidades tributarias del contribuyente y del notario. En efecto, dado que, como se ha dicho, no se hace al notario responsable del cumplimiento por parte de aquél de sus obligaciones con el fisco, ninguna consecuencia negativa puede derivarse para el notario del hecho de que el contribuyente no haya hecho efectivos sus deberes tributarios. Es la solución existente y la correcta, por todas las razones que se han ido expresando con anterioridad.

Únicamente podrían derivarse responsabilidades tributarias para el notario si éste ha incumplido alguna de las obligaciones que específicamente le impone la legislación tributaria, como sería la de admitir documentos no liquidados en los términos antes explicados o la de informar al fisco en los casos en que está obligado y que luego se estudiarán. Pero, aun así, ello será independiente de que el contribuyente al que se refieran esos documentos haya cumplido sus obligaciones tributarias o no lo haya hecho. También podría incurrir en responsabilidad si ha incumplido deberes propios de su función, como el de informar adecuadamente a los otorgantes de las obligaciones tributarias derivadas del documento otorgado, en los términos que también hemos examinado antes; pero esta responsabilidad lo será en su caso civilmente frente al otorgante, que se tendrá que hacer valer ante los Juzgados y Tribunales ordinarios, y también de tipo disciplinario, que solamente podrá ser exigida mediante el procedimiento regulado en el Reglamento Notarial (art. 346 del mismo) y no por el procedimiento de disciplina tributaria.

II.5.2. Responsabilidad del notario por la elusión o evasión impositiva en actos en los que interviene.

En el Derecho español, esta cuestión hay que plantearla en relación a la no existencia de una obligación general de que el notario controle la veracidad de las declaraciones que sobre el precio o valor de los bienes objeto del negocio se contienen en los documentos que autoriza, ni siquiera en si realmente los otorgantes están celebrando el negocio que dice estar otorgando. Esto es así porque el notario no puede saber si las declaraciones que los otorgantes hacen en el negocio son ciertas o simuladas, ya que carece de medios para ello. Es cierto que existe una plausible tendencia para conseguir que el notario controle la realidad de los elementos del negocio, pero no existen medios para que el notario pueda conocer si el precio que se declara es el real.

56 La propuesta que se ha llegado a hacer consistente en imponer la obligación de que el pago se realice ante el notario no sería una solución. Pensemos que en muchos casos el pago se ha hecho mucho antes (escrituras de elevación a público de contrato privado celebrado hace muchos años) y ni siquiera es posible conseguir justificantes suficientes acreditativos del pago. Además, incluso en los casos de pago simultáneo, tal exigencia no impediría la posibilidad de precios más elevados pagados extranotarialmente o de precios ficticios que luego se devuelven. Por otro lado, la propuesta de establecer un sistema similar al previsto para el control de las aportaciones dinerarias de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada parte de una asimilación de supuestos diferentes, ya que para éstas estas sociedades existen unas obligaciones estrictas de contabilidad que no hay con los particulares, además de que el sentido de ese control en ambos casos es opuesto: mientras que en las aportaciones a sociedad, lo que se pretende controlar es que no sean inferiores al capital, en las compraventas se trataría de controlar que no sea superior a lo declarado.

La cuestión sin embargo ha sido conflictiva en España, en donde por algunos sectores de la Administración tributaria se ha llegado a acusar al Notariado, incluso ante la opinión pública, de ser en cierto modo cómplices del fraude fiscal, por aceptar conscientemente en las escrituras la consignación de precios o valores muy inferiores a los reales, e, incluso, de algún modo estimularlo. Fue precisamente ese planteamiento inicial el que dio lugar a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

Entre las *soluciones* que se barajaron en un principio estaba la misma *funcionarización* de los notarios, convirtiendo sus honorarios en *tasas* públicas, es decir, en ingreso del Estado. La acusación resultaba manifiestamente simplista e injusta, ya que no tenía en cuenta que la práctica consistente en declarar precios o valores inferiores a los reales se debía a razones muy diversas, entre las que no tienen poca relevancia lo elevado de la tributación sobre los inmuebles en nuestro país y la misma tolerancia de la Administración tributaria; y la solución de funcionarización era desmedida, poco realista y sin relación con la finalidad pretendida. Afortunadamente, al final la Administración tributaria se contentó con establecer fundamentalmente dos medidas.

La primera consistió en obligar a que los notarios apliquen su Arancel sobre los valores comprobados fiscalmente y a falta de aquéllos sobre los consignados por las partes en el documento, con un fuerte régimen sancionador para el incumplimiento de este régimen, convencidos los promotores de la ley de que así se fomentaría la avaricia de los notarios y ello haría que presionaran a sus clientes para que elevaran los precios y valores consignados en las escrituras. Sólo un profundo desconocimiento de lo que es el Notariado y de su forma de actuación podía hacerles pensar así; porque lo cierto es que tal cosa no ha sucedido; y lo más sorprendente es volver a oír en alguna ocasión a los princi-

pales promotores de la ley insistiendo en que los notarios siguen sin cumplirla porque en las escrituras todavía no se declaran los valores reales, obviando que en estos momentos el primer perjudicado por ello es el propio notario. Resulta estremecedor comprobar cómo pueden marcar pautas de normas que entran en el estatuto jurídico del Notariado personas que demuestran tener un desconocimiento tan enorme de en qué consiste la actividad notarial. Y ello sin perjuicio de reconocer que dicha norma ha tenido efectos positivos en cuanto ha venido a clarificar las bases de aplicación del Arancel y a dar más transparencia a la forma de percepción de los honorarios notariales, en concordancia con las directrices de las normas reguladoras de los derechos de los consumidores y usuarios.

58

La segunda medida consistió en establecer un régimen tributario muy gravoso para los contribuyentes en las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos, de modo que si el valor comprobado a efectos de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas excede del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste y dicho exceso fuera superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por la modalidad expresada, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de las transmisiones a título lucrativo (esta regla actualmente se contiene en el artículo 14.7 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados). Tampoco es éste el lugar para discutir el alcance y lo acertado de la norma, muy poco utilizada en la práctica y que ha recibido muchas críticas.

Puede por tanto hoy afirmarse que no existe un deber específico de no autorización cuando el notario sospeche que los otorgantes no declaran en el negocio jurídico que se pretende otorgar la veracidad económica de la transacción, con la evidente finalidad de elusión fiscal. Así lo acepta hoy in-

cluso, aunque con reticencias, la propia Administración. El notario cumple con hacer a los otorgantes las advertencias sobre las consecuencias fiscales y de otra índole de las declaraciones o falsedades que realicen en el documento (apartado 4 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos, que luego se estudiará). La no autorización supondría incurrir en una denegación de funciones injustificada, ya que no estaríamos ante ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 145.2 del Reglamento Notarial, al entenderse que no podría hablarse en principio de que por esa sola sospecha el negocio jurídico pudiera ser considerado contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o carente de los requisitos necesarios para su plena validez.

II.5.3. *Improcedencia de la determinación, a través de la intervención notarial, del origen del dinero con el que se efectúan las operaciones otorgadas en escritura pública.*

59

Tampoco existe en nuestro país la obligación general de que el notario controle el origen del dinero que se utiliza como contraprestación de las adquisiciones de bienes y derechos que se documentan en las escrituras públicas.

Por excepción, existe un caso en que sí que se impone al notario una obligación en ese sentido, si bien con un alcance limitado. Se trata de las adquisiciones realizadas por personas físicas y jurídicas que no residen en España. Para ellas, la legislaciones sobre Control de Cambios y sobre Inversiones Extranjeras en España exige que se acredite la procedencia de las aportaciones dinerarias utilizadas, salvo que se pague en moneda metálica o billetes de banco por importe inferior a un millón de pesetas. La acreditación se hará, según los casos, mediante los impresos de los que resulte haber introducido dichos medios de pago en España o mediante documento bancario que acredite que los referidos medios de pago proceden de adeudo en la cuenta que el no

residente inversor mantenga en una oficina en España de entidad registrada o que tales medios de pago proceden o se han librado con cargo a una cuenta abierta en el extranjero. De todos modos, la acreditación se limita a ese aspecto y no se extiende a la forma en que se adquirieron esos fondos por parte del inversor.

Relacionadas con esta cuestión del control del origen de los fondos con que se realizan las adquisiciones que se documentan en escritura pública, aunque ajenas al campo estrictamente tributario, se encuentran las obligaciones que impone la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio por el que se aprueba su Reglamento desarrollador. A ellas nos referiremos más adelante.

60 II.6. El notario como agente de información del Fisco.

En España es en este aspecto donde se concentra la mayor parte de los deberes de colaboración que la ley impone al notario respecto de la Administración tributaria. De aquí que éste sea un apartado donde debemos detenernos especialmente.

Hay que empezar diciendo en coherencia con lo que al principio se indicaba sobre el ámbito de esta ponencia, que no se trata de estudiar aquí los deberes tributarios que el notario tiene como persona individual que ejerce una actividad profesional, sino los que tiene como tal notario y en relación a la información relativa a los actos o negocios por él autorizados.

Esta obligación específica de colaboración que tiene el notario tiene su origen en el **deber general de colaboración con la Administración tributaria**, deber con diversas manifestaciones, entre las que se encuentra la que aquí nos interesa. Así, el artículo 111 de la Ley General Tributaria impone a toda persona natural o jurídica, pública o privada, la

obligación de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.

Este deber ha tenido un amplio desarrollo en los últimos tiempos y ha sido muy controvertido, sobre todo en su relación con la protección de la intimidad de las personas, el secreto bancario y el secreto profesional, lo que ha dado lugar a bastante jurisprudencia, que ha ido aclarando la materia. Sin embargo, no es éste el lugar de hacer un estudio general de este deber, su justificación, sus límites y el procedimiento para su ejercicio. Debemos centrarnos en lo que afecta a la función notarial, a la que, por cierto, se alude expresamente, por un lado al referirse al secreto del Protocolo notarial, sobre lo que nos detendremos luego, y por otro en relación a las sanciones que se prevén para su incumplimiento.

En cuanto a las **sanciones por incumplimiento**, hay que decir que la ley ha ido incrementando las previstas para el supuesto general de incumplimiento por parte de los ciudadanos de las obligaciones de colaborar. Actualmente, el artículo 83.2 de la Ley General Tributaria, en la redacción que le ha dado la Ley 25/1995, de 20 de julio, prevé como sanción general para cualquier ciudadano que incumpla los deberes de suministrar datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, bien con carácter general, bien a requerimiento individualizado la imposición de multas de 1.000 a 200.000 pesetas por cada dato omitido, falseado o incompleto que hubiera de figurar en las declaraciones correspondientes o ser aportado en virtud de los requerimientos efectuados, sin que la cuantía total de la sanción impuesta pueda exceder del 3 por 100 del volumen de operaciones del sujeto infractor en el año natural anterior al momento en que se produjo la infracción, límite que será de 5.000.000 de pesetas cuando los años naturales anteriores no se hubiesen realizado operaciones, cuando el año natural anterior fuese el

del inicio de la actividad o si el ciclo de producción fuese manifiestamente irregular. Y si como consecuencia de la resistencia del sujeto infractor o del incumplimiento de sus obligaciones contables y formales, la Administración tributaria no pudiera conocer la información solicitada ni el número de datos que ésta debiera comprender, los límites expresados se elevan al 5 por 100 del volumen de operaciones –sin que además en ningún caso la sanción pueda ser inferior a 150.000 pesetas– y a 8.000.000 de pesetas.

62

Estas son las sanciones generales para el incumplimiento del deber de colaborar. Pero el artículo 86 añade que si los sujetos infractores fuesen autoridades, funcionarios o personas que ejerzan profesiones oficiales, y siempre que de la infracción cometida se deriven consecuencias de gran trascendencia para la eficacia de la gestión tributaria, la multa expresada en el apartado anterior llevará además aparejada la suspensión por plazo de un mes, si su cuantía fuese superior a 1.500.000 pesetas; por plazo de seis meses, si fuera superior a 6.000.000 de pesetas; y por plazo de un año, si fuera superior a 30.000.000 de pesetas (redacción dada por la Ley 27/1995, de 20 de julio, que ha elevado los límites económicos que antes existían).

Que la notarial está comprendida dentro de esas *profesionales oficiales* lo dice expresamente el artículo 80.4 de la misma Ley. Se produce, por tanto, una acumulación de sanciones que, como se decía antes, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990 ha considerado que no supone una discriminación injustificada respecto de los ciudadanos en general, porque *“el presupuesto del que parten los preceptos impugnados es que los sujetos afectados por las sanciones en ellos previstas tienen un específico y singular deber de colaboración con la Administración tributaria, por razón de las funciones públicas que ejercen, claramente impuesto en los artículos 111 y 112 de la LGT (...). Deber de colaboración que se concreta en el suministro de la información de que dispongan que tenga trascendencia tributaria”*. De

tal manera, que, aunque la pena de suspensión sea, en cierto modo, accesoria a la de multa, *“no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria. Así entendido el art. 86 de la LGT, no hay infracción del derecho a la igualdad proclamado por el art. 14 de la Constitución”* (Fundamento Jurídico 5.º).

En cualquier caso, queda claro que la suspensión sólo podrá imponerse para las infracciones cometidas en el ejercicio de la función notarial propiamente dicha.

En un ámbito que en España no es estrictamente tributario, pero que se asemeja bastante, el artículo 36.4 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción que le dio la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, utiliza una técnica similar, para decir que los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, están obligados a colaborar con la Administración de la Seguridad Social para suministrar toda clase de información, objeto o no de tratamiento automatizado, siempre que sea útil para la recaudación de recursos de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, de que aquéllos dispongan. El artículo 189 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, desarrolla este deber, exceptuándose los casos en que sea aplicable el secreto del contenido de la correspondencia y el secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración Pública para una finalidad exclusivamente estadística.

Son dos las **vías a través de las cuales se hace efectiva esta información tributaria** (art. 111.2):

— Por un lado, está lo que doctrinalmente se denomina información *por suministro*, y que se refiere a los casos en

que con carácter general y periódico se impone el deber de remitir determinados datos a la Administración tributaria. Su existencia requiere una norma que lo prevea y desarrolle. Como vamos a ver, en el caso de los notarios, son muchos los supuestos de informes periódicos que hay que remitir.

— Y por otro, la llamada información *por captación*, es decir, a requerimiento individualizado de los órganos competentes de la Administración. Esta vía también puede afectar a los notarios en cuanto que tales, es decir, que es posible que el notario reciba este tipo de requerimientos de datos que obren en su Protocolo.

Examinemos a continuación los informes que el notario está obligado a suministrar, recogiendo ambas vías de comunicación.

II.6.1. *Multiplicidad, complejidad, frecuencia y superposición de informes*

64

Vamos a examinar los diversos supuestos de informaciones periódicas o por suministro que se imponen por la ley española al notario y finalizaremos este apartado aludiendo a la información individualizada por captación. Nos referiremos a la normativa general. Existen además normas legales de algunas Comunidades Autónomas, fundamentalmente de las que tienen autonomía tributaria, Navarra y el País Vasco, pero su contenido es prácticamente idéntico al de las normas del Estado, por lo que no requieren comentario específico. Sí que merecen alguna atención algunas normas inferiores de las Comunidades Autónomas desarrollando las obligaciones impuestas en las leyes estatales, a las que sí que nos referiremos.

Antes de entrar a mencionar una tras otra las diversas obligaciones de información periódica o por suministro que los notarios tienen que cumplir, creemos oportuno hacer unas consideraciones generales sobre su **alcance y contenido**, con el fin de tener una pauta que nos sirva para interpretar las

diversas dudas que suscitan las normas legales que imponen tales obligaciones.

Y a éstos efectos, pensamos que no debe olvidarse que uno de los principios más importantes de la actividad notarial lo constituye el secreto profesional y de Protocolo, lo cual no es algo accesorio de lo que nuestra función pueda prescindir, sino que forma parte de su esencia. Luego insistiremos sobre ese principio; baste ahora con poner de manifiesto que aunque es cierto que, como se ha dicho e insistido, hoy no puede negarse que el Notariado tiene unos deberes de colaboración con la Administración, también es verdad que, como también se ha expuesto, si tales deberes no se mantuvieran en unos límites razonables, la esencia de la función notarial peligraría. Y en la búsqueda de un punto de equilibrio razonable, nos parece que el Notariado debe defender que los deberes de informar a la Administración, en la medida en que suponen una excepción al principio general del secreto de Protocolo, deben ser objeto de interpretación restrictiva, de modo que deben limitarse a lo que la ley expresamente disponga, la cual, además, no puede desvirtuarlas excediendo su ámbito propio. Siendo más concreto, las obligaciones de información que desde el punto de vista tributario se imponen al notario no pueden servir para pretender que con carácter general éste sustituya al contribuyente en la realización de sus declaraciones fiscales. El deber del notario consiste, según establecen las propias normas que lo regulan, en remitir *relaciones* o *índices*, que puedan servir para ponerle en aviso de la realización de un hecho imponible o de un acto con trascendencia tributaria, y por tanto lo que deben contener dichas relaciones son los datos que determinen con la suficiente precisión que se ha realizado un hecho imponible o un acto con trascendencia tributaria, así como los datos referentes al sujeto pasivo o a quien lo haya realizado, al cual pueda dirigirse la Administración tributaria si comprueba que ese documento no ha sido objeto de presentación en las correspondientes oficinas

públicas. No puede pretenderse que el notario aporte todos los elementos del hecho imponible que permitan la realización de la liquidación, puesto que quien debe hacer tal cosa es el sujeto pasivo.

En esta línea se ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado. A estos efectos, puede citarse la importante Resolución de 25 de abril de 1997. Esta Resolución, ante la solicitud de un Ayuntamiento de que un notario le suministrara todas las copias simples de las escrituras por él autorizadas que contuvieran hechos sujetos al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana para facilitar la liquidación de dicho impuesto, dice cosas muy importantes: (1) que las disposiciones que imponen al notario deberes de información a las distintas Haciendas Públicas (entre las que está la del art. 111.6 de la Ley de Haciendas Locales para el citado Impuesto) le obligan a remitir sólo unos determinados datos, los que la norma exige, y no la totalidad del contenido de los documentos autorizados; (2) que la legislación establece un cauce procedimental para la efectividad de los Impuestos, basado en las declaraciones y autoliquidaciones que deben realizar los sujetos afectados y en la actuación comprobadora o sancionadora de la Administración fiscal mediante los correspondientes expedientes, y sólo cuando ese cauce sea insuficiente debido a que iniciado un expediente para el cobro del Impuesto por la Hacienda en el mismo el intento de obtener los datos relevantes del propio sujeto pasivo se hubiera revelado infructuoso, puede considerarse justificado el derecho de la Hacienda Pública a obtener directamente la copia pretendida; (3) que de acceder a la pretensión del Ayuntamiento se produciría una difusión generalizada del contenido del Protocolo notarial, fuera del limitado y controlado ámbito de la oficina del notario autorizante que pondría en peligro el mismo principio del secreto del Protocolo y el respeto a la intimidad de los particulares, que también debe ser reconocido frente a las Administraciones

Públicas, sin que ello suponga merma de su sujeción al cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Sobre la base de estas consideraciones, creo que puede inferirse la primera conclusión de que los datos que el notario debe suministrar a la Administración deben limitarse a los que las disposiciones legales imponen. Y las pretensiones de la Administración de promover la aprobación de normas que avancen en la línea de una indefinida inflación alcista de dichos datos deben encontrar la oposición de las instituciones notariales, que tienen que examinar muy cuidadosamente todo incremento y esforzarse por conseguir que dichos datos se reduzcan a lo razonable.

Dicho lo cual, comencemos con el estudio de las diversas obligaciones de información de los notarios.

a) Los artículos 52 del Texto Refundido del **Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados**, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y 114.2 del Reglamento de dicho Impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, establecen que los notarios están obligados a remitir a las oficinas liquidadoras del Impuesto, dentro de la primera quincena de cada trimestre, relación o índice comprensivo de todos los documentos autorizados en el trimestre anterior, con excepción de los actos de última voluntad, reconocimiento de hijos y demás exceptuados de la presentación conforme al Reglamento. Y añade que también están obligados a remitir, dentro del mismo plazo, relación de los documentos privados comprensivos de contratos sujetos al pago del impuesto que les hayan sido presentados para conocimiento o legitimación de firmas.

Dejando aparte las consideraciones generales que sobre este tipo de informes haremos después, este precepto merece aquí los siguientes comentarios:

— Se exceptúan de la obligación en primer término los actos de última voluntad, por no generar un acto sujeto al

impuesto, sin perjuicio de lo que luego diremos para la relación relativa al Impuesto de Sucesiones. También se exceptúan los reconocimientos de hijos, por la misma razón. E igualmente los documentos exceptuados de la obligación de presentación a liquidación. A estos efectos, hay que decir que aunque existe el principio general de que todo documento notarial debe ser presentado a las oficinas liquidadoras, aunque no estén sujetos o estén exentos de dichos impuestos, también hay una serie de excepciones de supuestos en los que no es necesaria la presentación, regulados en el artículo 98.2 del Reglamento. A nuestros efectos, tiene especial interés el supuesto c) relativo a las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable y los testimonios notariales de todas clases, excepto los de documentos que contengan actos sujetos al impuesto si no aparece en tales documentos la nota de pago, de exención o de no sujeción.

— Respecto de la obligación que se impone en relación a los documentos privados, hay que decir que resulta completamente superflua, ya que, como antes se dijo, el artículo 258 del Reglamento Notarial exige, entre los requisitos necesarios para que el notario pueda legitimar una firma puesta al pie de documentos privados, que éstos *“hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal”*. Y es obvio que si el documento ya ha cumplido dichos requisitos, es decir, ya está liquidado, no será preciso incluirlo en la relación o índice.

— Estamos ante un impuesto que ha sido cedido a las Comunidades Autónomas en lo que se refiere a la gestión, liquidación, inspección y recaudación e incluso algún aspecto de la regulación sustantiva tras la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias. Esto quiere decir que las relaciones o índices se deben presentar en la oficina competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. En el bien entendido de que cada notario

presentará una sola relación o índice trimestral, a su correspondiente Comunidad Autónoma, es decir, a aquella en cuyo ámbito territorial el notario desarrolla su función, relación o índice que comprenderá todos los datos relativos a los documentos autorizados por ese notario, incluyendo aquellos que han dado lugar a hechos impositivos de cuya gestión es competente otra Comunidad Autónoma. Ya será un problema de coordinación administrativa y colaboración entre las distintas Comunidades Autónomas el transmitirse la información que proceda.

— En cuanto al contenido que debe tener el informe, el precepto nada dice. Lo única pista nos la da la expresión “relación o índice”, y en este punto hay que tener en cuenta las consideraciones que acabamos de hacer. De ellas se deriva que se trata de una enumeración de los documentos que contenga los datos precisos para poder identificar cada uno, que no debe comprender todos los datos precisos para poder practicar la liquidación del impuesto y que su función es poner en conocimiento de la Administración tributaria la realización de un acto o contrato que puede estar sujeto al impuesto, con el fin de que si aquélla detecta que no ha sido presentado a liquidación pueda dirigir el correspondiente requerimiento al sujeto pasivo. Como consecuencia, parece que lo razonable es que la relación o índice contenga, además de los datos relativos al propio notario, la fecha y el número de Protocolo de los documentos, el tipo de documento por referencia al contrato o negocio que contiene y los nombres y domicilios de los posibles obligados al pago; y, como mucho, la cuantía que se ha hecho constar en la escritura.

Por ello, creemos que resultan excesivas las disposiciones de las Comunidades Autónomas que han desarrollado esta obligación en el ámbito de su territorio, exigiendo datos que exceden de los mencionados. Entre esas disposiciones podemos mencionar la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Man-

cha de 11 de octubre de 1989, la Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Presupuesto de la Diputación Regional de Cantabria de 14 de marzo de 1990, la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 7 de agosto de 1990, la Orden de la Consellería de Economía y Hacienda de Galicia de 15 de junio de 1993, la Orden de 19 de enero de 1994 de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Extremadura, la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Canarias de 29 de junio de 1994, la Orden de la Consejería de Hacienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 22 de julio de 1994. En efecto, en la mayor parte de estas disposiciones se obligan a incluir en las relaciones o índices algunos datos que creemos que exceden de lo que razonablemente el notario debe dar, como, por ejemplo, los datos del transmitente, que no es sujeto pasivo del impuesto; el lugar de situación de los bienes o derechos objeto del documento; la clave técnica de la operación a efectos de la liquidación del impuesto, que es un dato que además requiere una calificación jurídico tributaria que creemos que no debe por qué realizarse en una relación o índice de estas características; o el objeto del documento; o los conceptos de intervención de los sujetos en el documento.

De todos modos, la experiencia habida hasta ahora demuestra que de algún modo dichas Comunidades Autónomas son conscientes de que en algunos casos se trata de datos excesivos, y de hecho es regla prácticamente general que no se aporten todos ellos, particularmente los que hemos calificado como tales, sin que hasta ahora ello haya generado queja relevante de aquéllas.

b) Una similar obligación se establece respecto del **Impuesto de Sucesiones y Donaciones**, concretamente la de remitir, también dentro de la primera quincena de cada trimestre, relación o índice comprensivo de todos los documentos

autorizados en el trimestre anterior que se refieran a actos o contratos que pudieran dar lugar a los incrementos patrimoniales que constituyen el hecho imponible de este impuesto. E igualmente se añade aquí la obligación de remitir, en el mismo plazo, relación de los documentos privados con el contenido indicado que les hayan sido presentados para su conocimiento o legitimación de firmas (arts. 32.3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, y 91.3 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre). El Reglamento extiende la obligación a los Cónsules, en relación a las funciones notariales que tienen encomendadas, indicando que remitirán los índices o relaciones a la Dirección General de Gestión Tributaria del Ministerio de Economía y Hacienda.

Estas relaciones presentan características muy similares a las que hemos estudiado antes del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, máxime si tenemos en cuenta que también su gestión, liquidación, inspección y recaudación y algún aspecto sustantivo normativo están también cedidos a las Comunidades Autónomas, que la oficina a la que se envía es la misma y que igualmente son los mismos los plazos. Por esa razón, de hecho, en la práctica ambos índices o relaciones se unifican y se envían conjuntamente en uno solo. Además, las disposiciones de las Comunidades Autónomas a que antes nos referíamos suelen regular los dos índices, bien conjuntamente o bien dos Órdenes de las mismas características y de la misma fecha.

Los comentarios que merece esta relación, por esas razones, son similares a los que ya hemos hecho para aquella otra, y a ellos nos remitimos. Únicamente, decir que aquí no se excluyen los actos de última voluntad, si bien éstos normalmente no contendrán actos o contratos sujetos al impuesto, ya que éste se devenga cuando se produce la apertura de la sucesión. Pero si se tratara de actos de última voluntad con transmisión de presente de bienes, entonces sí

que procederá su inclusión en la relación por contener un acto sujeto.

c) El artículo 111.7 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales impone a los notarios otra obligación de características hasta cierto punto similares, la de remitir al Ayuntamiento respectivo, dentro de la primera quincena de cada trimestre relación o índice comprensivo de todos los documentos por ellos autorizados en el trimestre anterior, en los que se contengan hechos, actos o negocios jurídicos que pongan de manifiesto la realización del hecho imponible del **Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana**, con excepción de los actos de última voluntad. Y aquí vuelve a añadirse, creemos que por arrastre, la extensión de la obligación respecto de los documentos privados comprensivos de los mismos hechos, actos o negocios jurídicos que les hayan sido presentados para conocimiento o legitimación de firmas.

72

Se trata de una obligación relativamente nueva, ya que parte de la reestructuración que por la citada Ley Reguladora de las Haciendas Locales se hizo del indicado impuesto. En efecto, antes de la misma, la ley preveía una afectación real de los bienes transmitidos al pago del impuesto, la consideración del adquirente en las transmisiones onerosas como sustituto fiscal y el cierre registral sin acreditación de haber hecho la correspondiente declaración al Ayuntamiento, lo que aseguraba la liquidación del impuesto. Sin embargo, la Ley 39/1988 ha suprimido esas tres medidas, con lo que los Ayuntamientos tienen que esforzarse por averiguar los hechos imponibles realizados para asegurarse de que éstos no ocasionan la correspondiente liquidación. Y casi el único medio verdaderamente eficaz de que disponen para asegurarse de que todos los hechos imponibles han sido oportunamente declarados, consiste en estas relaciones que los notarios tienen que enviar.

Esta obligación presenta algunas similitudes con las dos

anteriores, como el plazo de cumplimiento, pero también presenta importantes diferencias. Podemos destacar como aspectos que merecen comentario los siguientes:

—El destinatario es el “*Ayuntamiento respectivo*”, es decir, aquel al que corresponda la finca que da lugar al incremento de patrimonio sujeto al impuesto. De modo que el notario deberá enviar una pluralidad de índices o relaciones, una a cada Ayuntamiento en relación al cual haya autorizado un documento que contenga un acto o negocio jurídico que ponga de manifiesto la realización del hecho imponible, es decir, la transmisión de la propiedad de inmueble de naturaleza urbana o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos. Es, por tanto, una obligación mucho más onerosa que las dos anteriores.

—La alusión a los documentos privados con la firma legitimada resulta también completamente improcedente, ya que por definición no puede ser objeto de legitimación documento privado alguno que contenga un acto o negocio jurídico de los que pueden dar lugar a este impuesto. En efecto, según el artículo 258 del Reglamento Notarial, no pueden legitimarse las firmas en documentos privados que sean de los comprendidos en el artículo 1.280 del Código Civil, el cual exige que consten en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

—Por lo que hace referencia al contenido de la relación o índice, volvamos a recordar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1997, dictada precisamente para un caso de este impuesto, y que dice que los datos que debe contener son los siguientes: la fecha y número de Protocolo del instrumento autorizado, la naturaleza del acto formalizado y la identificación del sujeto pasivo (nombre, apellidos, domicilio y DNI del sujeto pasivo) y del inmueble transmitido (mediante la indi-

cación somera de su situación). Y según el acuerdo al que se llegó por los representantes del Notariado con la Federación Española de Municipios y Provincias, siendo varios los sujetos pasivos, basta con consignar uno de ellos. Según la misma Resolución, es improcedente la remisión de copia simple de todas las escrituras. Como también lo es que los Ayuntamientos en sus Ordenanzas fiscales, sobre la base de pretender un desarrollo de esta norma, la modifiquen y agraven, exigiendo requisitos distintos de los antes indicados, por ser algo que escapa de sus competencias.

En relación a esta obligación, hay que decir que las citadas conversaciones de representantes del Notariado con la Federación Española de Municipios y Provincias, que facilitó su entrada en funcionamiento, constituyen una vía de trabajo muy útil y que convendría seguir en otros campos. Entre otras cosas, se consiguió el compromiso de que se informara a los notarios de todos los Ayuntamientos que tienen implantado este impuesto así como de los cambios que sobre el particular se produzcan.

d) El artículo 6.3 del Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo de 1990, por el que se regula la composición y la forma de utilización del **Número de Identificación Fiscal**, impone a los otorgantes de escrituras o documentos donde consten los actos o contratos que tengan por objeto la constitución, adquisición, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles la obligación de hacer constar su Número de Identificación Fiscal. Y añade que el incumplimiento de esta obligación no afectará a la eficacia de estos actos o contratos, ni impedirá que los notarios autoricen las escrituras correspondientes, si bien estos fedatarios deberán remitir a la Administración o, en su defecto, Delegación de Hacienda del lugar de su residencia oficial, dentro del primer mes de cada trimestre natural una relación nominal de las personas o entidades que, durante el trimestre anterior, hayan incumplido dicha obligación.

La técnica que aquí se utiliza por el legislador empieza a ser frecuente en los últimos tiempos: se impone una obligación a los ciudadanos, indicando que su incumplimiento no impide el otorgamiento del documento, si bien en tal caso se estima que hay una infracción tributaria y se establece el deber del notario de comunicar que la infracción se ha producido. Desde luego, es mucho mejor que se prohíba el otorgamiento del documento, pero lo cierto es que de algún modo se sanciona también indirectamente al notario, al que se le impone una nueva obligación de información.

En relación a esta comunicación, pueden hacerse los siguientes comentarios:

— Es la única de todas las relaciones o índices que no viene impuesta por una ley en sentido estricto, siendo muy discutible que la referencia general a la obligación de colaboración que contiene el artículo 111.2 de la Ley General Tributaria sea suficiente soporte legal. Como también es discutible que lo sea el artículo 113 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que dice desarrollar, y que estableció la obligación de las personas físicas y jurídicas de tener un Número de Identificación Fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria.

— Se trata también de una relación trimestral, si bien el plazo no coincide exactamente con los anteriores, puesto que aquí se dispone de una quincena más, ya que se tiene todo el mes siguiente.

— Se refiere exclusivamente a los otorgantes de los actos o contratos que tengan por objeto la constitución, adquisición, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Quedan, por ello, fuera todo otro tipo de documentos.

— Es una *relación nominal* de incumplidores. Lo que excluye toda referencia al acto o negocio en el que se produjo el incumplimiento así como el número de incumplimientos de cada persona. Lo cual además ha sido confirmado

por la regulación del impreso oficial, el 197, a través del cual se realiza. O sea, se limitan los datos a suministrar a los puramente personales del incumplidor. Lo cual de hecho la hace poco útil para la Administración, ya que al no incluirse datos sobre el acto o negocio al que se refiere el incumplimiento no es posible conocer la trascendencia del incumplimiento. La práctica demuestra que a quienes hay que acabar incluyendo es a las personas ancianas o de escasa formación, o a los españoles residentes en el extranjero, que son los que suelen carecer de la tarjeta acreditativa del Número de Identificación Fiscal.

— En realidad, es una obligación cuya virtualidad tiene sus días contados, puesto que en los documentos notariales desde hace mucho tiempo se hace constar el número del documento nacional de identidad y el nuevo modelo de éste ya incorpora el carácter de verificación que se une al número de documento nacional de identidad.

76

e) La Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Determinados **Activos Financieros**, impone a los fedatarios públicos que intervengan o medien en la emisión, suscripción y transmisión de valores mobiliarios y cualesquiera otros títulos-valores o efectos públicos, salvo pagarés del tesoro y determinados activos sometidos a un régimen especial de retención, la obligación de comunicar tales operaciones a la Administración Tributaria presentando relación nominal de compradores y vendedores, clase y número de títulos transmitidos, precios de compra o venta y nombre, razón social, documento nacional de identidad o Código de Identificación según el caso, fecha de transmisión y domicilio del adquirente y vendedor. Esta obligación se desarrolló por el artículo 23 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 2027/1985, de 23 de octubre, aclarando que la obligación se impone a los fedatarios públicos que intervengan o medien en la emisión, suscripción o transmisión de valores mobiliarios y cualesquiera

otros títulos valores o efectos públicos. Posteriormente, se aprobó el modelo 198, que es el que debe utilizarse para realizar esta comunicación.

Desde algún sector notarial se ha defendido que esta obligación no es aplicable a los notarios, sobre la base, principalmente, de que el notario no puede equiparse con otros fedatarios y las sociedades y agencias de valores y otros intermediarios a los que va dirigida principalmente la indicada ley; el mismo impreso 198, se dice, tiene un título, "*Declaraciones de las operaciones intervenidas por los fedatarios públicos y demás intermediarios financieros*" que induce a pensar que sólo los fedatarios que intervengan o medien en la emisión, suscripción y transmisión de valores mobiliarios deben quedar incluidos en esta obligación; además, se arguye, el notario ya remite una relación trimestral completa, la que antes ha sido indicada; y que la mayor parte de los datos solicitados ya obran en poder de la Administración. Sin embargo, lo cierto es que, aunque reconociendo lo cierto de estas alegaciones, el criterio de la Administración Pública es no distinguir entre unos y otros fedatarios.

77

Se trata de una relación nominal de suscriptores, compradores y vendedores, cuyo contenido, según aparece en el modelo 198 y según las diversas instrucciones que se han dictado, básicamente es el siguiente: CIF de la entidad de que forman parte los títulos, datos identificativos del suscriptor, adquirente y transmitente, y clase, número y valor de los títulos. Estos datos, que son los básicos, deben ir complementados en ciertos casos:

— Cuando no se dispone del CIF de la entidad de cuyos títulos se trata, lo cual es muy frecuente cuando la escritura lo ha sido de constitución de sociedad anónima, hay que acompañar una relación complementaria aclarando esta cuestión.

— Cuando hay una representación legal de un menor o incapaz y cuando se adquieren conjuntamente por varias personas unos mismos valores, hay que duplicar la información,

por la necesidad de incluir a representante y representado y a todos los titulares.

Estamos aquí ante una obligación especialmente ingrata, y no es posible citar aquí todas las dificultades que suscita su cumplimiento, pero vamos a referirnos a algunas de ellas. Así, es criticable la cantidad de datos que se solicitan, algunos de los cuales no obran en el Protocolo notarial, como sucede con el Código de Identificación de las sociedades que se constituyen, que es atribuido normalmente por la Administración tributaria después de la constitución, o con la relación de suscriptores en las ampliaciones de capital social, que no siempre aparece en las escrituras en que se documenta la ampliación; lo cual en la práctica ha suscitado problemas con la Administración tributaria, a la que ha habido que terminar enviando la relación complementaria antes indicada. Otras veces nos encontramos con que se exigen datos que no deben constar en la escritura porque no obliga a ello ninguna norma sustantiva y que hay que acabar consignando en la escritura por la única razón de luego poder cumplimentar el indicado impreso.

Es, por todo ello, una de las relaciones o índices que creemos que debe ser objeto de revisión, para replantearse hasta qué punto es útil a la Administración tributaria y, si realmente lo sigue siendo, para reestructurarla a fin de facilitar su cumplimiento.

f) El artículo 50 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispone varias obligaciones relativas a comunicaciones relacionadas con el funcionamiento del **Catastro**.

Antes de nada, hay que tener en cuenta que hoy por hoy estos deberes sólo son aplicables a los bienes inmuebles de naturaleza urbana, ya que, aunque su implantación a los de naturaleza rústica estaba pensada para el 1 de enero de 1998, ha sido aplazada *sine die*.

Concretamente las obligaciones que se disponen en esta normativa:

—El artículo 55 dispone que los notarios y registradores de la Propiedad remitirán a la Gerencia Territorial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria de la provincia en que radique el inmueble, en la forma que reglamentariamente se determine, y dentro de los veinte primeros días de cada trimestre, información relativa a los documentos por ellos autorizados o inscritos en el trimestre anterior, comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden.

—Por otro lado, se dispone que la referencia catastral deberá figurar en las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de trascendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y los contratos de arrendamiento de los mismos, así como en los documentos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles; sólo se excluyen los documentos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía. A estos efectos, se establece la obligación de los notarios de solicitar a los otorgantes o requirentes de dichos documentos que aporten la documentación relativa a la referencia catastral y de incorporarla a la matriz. Y se añade que el incumplimiento de esta obligación de aportar la referencia catastral no impedirá que los notarios autoricen el documento ni afectará a la eficacia del mismo, ni a la del acto o negocio que contenga, pero se considerará infracción tributaria simple, sancionable con multa de 1.000 a 150.000 pesetas, y se impone a los notarios que en las relaciones a remitir hagan constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación de hacer constar en los documentos la referencia catastral, con una relación separada de las personas que la hayan incumplido.

Y la Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las

Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias, dispone que en los mismos términos que establezca la legislación del Estado en relación con la Dirección General del Catastro, los notarios y los registradores de la Propiedad remitirán a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas a los efectos de la gestión tributaria la información correspondiente a los documentos por ellos autorizados o inscritos de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden.

80

Estas normas han venido a intentar dar cuerpo a una pretensión largamente buscada, cual es la de coordinar el Registro de la Propiedad y el Catastro, lo cual puede ser muy útil no sólo para la propia Administración tributaria, sino también para el tráfico jurídico inmobiliario, al contar con un soporte físico de bastante seguridad, el que aporta el registro fiscal. Como instrumentos para conseguir esa finalidad, esta Ley establece varias medidas, entre las que se encuentran las expresadas de obligar a los notarios y registradores de la Propiedad a que comuniquen al Catastro las modificaciones que en las titularidades de las fincas se produzcan e imponer la obligación de hacer constar en todos los documentos antes aludidos la referencia catastral, en los términos expresados.

Como antecedente reciente en aras de conseguir esta finalidad, puede mencionarse, además de algún proyecto que no llegó a ser aprobado, el acuerdo de colaboración entre el Colegio Notarial de Madrid, el Centro de Gestión Catastral y la Federación Madrileña de Municipios, que puso en marcha, como experiencia piloto en la provincia de Madrid, un sistema de comunicación simultánea de datos por parte de los notarios a las otras dos instituciones; y también el acuerdo entre la Dirección General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, la Federación de Municipios de Extremadura y el Colegio Notarial de Cáceres.

Entrando a comentar esta materia, hay que decir que se establecen dos relaciones diferentes, una de las alteraciones

catastrales y otra de los incumplidores del deber de hacer constar la referencia catastral. Ambas deben esperar al desarrollo reglamentario, que todavía no se ha producido.

— Por lo que se refiere a la primera de las citadas relaciones, puede ser otra obligación extraordinariamente onerosa según cómo se regule y los datos que se soliciten. Pero en cualquier caso, parecería razonable que si se impone al notario la obligación de comunicar las alteraciones catastrales producidas, ello al menos sirviera para eximir al particular de realizar tal gestión. Y es que el ciudadano no entiende cómo puede ser que a pesar de que su compra se documente notarialmente, se presente en la oficina liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se presente en la oficina del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y se inscriba en un registro público como es el Registro de la Propiedad, el Catastro siga sin enterarse de que la transmisión se ha producido. Sin embargo, no parece ser ése el criterio seguido por la ley, que sigue imponiendo la obligación de hacer tal declaración y que actúa por acumulación, como lo demuestra también que se impongan idénticas obligaciones a notario y registrador de la Propiedad; parece cómo si se dudara del cumplimiento de este deber por el notario y por si acaso se duplica en el registrador.

Hasta cierto punto relacionada con esta obligación se encuentra otra, la contenida en el artículo 51.5 de la ley de que en los casos de modificaciones de fincas el notario remita copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se lo presentase el interesado, al Catastro, para que por éste se expida la nueva referencia catastral. En tal caso, el Catastro notificará la nueva referencia catastral, además de al titular de la finca afectada, al notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca; en estos casos, el notario, a instancia de los interesados, transcribirá

la nota o diligencia de la matriz en la copia ya expedida que se le presente. Esta obligación sí que está vigente, ya que no requiere desarrollo reglamentario.

— En cuanto a la segunda de dichas relaciones, suscita muchas dificultades. Lo que hay detrás es, como se ha dicho, la intención, razonable, de la Administración tributaria de que se identifiquen catastralmente las fincas que son objeto de las escrituras públicas. Ahora bien, ello será muy difícil en muchos casos, al menos si la propia Administración tributaria no colabora eficazmente con los notarios. En efecto, las descripciones registrales de las fincas en muchas ocasiones son muy deficientes, bien porque se han quedado muy anticuadas o bien porque ya se expresaron de modo insuficiente o inadecuado bajo una legislación que apenas establecía requisitos para poder inmatricular una finca. Hasta ahora, la actualización de los datos descriptivos de las fincas se hacía por simple manifestación del interesado. Parece razonable que ello no siga siendo así, pero lo cierto es que son muchos los casos en que, como decimos, no resulta posible, con los datos que tiene el notario, aseverar de modo indubitado la correspondencia de la finca y la descripción que consta en el Registro de la Propiedad con los datos de situación que aparecen en el documento catastral acreditativo. En estos supuestos, las Gerencias Territoriales del Catastro deberían esforzarse en acreditar de si existe esa correspondencia, partiendo de la descripción que aparece en el Registro de la Propiedad, bien a instancias del interesado o bien del notario. Es cierto que el artículo 51.3 de la ley prevé la posibilidad de que el notario pueda solicitar al Catastro certificación o documento informativo acreditativo de la identidad de la finca, pero lo hace en términos un poco restringidos y deberá ser interpretada ampliamente y aplicada con la agilidad que el tráfico jurídico requiere para poder conseguir la finalidad pretendida por la ley. La experiencia habida hasta ahora demuestra, sin embargo, que en muchos casos no existe intención de realizar ese esfuerzo,

con lo que son bastantes los supuestos en los que no es posible declarar acreditada la identidad catastral de la finca. Y sería totalmente injusto considerar que en tales casos, en que no se ha conseguido la acreditación indubitada, ha de tenerse al otorgante por incumplidor.

Y ello sin entrar en otras cuestiones que suscitan muchas dificultades en la práctica, como el tratamiento catastral que se da a los garajes y trasteros (a veces entidad catastral propia, otras anejo de la vivienda y otras agrupados en conjunto todos los que existen en el edificio), o el tiempo que tarda el Catastro en asignar referencia catastral propia a las fincas que se crean procedentes de otras (por segregación o división horizontal), o la forma de comprobar el cambio de naturaleza, rústica o urbana, de las fincas.

Podemos concluir que nos encontramos con una materia muy compleja, en la que el Notariado estaba y está dispuesto a colaborar, y que seguramente habría requerido una normativa mucho más cuidada. Esta regulación, sin duda, habría mejorado mucho si se hubiera tenido en cuenta la opinión del Notariado, que en todo momento se brindó a ofrecerla.

83

g) La última obligación general de información tributaria impuesta hasta ahora a los notarios es la de **operaciones realizadas por entidades jurídicas**, que se contiene en el artículo 138.2 de la Ley 43/1995, de 28 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, que obliga a los notarios a remitir mensualmente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria de su domicilio fiscal una relación de las escrituras y demás documentos que autoricen la constitución, modificación, transformación o extinción de toda clase de entidades. La puesta en marcha de esta obligación se ha hecho efectiva con la aprobación de la Orden de 8 de mayo de 1997 que aprueba el modelo 038 a utilizar para la realización de dicha comunicación.

Los comentarios que merece esta nueva obligación son los siguientes:

— Estamos, en este caso, ante una relación mensual, a presentar dentro del mes siguiente. Es la primera vez que nos encontramos ante una obligación de periodicidad mensual, lo que hace muy oneroso su cumplimiento. Realmente, no se entienden las razones por las que se ha impuesto semejante periodicidad, en contra del criterio general del listado trimestral.

— Vuelve a establecerse una enojosa reiteración, en cuanto que el deber de comunicación se impone a los notarios y también a los titulares de registros públicos, es decir, fundamentalmente a los registradores mercantiles. Con lo cual, en la mayor parte de los casos un mismo acto provocará dos comunicaciones, ya que son muy escasos los casos de entidades que no se inscriben en registros públicos.

84 — El impreso 038 presenta algún error conceptual, como incluir como modificaciones estatutarias el nombramiento de administradores y la revocación de administradores, que en absoluto lo son. Como está fuera de lugar legislar por vía de impreso oficial, el cual no puede extender la obligación más allá de lo que por ley corresponde, creemos que tales actos no deberán incluirse en la relación.

h) Y, como se indicaba antes, también puede verse compelido el notario a suministrar **información en virtud de requerimiento individualizado**, la que llamábamos *información por captación*.

En principio, esta norma se aplica en relación con la inspección tributaria y a estos efectos habrá que tener en cuenta también el Reglamento de la Inspección de Tributos aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril.

Pero también en la fase de recaudación pueden producirse estos requerimientos individualizados, ya que el artículo 133.1 de la misma ley dispone que los órganos de recaudación podrán comprobar e investigar la existencia y

situación de los bienes o derechos de los obligados al pago de una deuda tributaria, para asegurar o efectuar su cobro, y ostentando cuantas facultades reconocen a la Administración tributaria los artículos 110 a 112 de la misma ley, con los requisitos allí establecidos. El artículo 113 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, dispone a estos efectos que las unidades de Recaudación competentes podrán recopilar la información sobre bienes del deudor dirigiéndose a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y a las autoridades, jefes o encargados de oficinas de la Administración pública, quienes deberán atender las peticiones en el mismo momento de la presentación del requerimiento por el agente de recaudación, y si esto no fuera posible se dará un plazo de hasta diez días para su cumplimiento.

El artículo 111.3 de la Ley General Tributaria dedica atención específica a un supuesto específico de esta obligación de información, el relativo a las operaciones bancarias activas y pasivas.

Una manifestación más concreta de esta obligación, referida directamente a los notarios, aparece en los artículos 32.3 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones y 91.3 de su Reglamento, que imponen a los notarios la obligación de facilitar los datos que les reclamen los Organismos de la Administración Tributaria acerca de los actos en que hayan intervenido en el ejercicio de sus funciones, y a expedir gratuitamente en el plazo de quince días las copias que aquéllos les pidan de los documentos que autoricen o tengan en su Protocolo, salvo cuando se trate de los instrumentos públicos a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley del Notariado (documentos incluidos en el Protocolo reservado y reconocimiento de hijos) y los relativos a cuestiones matrimoniales, con excepción de los referentes al régimen económico matrimonial.

Esta obligación es la que con carácter general –no en relación a los notarios– ha dado lugar a más litigios y en

consecuencia a más jurisprudencia. No es posible hacer aquí un estudio completo de toda la problemática que plantea en general la información por captación. Nos tendremos que centrar en lo que se refiere específicamente a la actividad notarial. Y sobre este particular, y siguiendo la doctrina más autorizada y las Circulares del Consejo General del Notariado, podemos hacer el siguiente resumen de los requisitos precisos:

86 — La información tiene que ser pedida por escrito y por persona competente. Tratándose de tributos no cedidos, tiene que ser autorizada por el director del Departamento competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, del delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria competente, como dispone el artículo 111.3, que a estos efectos debe considerarse aplicable a todo requerimiento individualizado. Tratándose de tributos cedidos a las Comunidades Autónomas, será competente el director general del tributo cedido o el inspector jefe dependiente del mismo y el inspector jefe de las Delegaciones o Secciones de Inspección de las Administraciones Delegadas, cuando las hubiera. Y en cuanto a los tributos municipales, los alcaldes.

— No es preciso que el requerimiento individualizado se refiera a un solo documento o dato, pero sí que deberá expresar con claridad los documentos o datos requeridos. Ciertamente, no será preciso que se aporten todos los datos identificativos si de los aportados resulta con claridad el documento o documentos de que se trata; lo que no cabe salvo en casos muy especiales es la solicitud genérica de todos los documentos autorizados por determinada persona. Sin embargo, no se ven obstáculos para contestar a la pregunta de si determinada persona ha otorgado un determinado documento.

— Rige el artículo 224 del Reglamento Notarial, por lo que hay que acreditar al notario el interés legítimo para obtener copia, debiéndose, al efecto, en el escrito de solicitud

expresar la actuación que lleva a cabo la inspección y en cuyo ámbito se solicita la información y los datos concretos que se quieren conocer a través de la petición de copia, ya que una cosa es que exista el deber de colaboración con la Administración tributaria y otra cosa que ésta pueda solicitar indiscriminadamente copias y datos sin justificar interés alguno. De esta forma además se puede hacer efectivo el principio que viene exigiendo la jurisprudencia de que es requisito para que exista la obligación de entregar la información que ésta tenga trascendencia tributaria, es decir, que se refiera a acontecimientos o circunstancias que determinan el nacimiento del hecho imponible, debiendo excluirse las simples expectativas que en el futuro pueden o no derivar en hecho imponible (Auto de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1989); es decir, la trascendencia tributaria debe ser actual y no meramente potencial o hipotética: tiene que referirse a hechos que pongan de relieve obligaciones y deberes tributarios ya nacidos y que aún no hayan prescrito (en el mismo sentido, Auto de 10 de julio de 1989 y Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 1990).

87

La denegación que en su caso el notario haga del requerimiento pretendido deberá ser comunicada a la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme al artículo 232 del Reglamento Notarial.

— Aunque en principio la información puede darse por todos los medios de conocimiento del Protocolo, conviene hacerlo mediante expedición de copia autorizada, que deberá ser parcial si el interés se limita a parte del documento, o mediante testimonio. No es conveniente utilizar la copia simple. Y si se acude a la exhibición de las matrices del Protocolo o a la lectura del documento, deberá redactarse y firmarse una diligencia. En cualquier caso, es precisa la comunicación a los interesados de lo practicado, ya que así creemos que lo exige la naturaleza misma de la función notarial, y ello con independencia de si se notifica por la Administración actuante al sujeto pasivo afectado, cuestión acerca

de la cual se discute sobre la base de la interpretación del artículo 111.3, que lo exige pero que, como hemos dicho, regula sólo la información relativa a movimiento bancario.

— Si bien sólo en lo relativo a actos sujetos al Impuesto de Sucesiones se establece la gratuidad en la expedición de estas copias, no resulta descabellado entender que esta gratuidad debe ser la regla general para todo tipo de copias expedidas en virtud de requerimiento individualizado hecho por la Administración tributaria.

Seguramente no sería mala idea crear, aunque fuera oficiosamente, una relación entre los Colegios Notariales y la Agencia de Administración Tributaria, que estudiase y diese forma conveniente a las peticiones de información dirigidas a los notarios.

88 **II.6.2.** *El secreto profesional y la información requerida por el Fisco.*

Como se decía antes, uno de los principales problemas que plantea con carácter general esta obligación de información es su posible contravención del secreto profesional, que en el ámbito notarial debe extenderse al secreto del Protocolo.

Es esta una materia que ha suscitado problemas en la práctica y a la que dedica dos apartados el propio artículo 111 de la Ley General Tributaria.

El apartado 4.º, en su actual redacción, dispone lo siguiente:

“Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, están obligados a colaborar con la Administración tributaria para suministrar toda clase de información con trascendencia tributaria de que dispongan, salvo que sea aplicable:

- a) El secreto del contenido de la correspondencia.*
- b) El secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística.*

El secreto del protocolo notarial abarcará los instrumentos públicos a que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley de 28 de mayo

de 1862, del Notariado, y los relativos a cuestiones matrimoniales, con excepción de los referentes al régimen económico de la sociedad conyugal”.

Y el apartado 5.º:

“La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad, cuya revelación atente al honor o a la intimidad personal y familiar de las personas. Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.

Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional a efectos de impedir la comprobación de su propia situación tributaria.

A efectos del artículo 8, apartado 1, de la Ley Orgánica 1/1992, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se considerará autoridad competente al Ministro de Economía y Hacienda, a los directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a sus delegados territoriales”.

89

En similares términos se expresa el artículo 37 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos.

Esta regulación resulta especialmente insatisfactoria para los notarios, por varias razones. En primer lugar, por el carácter tan limitado que da al secreto de Protocolo, que luego tendremos ocasión de matizar. Y en segundo término porque encuadrada a los notarios, como antes veíamos, dentro de lo que se denomina *profesionales oficiales* (art. 80.4 de la misma ley), lo que facilita una interpretación errónea de que a los notarios no les es de aplicación el apartado 5º, que literalmente sólo se aplicaría a los *profesionales no oficiales*. Es decir, que el notario sólo tendría secreto de Protocolo, y con el limitadísimo alcance que dispone el apartado 4.º; carecería de secreto profesional o, de tenerlo, éste no merecería ninguna protección, de modo que estaría obligado a suministrar al fisco información sobre cualquier dato confidencial de que haya tenido conocimiento de las perso-

nas que hayan buscado su asesoramiento, aunque pueda afectar de modo muy directo a su intimidad.

Evidentemente esto no puede ser así. Se parte de un desconocimiento muy importante de la función notarial, de la que sólo se tiene en cuenta su aspecto fedatario y de conservación de documentos; se ignora el aspecto asesor y lo fundamental del aspecto de confianza que es presupuesto básico de la existencia del deber de secreto profesional; y por ello se parte de la base de que en relación a la actividad notarial no hay más aspecto protegible que el secreto de Protocolo. Pero precisamente en pocas profesiones el secreto profesional ha de ser tan riguroso como en la notarial. La definición de la expresión *secreto profesional* que aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la siguiente: *deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notarios, etc., de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión*. Lo que demuestra su arraigo en las concepciones sociales. El secreto profesional del notario cae dentro de la protección constitucional de este derecho (arts. 18.1, 20.1.d y 24 de la Constitución española) y una norma como la Ley General Tributaria no puede vulnerarlo.

Como consecuencia de lo dicho, creemos que hay que hacer una interpretación correctiva de dicho precepto, de modo que el apartado 5.º también es aplicable al notario, que entraría a través de la expresión “*asesoramiento*” que utiliza; sólo el secreto del Protocolo quedaría comprendido en el apartado 4.º.

Con arreglo a ello, habrá que distinguir en lo relativo a los notarios entre los siguientes aspectos:

— Por un lado, el secreto de Protocolo, al que se refiere el apartado 4.º. La redacción legal parece dejarlo reducido a los documentos del Protocolo reservado y las cuestiones matrimoniales no relativas al régimen económico matrimonial. En todos los demás casos, ese secreto de Protocolo no es oponible a la Administración tributaria. Sin embargo, esta

forma de exponer las cosas tiene que ser matizada. Y es que es perfectamente compatible el secreto del Protocolo con el derecho de la Administración tributaria a obtener información. En efecto, el secreto de Protocolo no impide el acceso a su contenido a quienes acrediten interés legítimo (art. 224 del Reglamento Notarial), y hoy casi nadie discute que la Administración tributaria puede tener interés legítimo para conocer la situación patrimonial de los contribuyentes, lo que le dará derecho a acceder al Protocolo notarial. Si bien, hay que recordar lo que antes se decía acerca de los requisitos que los requerimientos individualizados deben reunir para que el notario los atienda, y muy particularmente el juicio que el notario conserva sobre la existencia de interés legítimo concreto en cada caso, que la Administración tributaria deberá justificar adecuadamente. Por tanto, habría sido más acertado que la ley, en vez de hacer una afirmación tan tajante acerca de la inexistencia del secreto de Protocolo frente a la Administración tributaria, dijera que se considerará que ésta tiene interés legítimo para acceder a su contenido cuando actúe en el ejercicio de su función inspectora o recaudadora.

— Por otro, el secreto del contenido de la correspondencia (apartado 4.º), al que con buen criterio el artículo 37.5.b) del Reglamento General de la Inspección añade en general el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial. Se trata de una consecuencia del artículo 18.3 de la Constitución.

— Y el secreto profesional en sentido estricto, es decir, dejando fuera el secreto de Protocolo (apartado 5.º). Se extendería a los datos privados que conozca el notario por razón del ejercicio de su actividad, cuya revelación atente al honor o a la intimidad personal y familiar de las personas, y a los datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento. Creemos que es éste último dato el importante, es decir, la confidencialidad en el

asesoramiento; de ahí se deriva el secreto profesional. Aquí entra la información que el notario recibe de sus clientes tanto con ocasión de la preparación de un documento o como en un asesoramiento puro.

Indicar que el artículo 36 de la Ley General de la Seguridad Social, antes mencionado, y para este ámbito, presenta una redacción casi literal a la de los apartados 4.º y 5.º del artículo 111 LGT, si bien resulta más acertado, en cuanto que no reduce la regla del secreto profesional a los profesionales no oficiales, sino que la extiende a los profesionales en general.

Relacionada con esta cuestión del secreto profesional está la de la posible vulneración del **derecho a la intimidad** reconocido en el artículo 18 de la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. La relación se encuentra en que uno de los fines que cumple el secreto profesional es precisamente proteger el derecho a la intimidad. El propio artículo 111.5 de la LGT precisamente enlaza ambos aspectos. El artículo 8 de la Ley 1/1982 dispone que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley. Y el indicado artículo 111.5 de la LGT indica cuál es la autoridad competente a estos efectos: el Ministro de Economía y Hacienda, los directores de departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y sus delegados territoriales.

Pero el hecho de que no pueda reputarse *con carácter general* la existencia de intromisión ilegítima no quiere decir que no pueda haberla en algunos casos. Los requerimientos individualizados deben tener unos límites y controles que garanticen que efectivamente no se produce la intromisión. Sobre esta cuestión han tenido ocasión de pronunciarse los Tribunales, que han señalado como principal límite el de la *trascendencia tributaria* de la información solicitada, es decir,

la cualidad de aquellos hechos o actos que les hace ser útiles a la Administración para averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la Constitución de pagar sus tributos (Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 1990). Ciertamente se trata de un concepto que en ciertos casos puede ser difícil de precisar, pero a él habrá que atender para determinar si la información debe suministrarse. De ahí la importancia de que, como decíamos antes, el requerimiento contenga las razones por las que se pide esa información, a fin de que el notario pueda calibrar si existe interés legítimo, que en este caso estará determinado por esa idea de la *trascendencia tributaria*.

Equiparación con el secreto bancario. Una breve referencia a esta materia por imperativo del guión del coordinador internacional. Breve porque en España no nos sirve la posible equiparación con el secreto bancario para eludir la obligación de prestar información a la Administración tributaria, ya que el artículo 111.3 de la misma LGT dispone que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho artículo no podrá ampararse en el secreto bancario. Si bien, también en este campo existen ciertas limitaciones, ya que dicho precepto indica que la información sobre el origen o destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago no podrá exceder de la identificación de las personas o de las cuentas en las que se encuentra dicho origen y destino. Es decir, que la información exigible no puede extenderse a la razón o motivo concreto de las operaciones, que no tienen trascendencia tributaria y podría afectar al derecho a la intimidad de las personas.

93

II.6.2.Bis. Otros deberes de comunicación.

Por último, y aunque no sea esta materia que recoja el guión del coordinador internacional, hacer una breve referencia a otros deberes de comunicación que se impone a

los notarios, aunque por razones distintas de las tributarias. Los más importantes son los siguientes:

a) *Colaboración con los órganos rectores de los mercados de valores.*

La Ley reguladora del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, aun partiendo de que los valores sujetos a cotización en un mercado de valores deben como regla general transmitirse a través de los medios propios de dicho mercado, establece varias excepciones; es en esos supuestos en los que es posible la intervención notarial en dicha transmisión. Pero para tal caso, se prevé un deber notarial de colaboración con los órganos rectores de los mercados de valores con el fin de integrar la operación en el sistema. Esta materia se ha desarrollado por el Real Decreto 1416/1991, de 27 de septiembre, sobre operaciones bursátiles especiales y sobre transmisión extrabursátil de valores cotizados y cambios medios ponderados. Concretamente:

—Tratándose de operaciones bursátiles propiamente dichas, es decir, compraventas de valores admitidos a cotización en un Mercado de Valores, sólo se admite su validez si se toma razón por parte de un miembro de las Bolsas de Valores (art. 36.d LMV). Y esta toma de razón, según el citado Decreto, no se puede llevar a cabo si no se da alguno de los siguientes supuestos: que el precio convenido coincida con el cambio más significativo del día o se desvíe de él en un margen no superior al tanto por ciento fijado por el Ministerio de Economía y Hacienda y el importe de la operación sea superior tanto en la cuantía como en el porcentaje respecto del volumen medio de contratación del valor que fije el mismo Ministerio (salvo que se trate de valores de renta fija), y que se cuente con autorización del órgano de supervisión designado por la Sociedad de Bolsas (si se trata de valores negociados en el Sistema de Interconexión Bursátil) o por la Sociedad Rectora de cada Bolsa

(en los demás casos). Pues bien, verificada esta transmisión con cumplimiento de los requisitos expresados, el mismo día en que sea realizada la operación deberá ser comunicada a alguna Sociedad o Agencia de Valores miembro de la Bolsa en que coticen los valores para la toma de razón, y aunque el Decreto no impone esta obligación al notario que pudiera haber autorizado la operación, parece conveniente advertir, al menos, de esta obligación a los otorgantes. Y en cualquier caso, habrá que respetar siempre la normativa sobre Ofertas Públicas de Adquisiciones, de modo que no podrá autorizarse la adquisición de un paquete de acciones admitidas a cotización o valores que lleven consigo su adquisición que puedan dar lugar a que el adquirente, junto con las que ya posea, llegue a adquirir una participación significativa en el capital con derecho a voto de la sociedad emisora, salvo que se promueva la correspondiente OPA (art. 60 LMV y Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio).

95

— Cuando se trate de transmisiones de valores admitidos a cotización verificadas por título distinto del de la compraventa, deben ser notificadas a la Sociedad Rectora respectiva y, en su caso, a la Sociedad de Bolsas a través de un miembro de la Bolsa dentro del plazo de los siete días hábiles siguientes al de la adquisición (art. 37 LMV y Decreto citado). La comunicación se hará mediante oficio en el que consten, además del nombre y residencia del notario, los valores transmitidos (con la identificación correspondiente), el título o causa de la transmisión, la fecha de ésta, y la contraprestación recibida si la transmisión es onerosa; de tratarse de un negocio complejo, se aclarará su contenido de forma técnica, precisa y breve pero suficientemente significativa para los terceros. Si lo pide parte interesada, el notario deberá expedir certificado expreso de haber sido remitida la pertinente comunicación; a dicho efecto es suficiente la propia escritura, con expresión de la nota donde consta el envío, o un testimonio.

b) *Registro de Actos de Última Voluntad.*

En estos casos, es el propio notario el que promueve la inscripción de los actos y negocios jurídicos que autoriza sujetos a inscripción en dicho Registro. Se trata de una función notarial muy importante, que se viene desarrollando desde hace muchos años y que resulta imprescindible para el aseguramiento de las transmisiones sucesorias. Sobre ella se harán algunas consideraciones en el apartado final de la ponencia.

c) *Registro de Inversiones Extranjeras.*

96

El Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, de Inversiones Extranjeras en España impone al fedatario público que intervenga en alguno de los actos referentes a las mismas la declaración de la inversión ante el Registro de Inversiones del Ministerio de Economía y Hacienda. La Resolución de 6 de julio de 1992, de la Dirección General de Transacciones Exteriores, sobre procedimiento de tramitación y registro de inversiones extranjeras en España, desarrolla la forma en que se hace esa declaración, para la que existen diversos modelos que varían según los casos.

La legislación que regula esta materia, a la que luego nos referiremos, impone al notario autorizante de la escritura la obligación de comunicar la adquisición al Registro de Inversiones Extranjeras, con los modelos y en la forma y los plazos que igualmente se regulan.

d) *Prevención del blanqueo de capitales.*

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio por el que se aprueba su Reglamento desarrollador contienen también obligaciones de información para los notarios. Concretamente, el artículo 16.1 de la Ley dispone lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal toda autoridad o funcionario, incluidos los de arancel, que descubra hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1 [narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada], ya sea durante las inspecciones efectuadas a las entidades objeto de supervisión o de cualquier otro modo, deberá informar de ello al Servicio Ejecutivo [de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e infracciones Monetarias]. El incumplimiento de esta obligación tendrá la consideración de infracción muy grave y se sancionará disciplinariamente como tal según lo previsto en la legislación específica que les sea de aplicación.

La obligación se entiende sin perjuicio del secreto del protocolo notarial que abarca los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 34 de la Ley de 28 de mayo de 1862 [del Notariado], así como los relativos al reconocimiento de hijos no matrimoniales”.

El Reglamento, en su artículo 27, desarrolla esta obligación y, por lo que aquí nos interesa, el apartado 3 dispone:

“3. Como funcionarios especialmente obligados a este deber de colaboración se considerará a los registradores de la Propiedad y Mercantil, notarios y corredores de Comercio Colegiados, quienes deberán informar por escrito al Servicio Ejecutivo de los actos y contratos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función registral o fedataria a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1 anterior”.

97

Además, es posible que el Servicio Ejecutivo se dirija a algún notario requiriéndole determinada información.

Aunque la intención de este tipo de normas pueda ser loable, hay que decir que la obligación que impone a los notarios es muy discutible, por las razones que a continuación se van a comentar.

En primer lugar, es muy discutible la oportunidad de incluir a los notarios en el ámbito de las personas y entidades obligadas por este especial deber de comunicación. La citada ley se presenta como una transposición de la Directiva 91/308 de la Comunidad Económica Europea relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, la cual se refiere en todo momento

al “sistema financiero” y a las “entidades de crédito e instituciones financieras”, sin mencionar en ningún momento a los notarios.

Además, puede afirmarse que por la propia naturaleza de la actividad notarial difícilmente podrá apreciarse en el curso de la misma la existencia de los indicios a que se refiere la citada ley. En efecto, así como una entidad bancaria puede tener elementos para apreciar un movimiento anormal y sospechoso de una o varias cuentas pertenecientes a determinadas personas, el notario carece de tales elementos, ya que sólo observa actos muy determinados de la actividad económica de la persona, de los que difícilmente puede deducirse si se dedica a una actividad ilegal.

98

Pero es que, por otra parte, la extraordinaria ambigüedad con la que la ley se expresa, unida a la gravedad de las sanciones que se prevén para el incumplimiento de este deber, dejan la seguridad jurídica muy afectada. Lo que está claro es que si lo que el notario conoce es la comisión de un delito, sea con ocasión de su actividad como tal notario o como simple ciudadano, lo que debe hacer es denunciarlo al Ministerio Fiscal, conforme al principio general contenido en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en este punto, el artículo 7.5 del Reglamento ya dice que la comunicación a que la ley se refiere se entenderá efectuada cuando se haya actuado según lo dispuesto en el citado artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El problema surge cuando se trata sólo de indicios, y aquí cabe preguntarse cuándo puede entenderse que el notario ha descubierto “*hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales*”. Ni la Ley ni el Reglamento dan una pista medianamente fiable de en qué casos surge esta obligación. Las orientaciones que el propio Servicio Ejecutivo ha dado al Consejo General del Notariado resultan claramente insuficientes; en efecto, los ejemplos que se nos han dado resultan totalmente generales e imprecisos: la constitución de numerosas sociedades en los mismos días por las mismas per-

sonas, la constitución de sociedades por personas o entidades no residentes, con características *especiales* por su procedencia, nacionalidad, *status* u otras, las ampliaciones y suscripciones de capital en efectivo por importes considerables en relación con el reducido capital inicial, singularmente si las nuevas suscripciones proceden de paraísos fiscales, el nombramiento de administrador único con carácter simultáneo en numerosas sociedades, la adquisición de bienes con pago en efectivo por importes considerables, o las operaciones de sucesiva transmisión del mismo bien en el mismo día, con aumento sustancial del precio en la segunda transmisión. Pero no es que, lógicamente, todos estos casos se entiendan automáticamente incluidos en el ámbito de la Ley, sino que en ellos, según se dice, se deberá proceder al examen de fondo de dichas operaciones; y aquí ya no se dan más criterios de valoración.

En suma, el notario se encontrará por un lado con una gran imprecisión en la formulación del supuesto del que nace la obligación y por el otro con unas fortísimas sanciones si la incumple. Ante lo cual, la inseguridad es enorme y la tesitura en que se pone al notario, muy difícil. El Notariado no puede sino protestar por esta extraordinaria inseguridad.

Por otra parte, la ley vuelve a referirse al secreto del Protocolo, pero de nuevo en unos términos muy restrictivos, limitándolo a los documentos objeto del Protocolo reservado y al reconocimiento de hijos no matrimoniales, siendo que por definición este tipo de documentos no puede contener actos de los perseguidos por ella. Hay que volver a afirmar que el secreto de Protocolo, se diga lo que se diga, se mantiene, y lo que sucede es que se reconoce interés legítimo al Servicio Ejecutivo para acceder al mismo en los casos comprendidos en la ley, lo cual, en última instancia, deberá ser apreciado por el notario conforme a los principios generales que regulan el acceso al Protocolo. Por ello, tratándose de requerimientos individualizados, deberán precisarse con

toda claridad los aspectos que hayan de ser informados y las razones que los fundamentan, así como el plazo en que hayan de ser atendido; los requerimientos imprecisos y generales serán rechazados.

A lo que no se refiere la ley es al secreto profesional propiamente dicho del notario. Únicamente, en el artículo 4 de la Ley y en el 15 del Reglamento, se dice que la información de buena fe por el sujeto obligado no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria y no implicará para él ningún tipo de responsabilidad. Se desconoce el deber de secreto del notario en relación a la información de que haya tenido conocimiento confidencialmente en la relación con su cliente. Ello no obstante, cuando los datos recibidos de modo confidencial no se hayan plasmado en un documento autorizado por el notario, hay que entender que no existe obligación de comunicar, puesto que ésta, de la forma que aparece regulada en la ley, que se fija sólo en el aspecto *fedatario* del notario, se limita a la información que se traslada al documento.

100

La ley no regula el contenido de la comunicación que el notario debe hacer. Pero el Consejo General del Notariado ha dicho que al menos deberá contener: la identificación suficiente de las personas físicas y jurídicas que intervienen en la operación y el concepto de su intervención, la clase de ésta, la fecha, el importe del pago efectuado, la moneda en que se ha realizado, los instrumentos de pago o cobro y las circunstancias de toda índole de las que pueda inferirse el indicio o certeza de vinculación al blanqueo de capitales.

Realizada la comunicación, no podrá revelarse a los clientes ni terceros que se ha transmitido información al Servicio ni el contenido de ésta.

Por último, decir que, para una mayor garantía del anonimato de los remitentes de la información, se ha pensado en canalizar las informaciones a través del Colegio Notarial

respectivo, aunque de momento no se ha establecido ningún mecanismo para ello.

e) *Expedientes de reagrupación familiar de extranjeros.*

Entre los requisitos que establece el Real Decreto 155/1996 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, para poder obtener un permiso de residencia en España se encuentra el de tener a su disposición una vivienda que se considere normal para los ciudadanos españoles en la zona en que se proponga residir y que sea suficiente para él y sus familiares. Para dicha acreditación, suele utilizarse un acta notarial. Pues bien, con el fin de establecer mecanismos de control, para evitar duplicidades y fraudes en cuanto al uso de las viviendas o la actuación de organizaciones que proporcione viviendas a efectos de estos expedientes, en reunión de representantes del Consejo General del Notariado con el Director General de Migraciones del Ministerio de Asuntos Sociales el día 16 de marzo de 1994, se acordó que el notario que autorice un acta de las citadas deberá remitir al Decanato del Colegio respectivo un parte por duplicado, en el que se expresará la fecha y número de Protocolo, nombre y Número de Identificación de Extranjero del requirente e identificación, lo más completa posible, del domicilio a que se refiere el requerimiento. Cada Colegio Notarial llevará un registro de partes, poniendo en conocimiento de la Dirección General de Migraciones y de los notarios interesados cualquier duplicidad o reiteración de domicilios que observe. La finalidad pretendida parece loable, si bien, dada su falta de base legal, la posibilidad de exigir su cumplimiento al notario que no remita tales partes es escasa.

II.6.3. *Problemas que ocasiona el deber de informar.*

A la vista del panorama planteado, pueden imaginarse las extraordinarias dificultades que tienen que afrontar los notarios para cumplir con las obligaciones de información que se les imponen, fundamentalmente por lo que se refiere a la que hemos llamado informaciones periódicas o por suministro. En efecto:

a) La multiplicidad de los informes, listados e índices que el notario debe enviar abruma. Basta lo dicho, no vamos a repetirlos.

b) La complejidad que tiene su elaboración es siempre elevada y en algunos casos casi intolerable. A veces hay que hacer verdaderas calificaciones previas, muy complicadas, para determinar tanto si un dato debe remitirse como el tratamiento que hay que darle en la relación o índice.

102 c) La periodicidad de su envío es extraordinariamente variada (a veces mensual, a veces trimestral, a veces anual), lo que supone un elemento más de dificultad. Incluso, aun coincidiendo en la periodicidad, varían los plazos de envío. Algunos partes deben remitirse por cada documento que se autorice (partes testamentarios).

d) En ciertos casos, existe una verdadera superposición de información, que se remite formando parte de varios índices o listados. Aunque en muchos casos los destinatarios sean diferentes, se trata de organismos de la Administración que deberían coordinarse para no obligar al notario a repetir información ya remitida.

e) Todo ello lleva consigo la necesidad de hacer un extraordinario esfuerzo por parte de los despachos notariales y un no desdeñable incremento del coste de personal laboral.

Si a ello se añaden las graves sanciones que se prevén, antes examinadas, para la omisión, ya no de un listado, sino de un solo dato o por darlo incompleto o erróneo, resulta una situación bastante alarmante. Lo que sucede es que, tra-

tándose de tantas obligaciones de remisión de información y de listados tan complejos, la aplicación estricta de las sanciones que regula la Ley General Tributaria no creemos que sea viable; al menos mientras no haya un incumplimiento muy general o se trate de un caso de desobediencia al requerimiento expreso que la Administración tributaria haya hecho recordando algún dato omitido. Y ésa es la forma en que se está procediendo en la práctica por la Administración, que cuando observa alguna omisión o error en alguna de las relaciones o listados, requiere al notario afectado, de modo que si éste corrige la omisión o el error, no se abre expediente sancionador.

En el apartado III de esta Ponencia es donde se hacen consideraciones acerca de dónde deben encontrarse los límites tolerables en este deber de colaboración que se impone a los notarios, y a él nos remitimos. Ahora, lo que vamos a hacer es plantear qué actitud debe el Notariado adoptar para que el cumplimiento de esas obligaciones le resulte lo menos gravoso posible. Porque lo que hay que tener claro es que, mientras otra cosa no se declare, estamos ante deberes cuyo cumplimiento es ineludible y debe ser hecho con precisión. A estos efectos, resulta fundamental la mecanización de los despachos notariales, que en los últimos años ha avanzado muy notablemente.

En esta línea de intentar conseguir que el cumplimiento de estos deberes le ocasione al notario los menores trastornos posibles, se han hecho diversas propuestas.

Una primera se refiere al soporte en que se remite la información. Así, se ha propuesto sustituir el papel actual por soportes magnéticos, como el diskette. De hecho, buena parte de los listados y partes expresados ya pueden ser enviados por ese procedimiento. Es más, en un plazo no muy largo lo más probable es que venga exigido por la misma Administración tributaria, a la que le resulta mucho más útil recibir los datos en soporte magnético, ya que así se evita tener que procesarlos. Lo que sucede es que al nota-

rio apenas le supone ventaja, ya que el diskette debe ser acompañado por un impreso relleno y firmado.

Por ello, se ha hablado de la utilización de los modernos medios de comunicación para enviar a través de un *modem* la información. Este procedimiento sí que le supondría al notario un cierto ahorro de trabajo y tiempo. El problema aquí surgiría respecto a la forma de acreditar que el notario ha cumplido el deber de enviar la relación o índice y dentro de su plazo. Es un problema que parece que hoy tiene solución a través de los sistemas de cifrado, que habría que desarrollar y poner en funcionamiento con el fin de dotar a esa comunicación de la necesaria seguridad para ambas partes; y, dado que la información que se transmite forma parte del Protocolo notarial, habría que lograr que la seguridad del sistema que se utilice sea la mayor posible.

104

Incluso se ha propuesto ir más allá para conseguir que toda la información así remitida se unificara en algún lugar como paso intermedio, desde el cual se repartiera a cada oficina o Administración. En esta línea parece ir una de las conclusiones de la 1.^a Ponencia del 4.º Congreso Notarial Español, de 1991, en la que se propuso la racionalización del suministro de datos que demanda la Administración y se sugirió el estudio y aplicación en su caso de un sistema de índices trasladable a soporte magnético y con información múltiple utilizable por cada Administración Pública. A estos efectos, se propone un centro de gestión de datos controlado por las autoridades notariales. Esta propuesta presenta indudables atractivos. Sin embargo, personalmente no creo que fuera excesivamente útil y sin embargo puede presentar riesgos importantes. En efecto, su utilidad sería muy relativa, porque el problema principal que plantean estas relaciones o listados es el del tratamiento y proceso de los datos que deben contener; el envío es un problema menor, sobre todo si fuera posible enviarla por *modem*; un programa sin excesiva dificultad podría hacer que el envío se hiciera simultáneamente a cada uno de los destinos previstos, con muy

poca diferencia a lo que supondría ese único envío que se propone. Y los riesgos podrían ser importantes, ya que crear una base de datos donde se centralice importante información procedente de documentos autorizados en las notarías sería muy peligroso, con grave riesgo para el secreto del Protocolo; y aunque el centro de gestión de datos no almacenara la información recibida, sino que se limitara a distribuirla, el solo hecho de su existencia llevaría consigo importantes problemas, desde el coste de su creación y mantenimiento, hasta la forma de organizar su funcionamiento, pasando por el peligro de que en un momento determinado la Administración quisiera asumir su control.

II.7. El notario como controlador del cumplimiento de obligaciones fiscales y administrativas ajenas al acto jurídico que autoriza.

105

Otras veces, se impone a los notarios la obligación de controlar que los particulares cumplen determinadas obligaciones fiscales y administrativas, que pueden ser totalmente ajenas al acto jurídico que autoriza o que al menos no afectan a la eficacia jurídico civil sustantiva del acto o negocio otorgado. Incluso, en ciertos casos, se obliga al notario a insertar en el documento notarial determinadas circunstancias, interviniendo de hecho en la confección del documento.

Estas obligaciones tienen naturaleza y finalidades muy diversas.

Un primer grupo entra dentro de lo que modernamente se denomina **legislación de defensa de los consumidores**, dirigida a establecer una serie de obligaciones para los empresarios que contratan con ellos, en aras a conseguir la máxima transparencia y evitar abusos y fraudes. Y al notario se le impone, en ciertos casos, la obligación de controlar el cumplimiento de tales obligaciones. Podemos citar un par de importantes ejemplos:

En el campo inmobiliario, esta legislación tiende a impo-

ner determinadas obligaciones de información y prohibir ciertas cláusulas que se consideran abusivas, y así nos encontramos con el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, de Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento, que en este punto desarrolla la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Aunque esta norma no establece una obligación directa para el notario de establecer determinadas cláusulas o circunstancias en la escritura y la mayor parte de sus normas están pensando sobre todo en la fase de promoción y previa al otorgamiento de la escritura, algunas de sus disposiciones se refieren a ciertos contenidos de los documentos contractuales y por tanto se aplican a la escritura. En este mismo sentido, la Ley 24/1991, de la Vivienda de la Generalitat de Cataluña, que impone al promotor inmobiliario la obligación de otorgar una garantía a favor de los adquirentes que cubra la reparación de los defectos de la construcción y de los daños que de ellos se deriven directamente para la vivienda, añadiendo que los notarios exigirán para autorizar escrituras de transmisión de viviendas que vayan acompañadas de testimonio de la carta de garantía; y también se obliga al promotor a entregar una serie de documentos, como son la cédula de habitabilidad, los estatutos y normas de la comunidad, los planos, la descripción de los materiales empleados y la lista de empresas que han intervenido en la construcción y de las suministradoras, las garantías de la vivienda y sus elementos y la documentación relativa a la hipoteca si hubiere alguna constituida; en la escritura suele recogerse la manifestación de ambas partes de haberse cumplido tales requisitos.

Y el segundo ejemplo aparece en el ámbito financiero y lo constituye la normativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, contenida en la Orden de 5 de mayo de 1994, que impone una serie de requisitos a las entidades financieras en orden a la protección de los intereses de su clientela y para favorecer la

información y por tanto la libre competencia. Y del mismo modo se establece la obligación del notario de controlar el cumplimiento de algunas de esas obligaciones de las entidades financieras, así como hacer determinadas advertencias legales.

Pues bien, este primer grupo de obligaciones, aunque de carácter administrativo, tiene la finalidad de proteger los derechos del consumidor o contratante débil, lo cual está en perfecta línea con el fin al que tiende toda la actividad notarial. Es decir, no se trata de defender los intereses de la Administración como tal. Desde este punto de vista, no habría nada que objetar a este tipo de disposiciones, salvo que, por un lado, no se cuente más con el Notariado en su elaboración, y, por otro, que a veces acuda a técnicas ajenas a las estrictamente notariales, no reparando que éstas pueden ser más útiles. Aparte de los defectos técnicos y la dudas interpretativas que suscita una redacción no siempre lo clara que sería preciso.

107

De todos modos, y por las razones indicadas, no vamos a centrarnos en ese tipo de obligaciones notariales, puesto que no son las que a estos efectos más nos interesan. Como dijimos al principio, los supuestos a que se refiere propiamente esta ponencia están comprendidos por otro tipo de exigencias, las que tienen como finalidad la protección de la actividad de la Administración pública como tal.

Son supuestos muy variados. Hay que empezar advirtiendo que, afortunadamente, en el Derecho español no existen casos relevantes en los que las obligaciones cuyo cumplimiento debe fiscalizar el notario sean totalmente ajenas al acto jurídico que autoriza.

Examinemos, sin ánimo exhaustivo, los casos más importantes en que se impone en España al notario la obligación de controlar el cumplimiento de obligaciones administrativas de los particulares:

a) *Prohibición de admitir documentos no liquidados.*

Ya adelantábamos antes que un mecanismo que utiliza el legislador tributario para conseguir el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales consiste en prohibir que las autoridades y funcionarios públicos admitan documentos no liquidados de los impuestos que recaen sobre ellos.

Concretamente, así lo disponen las siguientes normas:

— El artículo 54.1 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, dispone que *“ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria”*.

108

— El artículo 33 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dispone también que *“los documentos que contengan actos o contratos sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no se admitirán ni surtirán efecto en oficinas o registros públicos sin que conste la presentación del documento ante los órganos competentes para su liquidación, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria”*.

Este régimen contrasta con el previsto a continuación por las mismas leyes para los juzgados y tribunales, a los que no se les prohíbe dicha admisión, sino que lo que se hace es obligarles a remitir a los órganos competentes para la liquidación del impuesto copia autorizada de los documentos que hayan admitido y en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación. La explicación de la diferencia de régimen se encuentra en que extender a los órganos judiciales la regla prohibitiva de la admisión de documentos podría afectar al derecho a la tutela jurisdiccional contenido en el artículo 24 de la Constitución, como señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12-VII-1988.

— El mismo Reglamento Notarial, en su artículo 258, exige, entre los requisitos necesarios para que el notario pueda legitimar una firma puesta al pie de documentos privados, que éstos “*hayan cumplido los requisitos establecido por la legislación fiscal*”. Es decir, que el acto o negocio que contiene haya sido debidamente liquidado. Y esta misma exigencia es aplicable a los testimonios de documentos privados, que se realizan normalmente por fotocopia, por disponerlo así el artículo 251.2 del mismo Reglamento.

Pues bien, a la vista de esta normativa se ha discutido si el notario está comprendido dentro del contenido de esas normas prohibitivas. La solución afirmativa parece deducirse del artículo 71 del Reglamento Notarial, que expresamente dice que la oficina notarial tiene el carácter de *oficina pública*. Ahora bien, en contra se ha dicho que dicho artículo reglamentario se redacta en un momento de exceso administrativista y que la colocación sistemática de la norma, dentro de la sección dedicada a *prerrogativas y honores de los notarios*, induce a pensar que no se trata de una oficina en el sentido al que se refieren los citados artículos de las Leyes del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de Sucesiones y Donaciones, que se limitan a las oficinas integradas en los organismos públicos; también se alega que ya existe obligación de comunicar mediante índice o relación que cumple la finalidad perseguida y que es la específicamente aplicable a los notarios; y respecto al artículo 258 de nuestro Reglamento, se dice que debe ser entendido de conformidad con las exigencias que contengan las disposiciones fiscales, de modo que si llegamos a la conclusión de que éstas no establecen tal obligación, dicho precepto habrá que entenderlo vacío de contenido en lo que se refiere a esa exigencia.

Sin embargo, el criterio más general considera que el notario sí que está comprendido en los citados preceptos, porque resulta muy difícil eludir los dos artículos mencionados del Reglamento Notarial. Esta es la solución defendida por

la Circular 1/96 del Consejo General del Notariado, sobre legitimación de firmas en documentos privados. Es lo que tradicionalmente se ha venido conociendo como las obligaciones de colaboración con la Administración tributaria previas al otorgamiento.

Admitida la aplicación al notario de la prohibición, sí que pueden hacerse varias precisiones sobre su alcance.

En primer lugar, que el artículo 258 del Reglamento Notarial debe interpretarse de conformidad con lo que exige la legislación fiscal, de modo que los únicos requisitos fiscales cuyo cumplimiento es exigible son los derivados de las dos leyes tributarias mencionadas con anterioridad, es decir, los Impuestos de Sucesiones y Donaciones y los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados.

110 La segunda consiste en que la prohibición no alcanza a los documentos privados no liquidados cuando se reciben para su elevación a escritura pública, porque desde ese momento el documento queda integrado en el Protocolo notarial y sometido al régimen general de las escrituras públicas, formando parte de las relaciones o índices que el notario debe enviar a la Administración tributaria en cuanto que tal escritura. Así lo ha entendido también la citada Circular del Consejo General del Notariado.

Y tampoco se extiende a los documentos constituidos por solicitudes dirigidas precisamente para la liquidación de los impuestos; en efecto, es bastante frecuente, sobre todo en el ámbito del Impuesto de Sucesiones, que la liquidación se practique no en virtud de la escritura de aceptación de herencia, que de momento se pospone, sino de una relación de bienes dirigida precisamente a la oficina liquidadora del impuesto para que practique la liquidación o realizada para que sirva de soporte documental a la autoliquidación que va a practicarse. Esa relación de bienes/instancia para liquidar a veces se presenta al notario para que legitime las firmas que la suscriben. Pues bien, sería absurdo exigir que previa-

mente se haya hecho la liquidación, puesto que la finalidad de ese documento es precisamente causar la liquidación y si se busca la legitimación de la firma es como paso previo a la misma. Y es que en puridad tales documentos no puede decirse que contengan realmente un acto o contrato, sino sólo una solicitud de liquidación del impuesto.

b) *Obligación de consignar advertencias sobre las obligaciones tributarias.*

Como ya adelantábamos al principio de este apartado II, al tratar de las advertencias legales que el notario debe hacer relacionadas con las obligaciones fiscales derivadas del acto o negocio formalizado, las leyes tributarias obligan expresamente a que el documento contenga algunas de esas advertencias. Concretamente:

— En relación con los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados, el artículo 52 del Texto Refundido regulador de los mismos establece que los notarios *“consignarán en los documentos sujetos entre las advertencias legales y de forma expresa, el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentarlos a la liquidación, así como la afección de los bienes al pago del impuesto correspondiente a transmisiones que de ellos se hubiera realizado, y las responsabilidades en que incurran en el caso de no efectuar la presentación”*. La expresión “consignarán” implica su constancia por escrito en el documento. En la práctica, suele incluirse esta advertencia al final de la escritura, en el apartado general relativo a la realización de las reservas y advertencias legales, no recogiendo la total regulación de esos aspectos sino indicando que se ha advertido acerca de dichas tres circunstancias.

La legislación sobre el Impuesto de Sucesiones no contiene una obligación similar, a pesar del paralelismo existente entre ambos impuestos. Sin embargo, parece claro, según se dijo antes, que, conforme a los principios generales en

materia de reservas y advertencias legales, el notario tendrá que hacer parecidas advertencias en relación a los documentos sujetos al citado Impuesto. En la práctica, es muy frecuente que se incluyan advertencias escritas muy similares o idénticas a las que se hacen en relación con los impuestos citados en primer lugar.

— El apartado 4 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 8/1988, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, dispone que *“los fedatarios públicos retribuidos mediante Arancel efectuarán, con ocasión de la autorización de documentos públicos o de su intervención en todo tipo de operaciones, las advertencias que procedan sobre las consecuencias fiscales y de otra índole de las declaraciones o falsedades en documento público o mercantil”*. Muchos comentarios podrían hacerse en torno a esta norma, que se introdujo en un contexto de mal recuerdo para el Notariado español, al que antes ya nos hemos referido. Como dijimos entonces, el precepto expresado tiene su origen en un momento en que la Administración tributaria puso su empeño en intentar acabar con la extendida práctica de consignar en las escrituras públicas valores y precios muy inferiores a los reales. Tras un tortuoso proceso, al final la Administración tributaria se contentó con establecer fundamentalmente dos medidas. La primera consistió en obligar a que los notarios apliquen su arancel sobre los valores comprobados fiscalmente y a falta de aquellos sobre los consignados por las partes en el documento, con un fuerte régimen sancionador para el incumplimiento. Y la segunda medida, en establecer un régimen tributario muy gravoso para los contribuyentes en las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos, de modo que si el valor comprobado a efectos de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste y dicho exceso fuera superior a 2.000.000 de pesetas, este último, sin perjuicio de la tributación que corresponda por la modalidad expresada, ten-

drá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de las transmisiones a título lucrativo (esta regla actualmente se contiene en el art. 14.7 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados). Pues bien, volviendo a la obligación de advertir a que nos referíamos antes, las “*consecuencias fiscales*” acerca de las cuales el notario tiene que advertir son precisamente éstas. No resulta fácil saber qué hay que entender por esas consecuencias “*de otra índole*” que a continuación cita el precepto, si bien parece una forma retórica de evitar referirse sólo a las consecuencias fiscales. Y por lo que se refiere a las “*falsedades*”, decir que, curiosamente, el nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha suprimido el carácter delictivo de las falsedades ideológicas realizadas por personas distintas del propio funcionario fedatario (art. 392 en relación con el 390.1.4.º); es decir, la realización de declaraciones y manifestaciones falsas en documento público, aunque se hagan a sabiendas, no es hoy ilícito penal, salvo que sea el propio notario el que las haga; lo cual deja sin mucho contenido este aspecto de la advertencia.

113

No exige el precepto la consignación de haberse realizado la advertencia en el propio documento, pero en la práctica es muy usual que se refleje en el mismo apartado de las reservas y advertencias legales.

— El artículo 6.3 del Real Decreto 338/1990, por el que se regula la composición y la forma de utilización del Número de Identificación Fiscal (NIF) que, como se ha dicho antes, la Administración tributaria asigna a toda persona física o jurídica, impone la obligatoriedad de consignar dicho número en las escrituras o documentos donde consten los actos o contratos que tengan por objeto la constitución, adquisición, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. También hemos señalado que el incumplimiento de esta obligación no afecta a la eficacia

de estos actos o contratos, ni impide que los notarios autoricen las escrituras correspondientes, si bien se considera infracción tributaria, acreedora de sanción, y se obliga, como se ha visto, al notario a remitir una relación nominal de incumplidores. Es cierto que esta norma no contiene el deber del notario de advertir sobre la obligatoriedad de su uso, pero tal deber ha de considerarse implícito. En la práctica, no suele hacerse referencia expresa y por escrito en el documento notarial de la realización de la advertencia.

114 — El artículo 9.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, otorga a la transmisión o adquisición por cualquier título del pleno dominio o del usufructo vitalicio de una explotación agraria en su integridad, en favor o por el titular de otra explotación que sea prioritaria, o que alcance esta consideración como consecuencia de la adquisición, una reducción del noventa por ciento de la base imponible del impuesto que grave la transmisión o adquisición. Es requisito que la transmisión se realice en escritura pública, y el apartado 2 de dicho artículo exige para que se proceda a dicha reducción que en la escritura pública se haga constar que si las fincas adquiridas fuesen enajenadas, arrendadas o cedidas durante el plazo de los cinco años siguientes, deberá justificarse previamente el pago del impuesto correspondiente, o de la parte del mismo que se hubiera dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora, excepción hecha de los supuestos de fuerza mayor. Se trata, pues, de otra advertencia, que, en este caso, es además requisito para que se pueda disfrutar del beneficio tributario.

— El artículo 50 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como vimos, impone la obligación de expresar la referencia catastral en las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de transcendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y los contratos de arrendamiento de los mismos, así como en los documen-

tos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles, con la única exclusión de los documentos de cancelación de derechos reales de garantía. Igualmente vimos que aquí tampoco el incumplimiento de esa obligación impide que los notarios autoricen el documento ni afecta a la eficacia del mismo, sino que se considera infracción tributaria (art. 51). Pues bien, aquí sí que se prevé expresamente que el notario deberá *“advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley”*. Recordemos que de momento esta obligación sólo es aplicable a los inmuebles de naturaleza urbana; para los rústicos, ha quedado aplazada indefinidamente.

La práctica, todavía escasa, se inclina en muchos casos por abrir un párrafo en la parte expositiva de la escritura, a continuación de la descripción de la finca, sobre la referencia catastral, en el que se expresa cuál es ésta y los documentos de los que se infiere, o en su defecto se hace la correspondiente advertencia a los otorgantes.

En realidad, puede insistirse en lo antes indicado: la obligación de hacer tales advertencias ya está implícita en el deber general de hacer las reservas y advertencias legales, por lo que seguramente no era preciso que el legislador tributario lo exigiera de esa forma, aunque lo cierto es que tampoco genera problemas en la actuación notarial. Es más, el deber de realizar este tipo de advertencias va más allá, pudiendo afirmarse con carácter general que siempre que la ley establezca una obligación formal tributaria cuyo incumplimiento no impida el otorgamiento del documento, sino que únicamente pueda dar lugar a sanción, el notario debe advertir al incumplidor de la existencia de la obligación y de las consecuencias de la infracción.

c) Obligaciones relativas a la legislación sobre inversiones extranjeras en España y sobre control de cambios.

Es ésta una materia de gran complejidad, donde la principal legislación está constituida por la Ley 18/1992, de 1 de julio, que establece determinadas normas en materia de Inversiones Extranjeras en España, su Reglamento, el Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, de Inversiones Extranjeras en España, y la Resolución de 6 de julio de 1992, de la Dirección General de Transacciones Exteriores, sobre procedimiento de tramitación y registro de inversiones extranjeras en España. Pues bien, en este ámbito, en el que la ley impone para la plena eficacia de la adquisición que se otorgue en documento público, se establecen para los notarios diversas obligaciones de control, cuyo examen detallado no puede abordarse en estas líneas. Decir únicamente, que las más importantes se refieren a los siguientes aspectos del acto o negocio:

116

— A la residencia del inversor, que se debe acreditar con los documentos que dispone la normativa sobre control de cambios. No obstante, por razones de urgencia, las personas físicas extranjeras no residentes podrán formalizar ante notario español la operación de inversión aun cuando no dispongan de la certificación negativa de residencia siempre y cuando el inversor haga manifestación de su condición de no residente y acredite su nacionalidad extranjera, lo que quedará reflejado en la escritura y en la declaración al Registro de Inversiones; y se impone al inversor la obligación de remitir a la Dirección General de Transacciones Exteriores copia diligenciada notarial o administrativamente de la certificación tan pronto sea obtenida.

— Al medio de pago, también en la forma que se regula.

— Al cumplimiento de los requisitos de verificación y en su caso autorización administrativa, en los casos en que son precisas. Los documentos acreditativos de su obtención deben quedar unidos a la escritura. Y si la verificación positi-

va se ha obtenido por silencio positivo, será preciso que así se declare y que se manifieste que no se ha recibido dentro del plazo requerimiento de nuevos datos o documentos, que interrumpiría su obtención.

Sobre este particular, hay que decir que es indudable que la colaboración que el Notariado viene prestando desde hace tiempo, ha contribuido de modo muy positivo a conseguir los fines perseguidos por la legislación sobre inversiones extranjeras y el control de cambios. El control de legalidad ejercido por los notarios se ha manifestado de un modo claro, y ello a pesar de la gran oscuridad de la normativa aplicable y de su modificación constante. Los expedientes instruidos a notarios por incumplimientos de esta legislación son escasos y, tal y como ha hecho constar la Dirección General de los Registros y del Notariado, debidos en la mayor parte de los casos a esa dificultad, que, a veces ha hecho incurrir en errores sobre la legislación aplicable a la propia Dirección General de Transacciones Exteriores en los escritos promotores de los expedientes en cuestión.

117

El proceso de liberalización del control de cambios español hace que esta materia sea hoy menos trascendente que en el pasado, pero no hay que olvidar los casos que quedan de autorizaciones, de verificaciones, del control de la residencia de los adquirentes y de las entradas y salidas de dinero y la necesidad de una información y un control estadístico de las adquisiciones de bienes en España por no residentes.

d) *Urbanismo y vivienda.*

Probablemente sea esta una de las materias donde la colaboración del Notariado en control de legalidad se ha desarrollado más legislativamente, y ello debido a que uno de los campos de actuación más frecuente del notario es el inmobiliario.

Antes de referirnos a las normas más importante que inciden en esta materia, nos parece conveniente hacer unas consideraciones generales.

118 — En primer lugar, hay que advertir sobre la pluralidad legislativa existente en este punto, como consecuencia del ejercicio de las competencias que sobre urbanismo y vivienda tienen atribuidas casi todas las Comunidades Autónomas. Es más, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 ha puesto de manifiesto que el legislador estatal carece constitucionalmente de competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio en sentido propio, competencias que sólo pueden ser ejercidas por las Comunidades Autónomas; de modo que la legislación estatal sólo puede alcanzar la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como regular otras materias que inciden en el urbanismo, como son la expropiación forzosa, las valoraciones, las responsabilidades de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.

Ello hace especialmente difícil conocer la legislación aplicable en cada caso, máxime si tenemos en cuenta el principio de libertad de elección de notario, incluso situado fuera de la Comunidad Autónoma en que esté situada la finca objeto de la escritura. Sin embargo, los notarios han de esforzarse por conocer suficientemente estas normas para asegurar el cumplimiento de los requisitos que en cada caso sean aplicables, ya que así lo impone su deber de velar por el cumplimiento de la legalidad; además, si no se entendiera así se correría el riesgo de que alguien llegara a la conclusión de que hay que imponer un criterio territorialista en la autorización de escrituras, lo que no parece que sea conveniente ni conforme con los principios del Notariado que conocemos y deseamos. A estos efectos, quizás sería conveniente el establecimiento de algún mecanismo que facilitara el conocimiento por parte de todos los notarios de

la legislación autonómica que afecte a la actividad notarial.

—Por otro lado, es casi un tópico hablar de que el notario no ha cumplido los deberes que en materia urbanística, y particularmente en materia de parcelaciones, establece la ley y que ello ha sido una de las causas principales de la aparición de numerosas urbanizaciones ilegales, con todos los problemas de ahí derivados. Sobre estas afirmaciones puede decirse que es excesivo a todas luces considerar que algún posible incumplimiento de los notarios haya sido causa esencial de la aparición de núcleos de población clandestinos, hecho que se debe a razones muy variadas, entre las que está también la ausencia de una actividad adecuada de disciplina urbanística por parte de los ayuntamientos, que, sin embargo, en seguida se aprestan al cobro de los impuestos derivados de la propiedad de las parcelas resultantes de esos procesos urbanísticos ilegales. También hay que mencionar aquí la dificultad que para el cumplimiento de esos actos resulta de una deficiente publicidad de los Planes de Urbanismo y la falta de infraestructura en muchos ayuntamientos pequeños para tramitar los expedientes de parcelación urbanística. Probablemente se debería hacer un esfuerzo por parte de las autoridades urbanísticas y notariales para facilitar a los notarios el conocimiento de los Planes con el fin de que éstos puedan colaborar mejor en esta materia.

—Por último, llamar la atención sobre la existencia de una tendencia en algunas leyes autonómicas a regular la posibilidad de que las autoridades urbanísticas puedan sancionar a los notarios que no respetaran la prohibición de autorizar escrituras que documenten actos que infrinjan la legalidad urbanística o de la vivienda (así, la Ley Foral Navarra de Medidas de Intervención en Materia de Suelo y Vivienda de 8 de junio de 1989, o la valenciana sobre suelo no urbanizable). Sobre este particular pueden decirse dos cosas. La primera es que desgraciadamente la aparición de esta clase de disposiciones es debida a que hay una desconfian-

za por parte de algunos sectores de los gobernantes hacia el Notariado como mecanismo de control de la legalidad urbanística, acerca de lo cual debe afirmarse que hoy está claro que el control de legalidad que los notarios ejercen se extiende al ámbito urbanístico en los términos establecidos en la ley. Y la segunda, que, sin embargo, la responsabilidad en que incurre el notario que incumple estos deberes es de naturaleza estricta y propiamente notarial, no urbanística, ya que el notario no puede ser considerado en el ejercicio de sus funciones como agente de la actividad urbanística; por ello, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 346 del Reglamento Notarial, a cuyo tenor la responsabilidad disciplinaria de los notarios *“solamente podrá ser exigida mediante el procedimiento regulado en este título, por órgano competente”*, añadiendo que *“la exigencia de dicha responsabilidad corresponde al Ministro de Justicia, a la Dirección General de los Registros y del Notariado y a las Juntas Directivas de los Colegios Notariales”*; lo cual resulta coherente con el carácter de funcionario adscrito al Ministerio de Justicia que tiene el notario (sin perjuicio también de su condición de profesional del Derecho) y con la competencia exclusiva que al Estado atribuye la Constitución española en la *“ordenación de los instrumentos públicos”* (art. 149-1-8), que hay que entender que se extiende al estatuto general del Notariado, y por tanto también al ámbito disciplinario; pensemos, además, los problemas que plantearía el carácter territorial de las Comunidades Autónomas en relación con el principio de libre elección de notario, ya que lo que en ningún caso parecería defendible sería entender que las autoridades de una Comunidad Autónoma puedan imponer sanciones disciplinarias a un notario situado fuera del ámbito de esa comunidad, que puede ser precisamente el que haya autorizado el documento que contenga la parcelación ilegal relativo a una finca situada en la misma. Concluimos por tanto expresando nuestras dudas acerca de la constitu-

cionalidad de las disposiciones que sobre disciplina notarial se contienen en esas normas autonómicas.

Entrando ya en las obligaciones que se imponen a los notarios en estos ámbitos, hay que tener en cuenta en primer término la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que ha venido a derogar casi íntegramente el anterior Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, declarado inconstitucional en su mayor parte por la antes citada Sentencia del Tribunal Constitucional. Ahora bien, dada dicha Sentencia, a partir de ahora serán fundamentales las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales ya disponen de importantes regulaciones. Por otra parte, también hay que tener en cuenta el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

121

No es posible desarrollar aquí con una mínima extensión todas las obligaciones que se imponen al notario relativas al control de la legalidad urbanística. Nos limitaremos a mencionar someramente las más importantes:

—En materia de división de terrenos, se impone a los notarios la obligación de exigir para autorizar escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberán testimoniarse en el documento (art. 259.3 Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, declarado vigente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley de 1998). Sobre esta materia también incide el artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que dispone que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo y que serán nulos y

no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, que contravengan dicha norma, con las solas excepciones que regula el artículo 25. Y también se les impone a los notarios hacer constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles, en su caso (art 258.2 del Texto Refundido de 1992, también declarado vigente), lo cual no siempre es fácil, dado que ello supone el conocimiento de una serie de circunstancias que no siempre le constan al notario por la deficiente publicidad de los planes de urbanismo.

122

— En relación a las declaraciones de obra nueva, se impone al notario, para poder autorizar las escrituras que las contengan, el deber de exigir para autorizarlas, si la obra nueva está terminada, la acreditación del otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado; y si se trata de obras nuevas en construcción, a la licencia debe acompañarse certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, debiendo en este caso el propietario hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada; y se añade que tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras (art. 22 de la Ley de 1998).

— En materia de viviendas acogidas a regímenes de protección, son varios los deberes de colaboración que se establecen para el notario en aras a garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha legislación. También en este punto existe una gran dispersión normativa, derivada de la pluralidad de legislaciones en función del régimen de protección y de la fecha de la calificación. Los más importantes deberes establecidos para el notario en esta materia son los siguientes:

- En general, es obligación del notario advertir a los adquirentes de una vivienda sujeta a un régimen de protección de las limitaciones impuestas por ese régimen. Más específicamente, podemos mencionar la obligación que se establece para las viviendas de protección oficial de promoción privada regidas por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, de hacer constar en los contratos de compraventa, adjudicación, arrendamiento o cesión de uso de las mismas que el no dedicar la vivienda a domicilio habitual y permanente, manteniéndola habitualmente desocupada o dedicándola a segunda residencia o a otros usos no autorizados, implicará necesariamente, además de las sanciones pecuniarias que puedan corresponder a la infracción muy grave cometida, la descalificación de la vivienda con carácter de sanción, y que el propietario no podrá concertar ventas o arrendamientos a precios superiores a los reglamentariamente aplicables ni minorar las condiciones de los servicios prestados, durante el plazo de cinco años desde la descalificación (art. 3.2 del Real Decreto 2569/1986, de 5 de diciembre).

123

- Una cuestión de especial relevancia es la del control de si la vivienda de protección oficial se destina a la finalidad para la que se construye: servir de residencia habitual y permanente, sin que pueda dedicarse a segunda residencia o cualquier otro uso. Con ese fin, el artículo 3.1 del citado Real Decreto 2569/1986 dispone que en todos los contratos de compraventa, adjudicación, arrendamiento o cesión de uso de viviendas de protección oficial de promoción privada regidas por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, se hará constar expresamente, y con carácter de cláusula obligatoria, que el adquirente o cesionario de la vivienda tiene residencia habitual y permanente en la localidad en que esté situada la vivienda, lo que acreditará con la certificación municipal correspondiente anexa al contrato, y que se compromete a dedicar la vivienda a su domicilio habitual y permanente y ocuparla en el plazo de tres meses desde la entrega o a cederla a residencia habitual en la localidad mediante

contrato debidamente visado en dicho plazo. Y se añade que de no reunir tal condición de residente en la localidad, se expondrán en el contrato los motivos familiares, de trabajo, de retorno o antigua residencia o domicilio de origen, etc., que motiven la contratación, y se estipulará expresamente que su titular se compromete a establecer en la vivienda su domicilio habitual y permanente, acreditando su residencia en el plazo de tres meses desde la entrega de la vivienda mediante el correspondiente certificado municipal ante el órgano competente para el visado del contrato, o a presentar en dicho plazo contrato de arrendamiento o cesión de uso para su visado, caso de ceder la vivienda a un residente en la localidad. No creemos acertada la tesis que estima que el notario cumple con hacer las advertencias antes aludidas y que no tiene el deber de controlar la residencia del adquirente, tesis que limita este control al contrato privado y al acto del visado. Nos parece que si se procede por vía de elevación del contrato privado a público y se acredita el visado del contrato y constan acreditadas dichas circunstancias, podrá eludirse la acreditación del cumplimiento de este requisito en la escritura, pero sólo en ese caso.

- En los casos en que se ha disfrutado de subvenciones y subsidios públicos, se establecen determinadas restricciones a la libre disponibilidad de las viviendas. Concretamente, suele disponerse en las normas que aprueban los sucesivos planes plurianuales que regulan las ayudas financieras públicas al acceso a las viviendas que quien las haya disfrutado no podrán transmitirlos *inter vivos* por ningún título durante el plazo de cinco años desde la formalización del préstamo cualificado, salvo que antes cancele el préstamo y recabe autorización de venta de la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, y previo reintegro de los subsidios y subvenciones recibidos, con los intereses legales desde el momento de su percepción; y se añade que una vez transcurridos cinco años desde la formalización del préstamo cualificado, la transmisión *inter vivos* o la cesión del uso por

cualquier título de dichas viviendas supondrá la interrupción de la subsidiación, y podrá determinar la resolución del préstamo cualificado. Pues bien, estas restricciones deben ser controladas por el notario cuando se pretende la transmisión de estas viviendas, sin que quepa la autorización notarial con cláusula condicionada al cumplimiento de los requisitos que habilitan a transmitir la vivienda, ni mucho menos una simple advertencia a los otorgantes.

- Para las viviendas de protección oficial de promoción pública se establecen requisitos de adquisición y transmisión específicos, regulados en el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, y disposiciones desarrolladoras y modificativas. La primera transmisión no suele plantear dificultades porque el cumplimiento de esos requisitos ya es verificado por la Administración promotora. Ahora bien, para las segundas o posteriores transmisiones el notario debe estar atento y asegurarse de que concurren los requisitos necesarios. Concretamente, sólo pueden transmitirse *inter vivos* cuando hayan transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa y siempre que previamente se haya hecho efectiva la totalidad de las cantidades aplazadas, requisitos que deberá verificar el notario; y el adquirente no debe tener un salario que exceda de dos veces y media el salario mínimo interprofesional, ni debe tener ninguna otra vivienda en propiedad, lo cual parece que debe ser controlado por la Administración competente directamente, si bien sería conveniente que el notario pidiera un certificado de conformidad de aquélla.

- Existe una tendencia moderna a establecer derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración en relación a las transmisiones de viviendas de protección oficial. Así, el artículo 54 del mismo Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, ya estableció que en las segundas o sucesivas transmisiones *inter vivos* de viviendas de protección oficial de promoción pública los entes públicos promotores pueden ejercitar los derechos de tanteo y retracto con arreglo a los ar-

títulos 1.507 y siguientes del Código Civil, a cuyos efectos se hará constar expresamente el ejercicio de dichos derechos en los contratos de compraventa que suscriban con los beneficiarios. Y algunas disposiciones autonómicas contienen derechos de características semejantes, como la Ley Foral Navarra de Medidas de Intervención en Materia de Suelo y Vivienda de 8 de junio de 1989 o la Ley Catalana de la Vivienda de 29 de noviembre de 1991. Igualmente aquí puede decirse que, aunque no se contienen obligaciones específicas para el notario, es deber de éste asegurarse de si la notificación para el tanteo se ha hecho, advirtiendo en caso contrario de que su omisión abre la vía del retracto y advertir expresamente en el cuerpo del documento de la necesidad de hacer la del retracto.

126

Lo que no hay hoy es un deber del notario de asegurarse de que el precio de la transmisión se ajusta a los máximos permitidos legalmente y de denegar la autorización si no es así. Ello no obstante, parece una forma correcta de proceder, remitir a los otorgantes antes de la autorización al organismo competente para que les informe de cuál es el precio máximo admisible, y a poder ser incorporar un certificado expedido por ese organismo donde conste éste.

e) Para la protección de los bienes públicos.

Determinadas normas regulan ciertas medidas para proteger bienes inmuebles públicos y más concretamente establecen requisitos especiales para poder proceder a la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de títulos referentes a bienes adquiridos por particulares en los casos en que pueda haber dudas acerca de si tales bienes invaden la propiedad pública. Podemos mencionar dos supuestos en que así sucede:

— Para inmatricular fincas que sean colindantes con montes catalogados, es preciso que en la descripción de la finca que se haga en la escritura se exprese detalladamente esa

circunstancia de colindancia y que se obtenga certificación de la autoridad competente en materia forestal acreditativa de que la finca no está incluida en el monte del catálogo relacionado con la inmatriculación (Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962).

— Para inmatricular fincas situadas en la zona de servidumbre de protección prevista en la Ley de Costas, en la descripción de aquéllas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre, y en caso afirmativo que se acompañe al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público, y estos mismos requisitos el Reglamento los extiende a cualquier supuesto de inscripción (art. 15 de la Ley de Costas y 31 y 35 de su Reglamento).

Aunque estas disposiciones van dirigidas al registrador de la propiedad, no cabe duda de que deberá tenerlas en cuenta el notario a la hora de autorizar documentos de la naturaleza indicada, no sólo para una mejor colaboración con la Administración, sino también para prestar el asesoramiento preciso a los otorgantes y así contribuir a la seguridad jurídica.

127

f) Para la protección de los derechos de tanteo y retracto administrativos.

Dejando aparte los que veíamos en relación con la legislación urbanística, hay que decir que existen ciertas reglas que establecen disposiciones para proteger otros derechos de adquisición preferente establecidos a favor de las Administraciones. Así, podemos mencionar las siguientes:

— Cuando se enajena una finca forestal que reúne la extensión y las características previstas legalmente, el notario debe exigir para autorizar la escritura correspondiente que se le acredite haberse verificado la preceptiva notificación a la autoridad competente en materia forestal que se prevé al efecto de que pueda ésta ejercitar el derecho de tanteo, acreditación que se hará mediante la presentación de uno de los

ejemplares de la misma fechado y firmado por la autoridad competente (Ley de 10 de marzo de 1941 y Reglamento de 30 de mayo de 1941).

— Quien tratare de enajenar un bien inmueble declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General que la Ley de Patrimonio Histórico Español regula deberá notificarlo a los Organismos competentes y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación, al efecto del ejercicio del correspondiente derecho de tanteo para sí o para una entidad benéfica o para cualquier entidad de Derecho Público; y si este propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente, podrá ejercitarse el derecho de retracto en el plazo de seis meses desde la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación. Previéndose que los registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes a que se ha hecho referencia sin que se acredite haber cumplido los requisitos expresados (art. 38 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985). Aunque la norma va dirigida a los registradores, por las mismas razones antes mencionadas, el notario deberá tenerlas en cuenta al autorizar estas escrituras.

128

II.8. El fisco como juez y parte.

Es un principio general del Derecho público que los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo son ejecutivos directamente, como dispone el artículo 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Los artículos 57 y 58 de la misma ley añaden que los actos de las Administraciones públicas se presumen válidos y producen efectos desde la fecha en que se dictan o si afectan a derechos de los interesados, desde que se les notifica.

Al ciudadano disconforme con el acto dictado le queda la vía del recurso, primero administrativo, dentro de la propia Administración, si el acto no agota la vía administrativa, y luego contencioso-administrativo ante los Tribunales de Justicia. Pero su interposición no suspende como regla general la ejecución del acto impugnado, aunque se prevé la posibilidad de suspensión en determinadas circunstancias, conforme al artículo 111 de la misma ley.

A ello hay que añadir que en el ámbito tributario, además de la vía administrativa propiamente dicha, en los casos en que es preceptiva, existe una fase previa a la judicial, formada por la mal llamada *Jurisdicción Económico-Administrativa*, regulada en el Real Decreto legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, que articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases del Procedimiento Económico Administrativo, y por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo. En realidad se trata de una fase adminis-
129

trativa más, ya que los también mal llamados *Tribunales Económico-Administrativos* no son sino órganos administrativos. Su existencia se justifica hoy en la necesidad de quitar trabajo a los Tribunales Contencioso-Administrativos, ya totalmente saturados. Sin embargo, en la práctica, en la mayor parte de los casos, su intervención sólo supone una dificultad más para acceder a los Tribunales de justicia a los que, a poco importante que sea la cuestión, se acaba yendo. Desde luego no es este el lugar adecuado para estudiar toda la problemática que suscitan los recursos en el campo del Derecho tributario. Únicamente decir que de hecho en este campo las dificultades para acceder a los Tribunales son mayores que en cualquier otro, lo que de hecho produce que el primer juzgador en los conflictos que se suscitan entre los sujetos de la relación tributaria sea uno de ellos, el propio fisco. Sin embargo, no se ha entendido que ello contravenga el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales que recoge el artículo 24.1 de nuestra Constitución. En cualquier caso, parece necesario que en un plazo

no muy largo se afronte la reforma de la materia, dentro de la que debe realizarse, en general, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De momento, el artículo 37 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes ha flexibilizado algo este régimen, al disponer que cuando la resolución de las reclamaciones económico-administrativas sea susceptible de recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, la reclamación podrá interponerse directamente ante este órgano.

III. Los límites de la carga pública en la actividad notarial

Llega el momento de recapitular. Una vez examinadas las obligaciones concretas de colaborar con la Administración pública que en el Derecho español se imponen a los notarios, es preciso intentar sentar algunos criterios para decidir si el régimen actual es satisfactorio y en su caso qué podría mejorarse.

130

III.1. Criterios para su determinación. Fundamentos.

Realmente, a lo largo de este recorrido ya hemos dicho bastantes cosas sobre los criterios que deben regir esta materia. Pero ahora hay que intentar sintetizarlos. Y a estos efectos, podemos decir lo siguiente:

a) No hay nada que objetar en principio contra aquellas obligaciones impuestas al notario que lo que intentan es conseguir que éste dote el tráfico jurídico de la máxima seguridad. Realmente, como se ha venido diciendo, en esos casos no puede propiamente hablarse de *exigencias administrativas del Estado*, sino más bien de perfeccionamiento del estatuto jurídico de la función notarial. Es el caso de las normativas de defensa de los consumidores, o de transparencia hipotecaria, o de colaboración entre las notarías y los registros de la Propiedad, que aunque han incrementado en

gran medida las obligaciones y las responsabilidades de los notarios, si vienen a dar más garantías al campo de la contratación notarial, bienvenidas sean. De todos modos, en este campo, lo que se nota en los últimos tiempos es una cierta tendencia a no contar demasiado con el Notariado para el perfeccionamiento de su propio régimen jurídico, de modo que este tipo de disposiciones vienen impuestas desde otras instancias, en muchos casos de tipo económico, ignorando lo que aquél tenga que decir. Y, desgraciadamente, a veces ello provoca que dichas normas salgan con desenfoques y errores técnicos que frustran en buena medida la loable finalidad pretendida.

b) No parece razonable que se convierta a los notarios en liquidadores de los impuestos, ni que se les imponga la obligación de recaudar o retener impuestos, ni que se les haga responsables del pago de los tributos. Son funciones completamente ajenas a lo que es la actividad notarial. E incluso pueden actuar en perjuicio de ésta, ya que, como se ha dicho en varias ocasiones, es esencial, para que el notario pueda alcanzar la finalidad para la que está concebido, que la persona que recaba su ministerio pueda mantener una relación de confianza con él; y si el notario actúa también como un funcionario recaudador del Estado, difícilmente podrá conseguirse esa relación. Afortunadamente, en España, la ley no impone este tipo de obligaciones a los notarios, por lo que no merece la pena que nos preocupemos más por esta cuestión.

c) Por lo que se refiere a las obligaciones de información, fundamentalmente a la Administración tributaria, éstas sí que son muy numerosas en España, como se ha visto. Ya se han indicado los criterios que parecen razonables en esta materia. Por un lado, se ha reconocido que el notario, por su trascendente misión pública, tiene un especial deber de colaboración, que excede del que es exigible a un simple ciudadano, y que se deriva de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración en general y la tri-

butaria en particular. Pero, por otro, ello no quiere decir que se le pueda imponer cualquier obligación de colaboración, sin limitación alguna. A estos efectos, puede resumirse lo que se ha ido diciendo a lo largo de la ponencia sobre este particular:

—La obligación de informar a la Administración tributaria no puede afectar al secreto profesional del notario, es decir, a los hechos que llega a conocer a través del ejercicio de su profesión por las confidencias recibidas de las personas que reclaman su ministerio y que no se plasman en un documento por él autorizado. Solamente lo que llegue a plasmarse en el Protocolo podrá ser objeto de la obligación de informar, y aun así resulta improcedente decir que frente a la Administración tributaria no hay secreto de Protocolo. Hoy en día no puede discutirse que la Administración tributaria pueda tener interés legítimo para conocer la situación patrimonial de los contribuyentes, pero ello no resulta contradictorio con el secreto de Protocolo.

—No pueden colapsarse las oficinas notariales con un número creciente de deberes de información generales, en forma de listados, relaciones o índices, cada vez con más datos, en casos superpuestos, con plazos perentorios muy cortos, muy variados y con amenazas de gravísimas sanciones para la sola falta de un dato. Si los deberes de información siguen creciendo en la misma forma que en los últimos años, puede llegar un momento en que se resienta de verdad la dedicación que los notarios deben prestar a su oficina y a sus clientes. Además, esos deberes generales precisan como soporte de una norma legal que les sirva de cobertura, para cumplir el principio de legalidad impuesto por el artículo 33.3 de la Constitución; no resulta suficiente, en nuestra opinión, la habilitación general contenida en el artículo 111.2 de la Ley General Tributaria, que prevé la posibilidad de que junto a la información a requerimiento individualizado se establezcan obligaciones de colaboración con carácter general,

remitiéndose a la vía reglamentaria en cuanto a la forma y plazos de cumplimiento.

— Los requerimientos individualizados de información dirigidos a los notarios deben respetar las reglas básicas del funcionamiento del secreto de Protocolo. De modo que la solicitud debe presentarse por escrito, firmada y debidamente motivada, para que el notario pueda valorar el interés legítimo alegado.

d) En cuanto a las obligaciones de realizar determinadas advertencias legales, en principio tampoco choca con los fundamentos de la función notarial. Sin embargo, en ciertos casos, la Administración utiliza esta técnica para atemorizar al ciudadano, y el Notariado no puede dejar de sentirse hasta cierto punto utilizado en campañas concretas que después no fructifican porque la Administración no pone ningún otro medio para controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Es más, en algunos casos, la imposición de determinados deberes nuevos de advertir va acompañada de campañas de prensa en las que parece darse la impresión de que los culpables del incumplimiento generalizado de determinadas obligaciones tributarias por parte de los ciudadanos son los notarios. Realmente, creemos que habría que sopesar mejor qué advertencias se imponen con carácter obligatorio, porque se corre el riesgo de ir llenando las escrituras de amenazas a los ciudadanos, vengan a cuento o no con la finalidad realmente buscada.

e) Por lo que se refiere a las obligaciones de controlar si los ciudadanos han cumplido con determinados requisitos administrativos, habría que distinguir varios grupos de casos. Si esos deberes son realmente ajenos al acto jurídico que el notario autoriza, realmente resulta improcedente su imposición. Ahora bien, en España son pocos los casos en que así sucede. Si, como sucede más frecuentemente, lo que se impone al notario es controlar el cumplimiento de los requisitos administrativos que el acto lleva implícitos, y esos requisitos afectan a la validez del acto, realmente es obliga-

ción del notario, aunque no lo diga ninguna norma, controlar su cumplimiento; y aun afectando sólo a la licitud, del mismo modo el notario al menos deberá advertir de su necesidad. Ello con independencia de la opinión que nos merezca el incremento de requisitos administrativos que padecemos en los últimos años en cada caso concreto. En efecto, hoy no puede dudarse seriamente de que el control de legalidad que ejerce el notario cuando autoriza negocios jurídicos entre particulares se refiere no sólo al cumplimiento de los requisitos impuestos por el Derecho privado sino también al de los que impone el Derecho público, y particularmente el administrativo. Y ello por mucho que resulte ingrato este deber, dada la pluralidad y la dispersión normativa existente en este campo, e incluso aunque en muchos casos pueda parecer que se imponen requisitos excesivos, inútiles o absurdos.

134

f) Otra cosa es cómo debe el notario ejercer este control sobre el cumplimiento de los requisitos que impone la legislación administrativa. Así, desde el punto de vista teórico, dicho control puede adoptar varias formas, que de menor a mayor rigor son las siguientes: limitarse a advertir a los particulares de la necesidad de cumplir determinados requisitos legales, exigirles que declaren en el documento que reúnen esos requisitos o que se comprometen a reunirlos en un cierto plazo, denegar la autorización hasta que se acredite su cumplimiento, o, incluso, obligar al notario a que sea él el que cumpla el requisito por cuenta del particular. En qué casos debería aplicarse cada procedimiento es una cuestión compleja acerca de la cual es muy difícil establecer reglas, pero sí que nos parecen válidas ciertas pautas generales. Así, cuando se trata de requisitos de eficacia del negocio jurídico que se documenta, parece oportuno exigir la acreditación, o, al menos, si no cabe tal acreditación o se trata de requisitos de cumplimiento futuro, la declaración del otorgante sobre el particular. Cuando se trata de requisitos de licitud, la cuestión es más discutible, debiendo osci-

lar la solución entre dos objetivos que en sus términos absolutos están en contradicción: por un lado, el de establecer un fuerte rigor en el cumplimiento de determinados requisitos que han de considerarse preferentes socialmente, y, por otro, el de hacer el tráfico jurídico lo suficientemente flexible para que no se resienta el funcionamiento de la sociedad.

Además, desde el punto de vista estrictamente notarial, hay que llamar la atención acerca del hecho de que una obligación de ejercer un control demasiado riguroso en relación a la actividad de los particulares puede ocasionar un perjuicio para la esencia de la función notarial, ya que, al igual que decíamos antes, podría llegar a debilitar la relación de confianza entre aquéllos y el notario. Estimamos que podría defenderse que cuando no se establece una pauta de conducta determinada, tratándose de requisitos de licitud, el notario basta con que advierta a los otorgantes de la necesidad de cumplirlos. Ahora bien, también hay que decir que esta regla no se puede tomar de forma muy simple, que habrá que examinar caso por caso para determinar si la regla contraria puede entenderse implícita en la norma en cuestión, aunque no esté expresamente manifestada, lo cual requerirá una valoración de la urgencia social en el establecimiento del requisito. Y, además, la deontología profesional impone una mayor prudencia en los casos en que el notario conozca la ausencia de los requisitos de licitud, lo cual le debe llevar, incluso, a evitar su autorización.

135

III.2. Supuestos de actividades comprendidas dentro de los límites lícitos y razonables de la carga pública, impuesta al notario en materia fiscal y administrativa.

En términos generales, afortunadamente, el Derecho español se ajusta bastante bien a los requisitos de licitud y racionalidad que debe reunir la carga pública. Por ello, cree-

mos que no merece la pena volver a enumerar las obligaciones de colaboración que hemos desarrollado en el apartado II. Valen las consideraciones hechas hasta ahora, unidas a las que se harán en el apartado siguiente sobre los desajustes del sistema.

Así, España puede considerarse, al menos todavía, afortunada si la comparamos con otros países donde las obligaciones de colaboración, sobre todo en el campo tributario, marcan de modo muy notable la actividad notarial, imponiéndoles los deberes de liquidar impuestos, o recaudarlos, o de asumir responsabilidades frente a la Hacienda pública de que efectivamente el impuesto se ha liquidado e ingresado correctamente. En este punto, como se explicará en el apartado IV, no ha habido una variación verdaderamente sustancial desde el punto de vista cualitativo en las últimas décadas y, a pesar de algunos sustos, del incremento cuantitativo de las obligaciones de colaboración y de algunas normas impertinentes, que sin embargo no afectan de modo importante al funcionamiento del sistema, en términos generales puede seguir afirmándose que la actividad de la Administración no afecta de modo importante a la función notarial.

Dicho esto, vayamos al apartado siguiente para examinar los desajustes y normas que quiebran lo ajustado del sistema.

III.3. Supuestos de actividades que exceden los límites de la carga pública impuesta al notario en materia fiscal y administrativa.

Se deducen de lo que se ha ido diciendo hasta ahora. Hagamos un resumen:

a) No es razonable que se le imponga al notario obligación de retener los impuestos, ni siquiera en el único caso que existe en nuestro Derecho y que vimos, el relativo a la transmisión de activos financieros con *rendimientos implícitos*, ya que ello contraviene la idea formulada de que no es

razonable que se cargue al notario con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los particulares.

b) En lo relativo a las obligaciones de información mediante relaciones o índices, son varias las críticas a realizar:

—Deberían limitarse los datos que hoy exigen algunas Comunidades Autónomas en las relaciones o índices relativos a los Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y Donaciones, por exceder de lo que realmente necesitan para estar avisados de la realización de un hecho imponible.

—El listado sobre el NIF carece ya de fundamento y además tiene un endeble soporte legal, por lo que sería conveniente su supresión. Su misma utilidad de cara a la Administración es muy discutible, salvo el simple intento de atemorizar al contribuyente.

—El listado sobre activos financieros presenta graves desajustes, que deberían corregirse. No se pueden reclamar al notario datos de los que no dispone por no obrar en el Protocolo. Además, la estructura de este listado es incoherente, particularmente cuando hay una representación legal de un menor o incapaz y cuando se adquieren conjuntamente por varias personas unos mismos títulos valores, lo que hace de muy difícil tratamiento la informatización del mismo.

—La frecuencia mensual del nuevo listado relativo a personas jurídicas resulta muy perturbadora y debería corregirse. El periodo trimestral es mucho más general y menos perturbador.

c) En la información individualizada debería recogerse con nitidez el principio de que si bien la Administración tributaria puede tener interés legítimo en conocer el contenido del Protocolo, tal cosa ni supone la abolición a efectos fiscales del secreto del Protocolo ni exime a la Administración de explicar las razones en las que en cada caso concreto basa la existencia de ese interés legítimo. Y la Administración sólo debe recabar información individualizada al notario

sobre un determinado acto o negocio jurídico otorgado tras haberse dirigido infructuosamente al particular afectado, de modo que sólo si éste se negara o no pudiera ser localizado, podría acudir a aquél.

d) Resulta totalmente improcedente la redacción del artículo 111 de la Ley General Tributaria, de la que parece que el notario carece de secreto profesional frente a la Administración tributaria.

e) El régimen sancionador que prevé la Ley General Tributaria para los incumplimientos de las obligaciones de suministrar información es inaplicable, sobre todo a la vista de la extraordinaria gravedad de las sanciones previstas.

138

f) La Administración tributaria debe poner los medios adecuados que faciliten el cumplimiento de las obligaciones de información de los notarios, estableciendo algún medio, basado en los modernos sistemas de cifrado, que permita la transmisión, opcional, de los datos por parte de los notarios, de modo que éste pudiera probar, en caso de duda, que ha cumplido el deber de enviar la relación o índice y dentro de su plazo.

g) La creciente tendencia de obligar al notario a consignar múltiples advertencias, con el fin de conseguir atemorizar al ciudadano acerca de las consecuencias del incumplimiento, debe, al menos, moderarse, dejando tales advertencias obligatorias para los casos estrictamente indispensables. De lo contrario, como se ha dicho, se corre el riesgo de llenar la escritura de verdaderas amenazas.

III.4. Propuestas para lograr la observancia por parte del Estado de los límites legales de la carga pública en lo relativo a la actuación notarial.

Realmente, éstas no pueden constituir más que en hacer entender a los representantes de la Administración la trascendencia de la función notarial y el gran papel que cumple en el ámbito social y jurídico, así como el riesgo de que

dicha función pierda vigor social si se sigue la vía de imponerle la realización de labores que, no es sólo que no formen parte de lo que constituye el cuerpo de la función notarial, sino que incluso pueden actuar en demérito de ella, al acercar la figura del notario a la del funcionario público obligado a poner en primer término los intereses del Estado, por encima de los de los ciudadanos que recaban su ministerio.

Para ello, habrá que seguir de cerca toda la normativa que se proyecte sobre la cuestión y, en su caso, explicar a las autoridades públicas competentes y los grupos políticos los riesgos de cada una de las disposiciones que traten de imponer más cargas de las ya existentes. A estos efectos, resulta importante el mantenimiento de relaciones fluidas por parte de los órganos corporativos con los centros de decisión de la Administración.

139

IV. Evolución de la problemática en análisis desde el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino México 1965

Como se decía al principio de esta ponencia, la materia objeto de la misma fue tratada en el VIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en México en 1965, bajo el título *“Las exigencias fiscales en relación con los efectos del acto jurídico”*. En dicha ponencia había tres partes: la primera que tenía como tema *“El notario como asesor jurídico de las partes en materia fiscal”*, la segunda, sobre *“El notario como colaborador del Fisco. Su responsabilidad frente al fisco y las partes en la determinación, liquidación y pago de los Impuestos”*, y la tercera, *“Exigencias fiscales a las que se supeditan las consecuencias de los actos jurídicos contenidos en el instrumento público”*. Pues bien, en este apartado de lo que se trata es de hacer un análisis comparativo acerca de cómo han evolucionado en

España desde entonces las obligaciones de colaboración que se imponen al notario.

140 Hay que empezar diciendo que desde el punto de vista general ha habido un cambio sustancial, en la medida en que el peso del sector público de la economía ha crecido de modo muy importante; y del mismo modo se ha incrementado la presión fiscal sobre los ciudadanos, tanto en lo relativo a la cuantía de los tributos que hay que pagar como en las obligaciones formales y de colaboración que se imponen, así como en la cuantía de las sanciones previstas para cualquier infracción que de todo ese entramado de deberes se produzca. Se puede afirmar que hay una cierta sensación de asfixia fiscal en los ciudadanos, que padece una cada vez mayor inflación legislativa en el ámbito tributario, una verdadera maraña ante la que muchas veces se siente impotente incluso para conocer cuáles son sus obligaciones. De todo ello hemos hablado ya y no vamos a insistir. Y como se decía al principio de la ponencia, las tendencias *neoliberales* que tanto se aprecian en nuestro país desde hace ya algunos años no han contribuido a aliviar esta tendencia. No obstante lo dicho, hay que reconocer que las críticas de la doctrina han acabado dando algunos frutos en los últimos tiempos, como se aprecia en la recientemente aprobada Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, varias veces mencionada, que, sin embargo no altera esa tendencia.

Este incremento de la presión fiscal, evidentemente se deja notar también en lo relativo a las obligaciones fiscales de colaboración. Basta con recordar las normas relativas a los diversos deberes de colaboración que hemos ido estudiando, para comprobar que muchas de ellas son de nacimiento reciente, en varios casos de los últimos años. Y las que ya existían desde hace tiempo, como los listados de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o Sucesiones y Donaciones, se exigen ahora con un rigor mucho mayor que en su origen. A lo que hay

que unir el extraordinario aumento de las sanciones por incumplimiento.

Ello no obstante, este aumento ha sido sobre todo de naturaleza cuantitativa y no ha afectado de modo muy sustancial al tipo de obligaciones de colaboración del notario. Esto se aprecia claramente si se lee la ponencia que para el citado Congreso de México elaboró el notario español FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO, en la que se felicitaba por el hecho de que en España no se imponen al notario deberes de calificación tributaria, ni de presentar avances de la liquidación de los impuestos, ni de fiscalizar o controlar su pago, ni de retener. Añadía que los deberes de colaborar del notario con la Administración tributaria se limitaban en España a la clásica distinción entre obligaciones previas al otorgamiento (de no admitir documentos no liquidados), simultáneas (de hacer las advertencias fiscales a los otorgantes) y posteriores (de informar a la Administración mediante relaciones o índices o requerimiento individualizado). Concluía que, en comparación con los regímenes existentes en otros países, la española podía calificarse de *situación ideal*, en cuanto que respetuoso para la legítima autonomía de la función notarial, dadas las escasas interferencias de la Administración tributaria en ésta.

141

Pues bien, a la vista de esto y de las diversas obligaciones que hemos ido enumerando, puede deducirse que no se ha producido un cambio cualitativo en la materia en estos treinta y tres años. Los notarios seguimos sin tener obligaciones de calificar, liquidar, retener o recaudar y los deberes de colaboración con la Administración tributaria siguen cabiendo dentro de ese triple grupo.

De todos modos, tampoco debe deducirse de ahí que en todo este tiempo no ha habido mayores problemas. Por un lado, ya hemos comentado los difíciles momentos habidos cuando se acusaba al Notariado español de ser cómplice con el fraude fiscal y se proponían medidas dirigidas a su funcionarización. Por otro, el incremento cuantitativo de estas

obligaciones ha sido muy importante y de momento no existen perspectivas claras de que vaya a finalizar, y una persistencia en esta vía puede acabar afectando de verdad a la esencia de la función notarial, por las razones que ya han quedado expresadas reiteradamente en el apartado 3.

V. Beneficios a brindar por el Notariado a la comunidad

142

Esta última parte de la Ponencia pretende ser un poco un contrapunto del resto de la misma. Si hasta ahora hemos examinado qué obligaciones de colaboración se nos imponen que pueden considerarse *postizas*, es decir, que escapan de lo que es propiamente la función notarial, ahora vamos a hacer una referencia a qué otras funciones de colaboración el Notariado puede ofrecer a la sociedad, y en muchos casos ofrece ya, y que resultan perfectamente conformes con la naturaleza y características de la función notarial y que de hecho suponen un perfeccionamiento de ésta. Y es que el Notariado, por su infraestructura, su presencia social, su proximidad a los contratantes y la naturaleza específica de su función, está en condiciones de prestar importantes nuevos beneficios a la sociedad y al Estado.

Realmente, el contenido mínimamente desarrollado de esta parte da para mucho más que una ponencia entera. Por ello, nos tendremos que conformar con mencionar algunas de esas colaboraciones y expresarlas de modo bastante resumido.

Seguiremos, como hemos hecho hasta ahora, el guión propuesto por el coordinador internacional, si bien añadiremos algunos supuestos que nos parecen de interés.

V.1. Institucionalmente.

Aquí nos referiremos a determinadas funciones que pueden ser realizadas por los órganos corporativos de la profe-

sión notarial, fundamentalmente los Colegios Notariales, pero también los de ámbito nacional, es decir, el Consejo General del Notariado. No vamos a referirnos a todas las funciones que les competen según el Reglamento Notarial, sino a aquellas a que el guión se refiere y a alguna otra que nos parece de interés recoger aquí.

El guión del coordinador internacional contiene aquí un primer apartado relativo a las funciones que podrían ejercer los Colegios Notariales para la mejora de la organización y funcionamiento de registros inmobiliarios, mercantiles, de automotores, etc. Pero en España esas funciones escapan de las competencias de los Colegios Notariales. No obstante, en cuanto a la colaboración con el buen funcionamiento de los registros, hablaremos luego, en la segunda parte de este apartado, es decir, el de los beneficios a brindar desde el punto de vista funcional.

143

V.1.1. Registro de Actos de Última Voluntad.

Ya hemos hecho una alusión a él, al comprender entre las obligaciones de comunicación no tributarias la de remitir el correspondiente parte a este registro. También hemos dicho que se trata de una función notarial muy importante, que se viene desarrollando desde hace muchos años. Por ello, en España se considera tan obvia, está tan asumida y se viene prestando correctamente desde hace tanto tiempo que si la introducimos en este apartado es sólo por exigencias del guión. Tan notarial es este registro, que se regula en el Anexo Segundo del Reglamento Notarial. El Registro propiamente dicho, el general, no es colegial, sino que depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado; si bien existen registros particulares en los Colegios Notariales y en las notarías, que son reservados. Precisamente, para mejorar el funcionamiento del Registro de Actos de Última Voluntad y la remisión de datos al mismo, se han modificado mediante Real Decreto 1368/92, de 12 de no-

viembre, el Reglamento Notarial y su Anexo Segundo, extendiendo la función de este registro a las actas de notoriedad de declaración de herederos y acrecentando su llevanza informática.

En estos momentos, lo que se está planteando es establecer un medio de transmisión de los datos de las notarías a los Colegios Notariales que facilite su procesamiento y libere de trabajo a éstos. Sin embargo, a estos efectos creo que la solución que se encuentre debe reunir los requisitos actuales de seguridad. En efecto, hoy los partes se firman y son esos partes firmados los que luego los Colegios Notariales procesan; y mientras se mantenga el soporte papel y la firma como requisito esencial, resultará, a nuestro juicio, arriesgado y poco conveniente establecer un sistema de doble envío, es decir, que junto al papel se establezca la remisión en soporte magnético, sea en diskette o por vía telemática, ya que el riesgo de que haya una disparidad de datos entre ambos envíos no es desdeñable. Por ello, creo que de momento habría que mantener el envío en papel firmado como único medio; existen hoy medios técnicos que pueden leer el contenido del parte de modo fácil y que deberían tenerse en cuenta a estos efectos.

Desde otro punto de vista, de más alcance, hay que decir que el principal reto de este Registro de cara al futuro es la puesta en marcha de un verdadero registro supranacional, al menos en regiones del mundo determinadas, como pueden ser Europa o Iberoamérica. Si los Notariados de todos esos países pudieran conseguir el grado de cumplimiento que tiene en este ámbito el español, seguramente sería bastante sencillo conseguir que funcionara un registro de esas características.

V.1.2. *Los Protocolos notariales.*

Otra función importantísima que ya cumplen los órganos corporativos notariales es la de mantenimiento y conserva-

ción de los archivos generales de Protocolos, formados por los volúmenes que dejan de conservarse en los despachos notariales. Estos archivos se han mostrado como uno de los instrumentos más valiosos de estudios de la historia, en cuanto que recogen información fidedigna y bien conservada. Como en el apartado anterior, la conservación de los Protocolos es algo tan consustancial con la función notarial, que no merece la pena insistir sobre la materia.

Lo que sí que creemos preciso es hacer una propuesta de una función que podrían realizar los Colegios Notariales en relación con los Protocolos notariales, cual es la realización de índices alfabéticos de otorgantes y requirentes. La problemática que se pretende abordar con esta propuesta es la que se suscita cuando una persona, distinta del otorgante, pero con interés legítimo, sabe o al menos sospecha que se ha otorgado un determinado documento pero ignora el notario ante el que se ha otorgado o podido otorgar; es cierto que si el documento contiene un acto inscribible podrá acudir al Registro de la Propiedad para comprobar el acto o negocio de que se trate; pero también lo es que puede que no tenga contenido inscribible o que aun teniéndolo no se haya inscrito, bien por razones ajenas a la voluntad del titular (por ejemplo, por faltar la liquidación del impuesto que corresponda), o bien por no haber querido inscribirlo, incluso precisamente para dificultar el titular el conocimiento del acto a ese tercero (deudor que no quiere que sus acreedores conozcan que ha adquirido un bien, o persona separada o divorciada que pretende ocultarle a su ex-cónyuge su patrimonio). La consecución de ese objetivo a veces fraudulento aparece facilitada por el principio de libre elección de notario y la gran cantidad de los que existen y por la voluntariedad, salvo excepciones, de inscribir en el Registro de la Propiedad. A veces, son los herederos del otorgante (o incluso por sorprendente que pueda parecer él mismo) quienes no saben a ciencia cierta si un documento ha sido otorgado y en su caso dónde.

Pues bien, no vemos razones para que no se pueda arbitrar un sistema a través del cual pueda saberse dónde se encuentran los documentos otorgados por determinada persona. Es por ello por lo que creemos que sería interesante plantearse la conveniencia de establecer un sistema de índices alfabéticos por Colegios Notariales, lo cual a través de un sistema informático adecuado es viable partiendo de los índices mensuales que los colegios reciben de los notarios. En dicho registro, organizado por personas, de forma similar al actual Registro de Actos de Última Voluntad, constarían la fecha y el notario autorizante de todos los documentos otorgados por una determinada persona, debiéndose acudir al notario que tuviera bajo su custodia ese Protocolo para poder determinar el tipo de documento autorizado y si existe ese interés legítimo. Bastaría con que se incluyeran en ese índice los datos de los documentos autorizados a partir de entonces, porque retroceder en el tiempo sería muy difícil. Tal vez, con el tiempo podría pensarse en algún índice más general, para toda España, si bien, al menos para empezar, parece que lo prudente es respetar la organización territorial por Colegios.

No creemos que la necesidad de protección del secreto del Protocolo sea razón de suficiente peso para oponerse a esta iniciativa, ya que no se trata de reducirlo, sino sencillamente de facilitar las cosas a quien según las normas vigentes tenga interés legítimo. No obstante, comprendemos que se trata de una cuestión muy delicada y que tendrá importantes detractores, recelosos de cualquier medida que pueda socavar el secreto del Protocolo y de las incomodidades que supone establecernos nosotros una nueva obligación que de momento nadie nos exige. El sistema que se propone podría ser útil para una mejor contribución del Notariado a la seguridad jurídica; además, si este sistema nos viene impuesto de fuera seguramente será peor que si es organizado desde dentro del mismo Notariado.

V.1.3. *Organización de la distribución del trabajo oficial de interés social.*

Es ésta otra función que corresponde a los Colegios Notariales, que al organizar el turno de reparto de documentos, proceden también a hacer funcionar el turno especial de oficio, de carácter gratuito, relativo a los documentos que prevé el artículo 130 del Reglamento Notarial. Estamos ante una función de tipo social que cumple el Notariado. Dentro de este apartado, habría que incluir también las intervenciones notariales en materia electoral, a las que después nos referiremos.

V.1.4. *Contratación electrónica.*

Es ésta otra materia que por sí sola requeriría una ponencia entera y que ya ha sido objeto de atención en recientes reuniones notariales internacionales, como en el Tema II del XX Congreso Internacional del Notariado Latino, en Cartagena de Indias, 1992, bajo el título *“El documento informático y la seguridad jurídica”*. Por ello, no vamos a detenernos demasiado en ella, máxime cuando todavía no están bien perfiladas las características de estos sistemas y cómo puede el Notariado participar en ellos.

Evidentemente, hay un aspecto interno de los modernos sistemas de telemática que puede ser muy útil al Notariado, como a cualquier otro colectivo, para una mejor realización de sus funciones. En concreto, pueden facilitar la comunicación de los notarios entre sí, incluso de distintos países, y de éstos con los Colegios Notariales, así como de éstos con el Consejo General del Notariado.

Desde otro punto de vista, y como ya hemos ido haciendo referencia en varios puntos de la ponencia, dichos medios pueden facilitar el cumplimiento de las obligaciones de información que se impone a los notarios.

En estos dos primeros aspectos, hay que llamar la atención acerca de la necesidad de que cuando se trate de comunicaciones de datos contenidos en el Protocolo notarial, ya sea a los Colegios Notariales o a las distintas Administraciones, se garantice completamente la confidencialidad, a través de los mecanismos, que ya existen, de cifrado. En esto, las autoridades notariales deberían ser extraordinariamente cautas, ya que si los datos no están debidamente protegidos, pueden ser vulnerados por personas con conocimientos técnicos, que así podrían acceder al contenido de miles de datos confidenciales y poner en entredicho el prestigio de la función notarial.

El tercer aspecto relevante de estos mecanismos es el de la contratación electrónica propiamente dicha, que va extendiéndose de modo muy importante en el mundo. En este punto, el Notariado debe hacer ver la necesidad de que esa contratación tenga unos mecanismos de seguridad equivalentes a los que hoy tiene el resto de la contratación, y para su consecución el Notariado, como institución con siglos de existencia destinada a promover la seguridad jurídica, no puede ser dejado de lado. De todos modos, toda cautela será poca para conseguir que esa seguridad jurídica sea efectiva y evitar que sistemas vulnerables acaben creando apariencia, certificada notarialmente, de hechos, actos o negocios falsos.

V.1.5. *Incremento del protagonismo social del Notariado.*

Probablemente, una de las razones que ha contribuido al prestigio social del notario y al respeto que éste inspira en los más variados estratos sociales se encuentra en el protagonismo social que ha tenido. Este protagonismo es cierto que lo gana el Notariado en su buen hacer día a día, pero creemos que ello no basta, que el notario debe salir también de sus despachos y dejarse ver en todos aquellos ámbitos que interesan a la sociedad y para los que esté espe-

cialmente preparado. Ello debe llevarse a cabo desde un doble ámbito, individual y corporativo.

En el campo individual, es conveniente que el notario participe en los centros donde se tienen en cuenta las inquietudes sociales y jurídicas. En el prestigio del Notariado no cabe duda que ha tenido una gran importancia la existencia de compañeros de gran altura intelectual y jurídica (e incluso política, si bien a ese aspecto no creemos procedente referirnos). Un buen número de los mejores iusprivatistas que ha habido en nuestro país han sido notarios y muchas importantes aportaciones jurídicas proceden de los notarios. No obstante, hay que decir que actualmente corremos un cierto riesgo de que la dinámica de la oficina notarial actual, su exceso de trabajo, la necesidad de dotarla de gran agilidad y eficacia y la creciente competitividad entre los notarios, lleven a un descuido de la labor intelectual y jurídica. Esto supondría una pérdida irreparable. Por ello, es preciso hacer frente a estos problemas para conseguir que el notario no quede absolutamente absorbido por su trabajo diario. En este punto, existen varios campos en los que habría que trabajar; es muy importante facilitar más las uniones de despachos, que sólo beneficios pueden reportar tanto a los notarios como a sus clientes; habría que fomentar más las oposiciones entre notarios, un tanto lánguidas últimamente, reestructurándolas si fuera preciso; debería estudiarse si merece la pena establecer sistemas de licencias especiales para los compañeros especialmente volcados al estudio y el trabajo intelectual. Por otro lado, es cierto que la investigación intelectual y jurídica requiere una especial vocación y que no puede obligarse a ningún compañero a desarrollarla, pero sí que se podría por parte de los Colegios Notariales fomentar y apoyar más ese estudio mediante iniciativas concretas; también puede ser importante la labor sobre los notarios jóvenes, que podría canalizarse sobre todo a través de las academias de preparación de opositores a notarías, las cuales deberían cuidarse mucho por los Colegios Notariales.

En cuanto a la labor corporativa de fomento del protagonismo social del Notariado, creemos que tendría que ser llevada a cabo sobre todo por los Colegios Notariales, dada la estructura de la organización notarial y su distribución territorial dentro de España. Pues bien, esa labor pasaría fundamentalmente por el establecimiento de relaciones estables y ágiles con los centros de decisión sociales y políticos, como serían la universidad, los colegios profesionales, fundamentalmente aquellos cuya actividad está en contacto con las materias propias de la competencia notarial, las principales asociaciones de consumidores, los ayuntamientos y Comunidades Autónomas, etc.; para ello, podrían constituirse en los Colegios Notariales comisiones encargadas de llevar a cabo dicha relación, bajo el control de las Juntas Directivas, y sería importante que estas comisiones fueran activas permanentemente, con el fin de poder actuar con agilidad cuando fuera preciso. En esta línea, son varias las cosas que deberían promoverse desde los órganos corporativos del Notariado. Podemos mencionar algunas de las que se nos ocurren. Así, podrían organizarse cursos, "*masters*", seminarios, etc. Igualmente, habría que intentar establecer los mecanismos para que se oyera la voz de los notarios sobre las condiciones generales de la contratación utilizadas por las principales entidades de crédito, contra las cuales poco puede hacer cada notario individualmente en su despacho, cuestión ésta de gran importancia y actualidad. Y también debería procurarse que se tuviera en cuenta la opinión del Notariado en las comisiones legislativas de las Comunidades Autónomas cuando elaboran anteproyectos que afecten a las materias de actuación notarial y aquellas que el notario conozca especialmente. En esta labor, también el Consejo General del Notariado tiene una función a desarrollar, coordinando la actuación de los colegios y llevando a cabo la promoción de aquellas actividades y cursos que por su ámbito o su trascendencia no estén aquéllos en condiciones de afrontar.

Sobre este particular, resulta muy interesante la Ponencia

Tercera del 4.º Congreso Notarial, en 1991 (redactada por ANTONIO PÉREZ SANZ), que proponía la creación (1) de una oficina permanente de información social del Notariado español, divulgadora de la función notarial, de los riesgos de la documentación privada y de los supuestos de fraude que se presenten, con publicación de folletos de distribución gratuita, (2) de un gabinete de estudios del Notariado español, que haga un seguimiento de los vicios o deformaciones que aparecen en la contratación y realice estudios e informes en materias que afecten al ejercicio profesional, para su publicación en las revistas editadas por los Colegios Notariales o por el Consejo General del Notariado y, si se estima oportuno, para su presentación a la Administración, Parlamento, partidos políticos, asociaciones y organizaciones, etc., con una doble vertiente, práctica y dogmática, y (3) de una academia o escuela del Notariado, con delegaciones en los Colegios, que tendría por misión la formación de los opositores a notarías y la preparación de estudios de reciclaje de los notarios y de especializaciones complementarias, que además podría servir de nexo de unión con los estamentos universitarios. Y la Conclusión Octava de dicha Ponencia se expresó en los siguientes términos: *“El Notariado participará activamente en las manifestaciones sociales que le son más próximas”; añadiendo que “Se insta al Consejo General del Notariado y a los Colegios Notariales para que creen un Centro Superior de Estudios del Notariado que coordine lo relativo a las materias que afectan a la formación jurídica y profesional del notario, la relación y colaboración con toda clase de instituciones, muy especialmente con la Universidad, las publicaciones y actividades académicas de los notarios y el Notariado y la elaboración de estudios y memorias de especial interés para la sociedad, difundiéndolas en ésta a través de sus organizaciones y de los medios de comunicación social”.*

V.2. Funcionalmente.

El notario, en el ejercicio de su función propia, además de contribuir como hoy lo hace a la consecución de la seguridad jurídica, presta una importante labor social en determinados ámbitos, como el electoral, y además, podría ensanchar su campo de actividad a materias claramente concordantes con su naturaleza.

152 De todos modos, creemos que algunas consideraciones generales previas pueden ser convenientes. Y a estos efectos nos parecen muy interesantes las realizadas por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, en su ponencia "*Ejercicio de la Jurisdicción voluntaria por el notario*", presentada a la VI Jornada Notarial Iberoamericana de Quito, 1993. Y es que, respetando la pluralidad de concepciones existentes dentro del mismo Notariado latino sobre la cuestión de hasta dónde debe llegar la función notarial, en España siempre se ha considerado que el notario no debe asumir funciones mediatarias, porque la idea que aquí tenemos de la imparcialidad a que debe responder la actuación notarial no lo hace aconsejable. También apuntó que la atribución al notario de otras funciones no notariales no notarializa las mismas y por el contrario pueden desvirtuar la función notarial. Deben atribuirse al Notariado todas aquellas competencias que conduzcan a perfeccionar la prestación de la función y la seguridad jurídica y la prevención de conflictos.

Dicho esto, hagamos referencia a algunas de esas funciones que el Notariado presta ya pero que podrían incrementarse en el futuro en aras de un mejor aprovechamiento de las ventajas que tiene como institución.

V.2.1. *Jurisdicción voluntaria.*

Hasta qué punto el notario puede y debe asumir buena parte de la Jurisdicción voluntaria, actualmente bajo competencia de los órganos judiciales, es una cuestión que ha sido

objeto de examen detallado en nuestros Congresos recientemente. Por ello, así como por el tiempo que requeriría la materia y del que no disponemos, no procede que ahora hagamos un examen detallado de la misma. Sólo unas brevísimas consideraciones para recordar lo que nos decía en la ponencia antes aludida RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: el Notariado latino reúne las condiciones de probada honorabilidad, formación suficiente, alta capacitación jurídica, medios técnicos (escrituras y actas, especialmente las de notoriedad), responsabilidad, implantación social, y estructura territorial para poder asumir los actos de jurisdicción voluntaria compatibles con la propia esencia de la función notarial, con absoluta garantía de legalidad y eficacia, respetando la propia función notarial. Y ello siempre que se sigan las siguientes pautas:

— No es posible atribuir a los notarios competencias en el ámbito de la fe pública judicial que corresponde a los Secretarios judiciales (art. 281.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 1 de la Ley del Notariado).

— Es preciso deslindar aquellos supuestos en que la actuación judicial en sede de Jurisdicción voluntaria, aun no jurisdiccional, es imprescindible, de aquellos otros supuestos en que cabe reconocer a la función notarial el desempeño de un importante papel.

— Cuando se requiera reconocer a los notarios competencia en un determinado ámbito hasta entonces reservado a la competencia judicial exclusiva, hay que desjudicializar la materia, eliminar toda terminología y todo el tratamiento procesal de la misma, saliendo fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cualquier caso, la progresiva atribución al notario de determinadas funciones de Jurisdicción voluntaria constituye una tendencia que lentamente va tomando cuerpo en las legislaciones de muchos países, entre los que está el nuestro.

En España, la experiencia reciente ha sido desigual. Por un lado, la atribución por la Ley 10/1992, de 30 de abril,

de medidas urgentes de Reforma Procesal, de la competencia a los notarios de las declaraciones de herederos, cuando éstos sean descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, ha sido muy positiva, y así es reconocido unánimemente. En cambio, los intentos de conseguir que la ejecución de las hipotecas se tramite por la vía notarial, ya existente pero fuertemente potenciada por la reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, no ha dado frutos, fundamentalmente por la imposibilidad de que los abogados que intervienen puedan hacer efectivos sus honorarios a través de la ejecución notarial. La verdad es que esta última competencia no resultaba atractiva para los notarios, por la entrada que conlleva en el oscuro mundo de las subastas. Pero el Notariado declaró su intención de asumir esta competencia para colaborar con el Estado en la descongestión del aparato judicial, si bien ha reclamado una regulación clara y que se oiga su voz en la elaboración de la misma.

V.2.2. Obtención de autorizaciones de carácter administrativo.

En España, no está prevista la posibilidad de que el notario pueda declarar obtenida una autorización administrativa por la acreditación ante él realizada del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Ese control corresponde a los órganos de la propia Administración, que no está dispuesta a desprenderse de él. Y tampoco el Notariado español lo ha pedido, porque sería inmiscuirse en ámbitos que están fuera de su competencia y asumir unas responsabilidades que no tienen por qué corresponderle.

V.2.3. Colaboración del Notariado en el proceso electoral.

No se trata aquí de proponer su modificación, sino únicamente de recordar y poner de manifiesto cómo el Nota-

riado cumple esta función, de gran trascendencia, de modo callado y gratuito. La materia viene regulada en la legislación electoral, constituida fundamentalmente por la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, sobre Régimen Electoral General (modificada por Ley 6/1992, de 2 de noviembre) y normativa desarrolladora, especialmente el Real Decreto 421/1991, de 5 de abril, por el que se dictan normas reguladoras de los procesos electorales, y en el Anexo Cuarto del Reglamento Notarial relativo al ejercicio de la fe pública en materia electoral aprobado por Real Decreto 1954/1982, de 30 de julio, y modificado por el reciente Decreto 557/1993, de 16 de abril. La gratuidad de la intervención notarial viene establecida por el artículo 118-1-b de la Ley y es asumida por los notarios sin protesta no obstante el coste que les supone, que no es pequeño, ya que les obliga, entre otras cosas, a hacer un buen número de salidas a domicilios de personas impedidas para autorizar a la persona que se encarga de tramitar el voto por correo, y a mantenerse en guardia el día de las elecciones, ya que la Ley Electoral dispone que los notarios deben durante el día de la votación encontrarse a disposición de los partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones en su domicilio o en el lugar donde habitualmente desarrollen su función (art. 91-5), lo que supone pagar a los empleados las correspondientes retribuciones extraordinarias si, como suele suceder, el día es festivo.

155

Afortunadamente, España disfruta de un ya prolongado periodo de paz social y política, en el que los diversos procesos electorales se han desarrollado sin incidencia. Por eso, la tutela notarial no se ha dejado notar apenas. Pero su presencia es una importante garantía para los casos en que esa situación pueda empeorar.

V.2.4. *Acreditación de la vigencia de los poderes.*

Es esta una función que creemos que los notarios podrían prestar sin necesidad de hacer demasiadas modificacio-

nes ni esfuerzos y que contribuiría de modo importante a la seguridad del tráfico jurídico. En efecto, actualmente la seguridad en este ámbito descansa fundamentalmente en la manifestación que hace el apoderado de la vigencia de sus facultades representativas y en la buena fe del tercero que con él contrata. Ahora bien, es muy discutible que la buena fe de este tercero le proteja frente a la legítima reclamación del poderdante que había revocado el poder, al menos cuando estamos ante poderes no inscritos en el Registro Mercantil. Veamos muy brevemente cuál es el régimen aplicable:

156

— Si se trata de supuestos de representación cuya inscripción deba realizarse obligatoriamente en el Registro Mercantil, la solución viene dada por el juego de los principios que rigen éste: la extinción de la relación representativa sólo será oponible a terceros de buena fe desde su publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, y si se trata de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos (arts. 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil). Aquí, por tanto, para que el apoderado quedara plenamente protegido, tendría que asegurarse de que no se ha publicado la extinción de la representación, para lo cual tendría que obtener la correspondiente certificación del Registro Mercantil.

— Más discutible es la solución en las representaciones voluntarias no sujetas a inscripción en el Registro Mercantil. Y aunque no es éste el lugar ni el momento de profundizar en esta materia, creemos que la solución en nuestro Derecho la da el artículo 1.738 del Código Civil, que exige para que el tercero quede protegido no sólo la buena fe de ese tercero sino también la del apoderado, criterio que también sigue el artículo 279 del Código de Comercio para el poder mercantil, y ello a pesar de algunas tendencias modernas partidarias de proteger siempre al adquirente de buena

fe, con independencia de que el apoderado conociera o no la revocación del poder. El artículo 1.734, que exige para que la revocación perjudique al tercero que se le haya hecho saber, sólo es aplicable al poder dado para contratar con determinadas personas, y es lógico que en este caso sea así. Pero no lo es que se dé la misma solución a los demás supuestos de poder, puesto que el poderdante quedaría totalmente indefenso frente a las infidelidades del apoderado de mala fe (a salvo su responsabilidad penal), sin posibilidad alguna de dar plena eficacia a la revocación del poder.

Y es que el tercero sí que tiene una vía para conocer si el poder está vigente, como vamos a ver a continuación. A estos efectos, hemos de recordar que se ha dicho que, a diferencia de lo que sucede en otros países, en España no existe un registro de poderes; pero en realidad sí que existe tal registro, lo que sucede es que no nos hemos dado cuenta de ello, y ese registro no es otro que el Protocolo notarial. En efecto, la existencia de tal registro resulta del artículo 178 del Reglamento Notarial, cuando establece las obligaciones por un lado de que el notario que autorice una escritura de revocación o modificación de un poder de oficiar al notario en cuyo poder se encuentra la matriz y por otro de que éste lo haga constar por nota al final o al margen de la escritura matriz, nota que será transcrita en cuantas copias sean libradas en lo sucesivo. Esta nota, a veces no tenida demasiado en cuenta en las notarías, tiene una gran importancia y su práctica debe respetarse escrupulosamente y llevarse a cabo con prontitud. Pues bien, nada impide que quien vaya a contratar con un apoderado haga la correspondiente consulta al notario autorizante del poder para comprobar si hay nota que recoja la modificación de su vigencia. Ciertamente, habría algunas medidas que adoptar para el perfecto funcionamiento de este registro, como regular los plazos dentro de los cuales deben llevarse a cabo esas comunicaciones y notas, establecer un plazo de vigencia de la “certificación” notarial de subsistencia del poder para la pro-

tección del tercero y regular los mecanismos para que tales certificaciones puedan solicitarse y obtenerse con agilidad a través de otro notario, sobre todo cuando el poder ha sido autorizado en población diferente de aquella en la que va a actuar el apoderado.

V.2.5. *La gestión del documento.*

158 Que los notarios en muchos casos asumen directamente la gestión de los documentos que autorizan no es ningún secreto y que tal cosa es perfectamente legal resulta indiscutible, ya que así se infiere del artículo 63 Reglamento Notarial y lo ha reconocido el Tribunal Supremo (Sentencia de 14-5-70), en contra del criterio de los Colegios Oficiales de Gestores Administrativos; hoy es una doctrina completamente consolidada en la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se trata de una labor que los notarios han venido realizando tradicionalmente y muy especialmente en las poblaciones pequeñas, de tal modo que en muchos lugares no se entendería que fuera de otro modo.

Admitida la posibilidad, lo que se ha discutido es la conveniencia de que el notario asuma esta labor. En contra se ha argüido que puede reportar graves inconvenientes al notario, dada su complejidad y la responsabilidad que conlleva manejar fondos ajenos, además del hecho de que puede extenderse mucho en el tiempo, con los problemas que puede ocasionar el cese del notario; se apoyan esas razones con la observación de que esta materia provoca más reclamaciones de los particulares que la actividad notarial propiamente dicha; y se dice, para concluir, que, además, no se trata de una actividad verdaderamente notarial. En esta línea se ha manifestado algunas veces la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha dicho que estas actuaciones extranotariales se revelan cada vez como fuente de mayores inconvenientes, llevando a involucrar la genuina función notarial con actividades de gestoría, por lo que recomienda que

el notario prescinda del sistema de asumir directamente o a través de sus empleados función de gestión de documentos; además, y consecuentemente, la Dirección General afirma que tal actividad escapa del ámbito propio de la competencia de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales y de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 12-9-80, 3 y 22-8-78 y 26-9-85).

Frente a esta tesis se encuentra la que considera que la seguridad jurídica a que el documento notarial tiende no termina con la redacción de aquél y con la fe pública que resulta de su autorización, sino que, cada vez más, requiere unas actuaciones posteriores que no son en absoluto ajenas al autor del documento, y que el prestigio y la propia responsabilidad del notario están implicados en el buen fin del documento. También se dice en su defensa que la propia sociedad demanda de los notarios que lleven a cabo esta actividad y que la función del notario no concluya con la expedición de la copia del documento autorizado sino que se extienda hasta que concluyan todos los trámites que aseguren la plena regularidad del documento y el máximo de sus efectos. Y que, en suma, aunque sea una cuestión accesorio, es muy importante porque forma parte de la actividad notarial habitual y la forma en que se lleve a cabo puede afectar en gran medida al prestigio del Notariado. Desde este punto de vista se critica la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, postulándose que los órganos notariales tengan competencias para resolver las cuestiones que suscite el mejor cumplimiento de esta actividad, y se pide una regulación de la materia que llene el vacío existente, fuente de graves problemas prácticos. De hecho, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado más recientes que hacen alusiones al tema, ya no lo hacen en términos tan negativos respecto de esta actividad (entre otras, las de 11-3-1994, 27-4-1994 o 15-6-1994).

Esta segunda posición es la que se recoge en la Conclusión Séptima de la Tercera Ponencia del 4.º Congreso Nota-

rial Español, en 1991, la cual dispuso que *“el servicio que para la sociedad supone la gestión del documento por el propio notario que lo autorizó es una manifestación más de la función notarial que comprende toda la vida de aquél, anterior, coetánea y posterior a su otorgamiento, hasta producir la plenitud de sus efectos”*, añadiéndose que *“los órganos del Notariado deberán regular los aspectos de esta actividad de gestión”*. De hecho, algunos Colegios Notariales han aprobado algunas circulares estableciendo reglas básicas que deben respetarse en el ejercicio de la actividad de gestión de documentos, destinadas a evitar situaciones poco claras y falta de transparencia y abusos respecto de los clientes, además de los problemas de responsabilidad en un campo donde los perjuicios que una mala actuación puede ocasionar al cliente pueden ser enormes.

160

En esta línea lo que debemos plantearnos es cuáles deberían ser las directrices fundamentales de una regulación de esta cuestión. Y sobre este particular, podemos señalar las siguientes ideas:

a) La asunción de la gestión por parte de los notarios debe ser voluntaria. No obstante, tal vez podría considerarse la conveniencia de que los Colegios Notariales dispusieran su carácter obligatorio en aquellas poblaciones en las que, por no existir otros profesionales que pudieran desarrollarla, resulte imprescindible para el servicio público. Caso de asumirla, el notario sería responsable de los daños que una mala actuación genere a su cliente, incluso cuando para ello se haya valido de sus empleados o de terceras personas, debiendo figurar su nombre en los recibos de provisión de fondos y facturas.

b) También debe ser voluntario para el cliente dejar en manos del notario autorizante la gestión. Al efecto, es preciso que quede perfectamente informado de su posibilidad de ocuparse personalmente o a través de otro profesional o encomendarla al notario, debiendo quedar constancia de la elección en escrito por él suscrito.

En relación con esta cuestión de la elección del sistema de gestión, se ha discutido si puede el notario que no lleve directamente la gestión sugerir un profesional que se cuide de ella. Frente a las tesis más estrictas que niegan tal posibilidad, hemos de decir que no vemos especial inconveniente para que así se haga, siempre que el profesional en cuestión tenga la cualificación profesional adecuada y se respeten los principios indicados de información de su derecho a optar por otro sistema y de que la gestión no la va a llevar a cabo el propio notario y la elección conste por escrito. Es más, seguramente hacerlo así es prestar un mejor servicio al cliente que entregarle la copia de la escritura y decirle que se busque quien se la tramite. En cuanto a si en este caso el notario queda sujeto a las resultas de la gestión como consecuencia de una especie de "*culpa in eligendo*", creemos que si se han respetado los principios indicados tal cosa no puede sostenerse; distinto sería si no se ha aclarado su-

161

c) Uno de los puntos más difíciles es el relativo a si deben regularse arancelariamente los honorarios a percibir por esta materia. Si se decidiera hacerlo, habría que conseguir acertar, dada la variedad y complejidad de los trámites a realizar. Si no se hace, habría que asegurar una publicidad suficiente de las tarifas que se aplican en cada notaría y que los clientes quedan suficientemente informados para poder optar por los otros sistemas alternativos.

d) Deberían cuidarse especialmente los requisitos formales de la llevanza de la gestión. Básicamente, podemos citar los siguientes:

— El encargo por escrito, ya citado.

— La apertura de una ficha por cada documento, donde constaran las advertencias especiales para la tramitación cuando existieran aspectos que se apartaran en alguna medida de la regla general, las provisiones de fondos realizadas, to-

das y cada una de las gestiones realizadas, con especial indicación de los pagos efectuados, las incidencias especiales que pudieran surgir, las comunicaciones realizadas al cliente y la entrega del documento al cliente una vez acabada la gestión con la correspondiente liquidación de la provisión de fondos y su firma en conformidad. Todo ello con expresión de sus respectivas fechas, de modo que en cada momento pueda conocerse la situación de tramitación y económica en que se encuentra cada documento.

—La entrega de las correspondientes facturas por las provisiones de fondos pagadas y por los honorarios devengados por la gestión, debiendo estas últimas acompañar a la liquidación final, que igualmente deberá llevar consigo la entrega de las correspondientes facturas por todas las gestiones realizadas.

162

—Las cantidades que el notario reciba procedentes de las provisiones de fondos deben ingresarse en cuentas separadas destinadas exclusivamente a ese menester y que serán objeto de una contabilidad estricta, que permita en cada momento conocer los movimientos y saldos y elaborar los correspondientes listados. De esta forma se facilita el problema que plantea el cese del notario actuante.

—Los órganos notariales deben tener competencias para inspeccionar el cumplimiento de estas reglas y ejercer una función disciplinaria en caso de incumplimiento de las mismas, pudiendo adoptar medidas para determinar cómo se concluye la gestión en el caso de cese del notario.

V.2.6. *El control de la veracidad del contenido del negocio.*

Es jurisprudencia constante que la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones formuladas en el documento por las partes que en él intervienen. El notario carece de medios para comprobar si tales declaraciones son ciertas. Ello es especialmente cierto para la existencia misma del negocio jurídico otorgado (si ha ha-

bido o no simulación, absoluta o relativa) y para el precio pactado.

Existen sin embargo algunos aspectos del negocio jurídico cuya veracidad sí que permiten un control por parte del notario. Dos supuestos se han introducido recientemente y funcionan correctamente: el de las escrituras de obra nueva y el de las aportaciones a las sociedades, que inicialmente fueron sólo las anónimas pero que se ha extendido, al menos en cuanto a las aportaciones dinerarias, a otro tipo de entidades. Así, podría pensarse en incorporar a la escritura determinados documentos, como los acreditativos de haberse contratado los seguros obligatorios, la cédula de habitabilidad, un plano, el recibo del último Impuesto sobre Bienes Inmuebles o la cédula de calificación o el certificado del que resulte el precio máximo admitido tratándose de viviendas de protección oficial.

163

V.2.7. *Colaboración entre los notarios y los Registros de la Propiedad.*

En este punto, en los últimos años se ha producido un cambio trascendental. La regulación la constituye actualmente el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, que reforma los Reglamentos Hipotecario y Notarial. El sistema permite a los notarios solicitar al Registro de la Propiedad, incluso por medio de telefax, información del estado de la finca acerca de la cual va a autorizar una escritura, de modo que el Registro de la Propiedad debe enviar esa información en el plazo más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes y dentro de los nueve días naturales siguientes al de remisión deberá comunicar al notario, en el mismo día en que se haya producido, la circunstancia de haberse presentado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial. Lo que se complementa con la posibilidad de que el notario presente por telefax u otro medio al Registro de la Propie-

dad comunicación de haberse autorizado una escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al asiento de presentación, con vigencia durante diez días.

Es indudable que este sistema, que está funcionando bien, ha incrementado mucho la seguridad que los notarios y los Registros de la Propiedad dan al tráfico jurídico. Unos y otros tienen que hacer un gran esfuerzo, sin recompensa arancelaria adicional, para cumplir esta normativa, pero lo hacen gustosos porque contribuye a la finalidad para la que deben servir.

164

Lo que ahora hay que plantearse es si este sistema admite su perfección. Y así, hay que decir que, a pesar de la extraordinaria mejora que ha supuesto, sigue siendo posible que, antes de que el Registro de la Propiedad comunique al notario la presentación de otro documento relativo a esa finca, éste haya autorizado la escritura. Habría que buscar un sistema más perfecto. Los notarios suelen reivindicar a estos efectos que la solicitud de información que haga el notario suponga una reserva de rango durante un plazo limitado. Así, en las conclusiones del 4.º Congreso Notarial Español, en 1991, particularmente en las relativas a la Tercera Ponencia, se propuso el establecimiento de un sistema de cierre del Registro-reserva de rango durante un plazo prudencial, necesariamente corto, solicitado por el notario sobre la base de una petición escrita del titular registral. Ello, evidentemente, resolvería los problemas planteados, aunque podría suscitar algún otro. En cualquier caso, no es éste tampoco el lugar para desarrollar la cuestión con el detenimiento que merece.

V.2.8. *Notarialización de determinados ámbitos de contratación.*

El notario tiene competencia para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, es decir, en todo lo que no sean actos judiciales. Evidentemente, esto no quiere decir

que todos los negocios jurídicos, de la naturaleza que sean, tengan que otorgarse ante notario; de hecho, la inmensa mayoría de los contratos que se celebran, de poca cuantía y de bienes de consumo, quedan al margen de la intervención notarial. Ahora bien, existen otros campos de la contratación, de importancia económica, que tradicionalmente se han realizado privadamente y en los que sin embargo en otros países cuentan con la presencia notarial.

Puesto que en la inmensa mayoría de los casos la ley no exige la presencia notarial para la validez de un contrato, serán los interesados los que, en función de las ventajas que vean que dicha intervención puede aportarles, decidan si les interesa obtenerla. Aquí nos encontramos con el obstáculo que supone la penetración de los sistemas anglosajones de contratación y la intención de eludir el coste que supone el documento notarial.

A estos efectos, sería preciso que las autoridades notariales transmitieran a la sociedad y a las autoridades públicas las ventajas que aporta la intervención notarial, que, a poco importante que sea la cuantía económica del negocio, merece la pena por la seguridad que aporta para ambas partes, pero sobre todo para el contratante más débil y necesitado de protección.

Un campo especialmente interesante a estos efectos es el de los automotores, en el que la presencia notarial es habitual en otros países de nuestro entorno, y en el que esa intervención podría ser un importante obstáculo para evitar el negocio clandestino de los mismos.

V.3. Profesionalmente.

El notario, en su condición de profesional del Derecho, puede desarrollar labores que no tienen que ver directamente con su función estrictamente notarial. Es más, el Notariado reúne las condiciones de probada honorabilidad, formación suficiente, alta capacitación jurídica y responsabilidad que le

hacen adecuado para, entre otras cosas, intervenir en sistemas alternativos de resolución de conflictos.

A estos efectos, hay que decir que el Estado en tiempos pasados ha tenido en cuenta en algunos casos estas posibilidades del Notariado y le ha encomendado funciones de esas características. En concreto, hay dos órganos administrativos en los que la Ley prevé la participación del Notariado:

1. Las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria, de las que es vocal el notario de la zona o, no habiendo determinación de zonas notariales, el del Distrito a quien por turno corresponda (art. 16.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario), siendo la función de dicha Comisión proponer las bases de la concentración parcelaria.

2. Los Jurados Provinciales de Expropiación, de los que es vocal un notario de libre designación por el Decano del Colegio Notarial correspondiente (art. 32.1.d Ley de Expropiación Forzosa), siendo la función del Jurado la determinación del justo precio en los expedientes de expropiación forzosa cuando el propietario rechaza el precio fundado ofrecido por la Administración.

166

Dejando aparte las críticas que se han hecho a la existencia misma de estos órganos, hay que decir que la concreta participación en ellos del notario es una prueba del reconocimiento social de lo que éste puede aportar en materias tan complejas como las que resuelven este tipo de organismos, que tienen una composición mixta, en parte técnica y en parte jurídica; este contrapeso es muy interesante y en la parte jurídica el notario está en condiciones de jugar un papel relevante.

Por otro lado, existen otros órganos, no administrativos, que por sus características y funciones creemos que permiten la intervención en ellos del Notariado. En este punto, pueden citarse los Tribunales Arbitrales. El notario, por las razones expuestas, está especialmente preparado para el ejercicio de funciones arbitrales, tanto en lo relativo al arbitraje de derecho como al de equidad. Sin embargo, aquí cho-

camos con la incompatibilidad regulada en el artículo 12.4 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, incompatibilidad que carece de fundamento lógico, que fue tachada de inconstitucional por la Ponencia Primera del 4.º Congreso Notarial Español, en 1991, y que ha sido muy criticada también desde fuera del Notariado. Es más, no tiene mucho sentido que a la vez que se pide la colaboración de éste para descongestionar los órganos judiciales, se le impida participar en un mecanismo especialmente previsto para sustituir la actividad judicial. Además, en este punto, el Notariado podría ejercer un gran servicio en aras de la protección de los consumidores y usuarios a través de su participación en las Juntas Arbitrales creadas sobre la base del artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En efecto, este artículo prevé el establecimiento de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, y sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, exigiéndose el sometimiento voluntario y por escrito, y previéndose que estos órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores interesados de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

167

Conclusiones

1. Es una característica de nuestro tiempo la pretensión del Estado de poder controlar cada vez más la actividad de los ciudadanos para asegurarse de que cumplen sus obligaciones para con él. Con este fin, el Estado exige a veces la colaboración de determinados colectivos para que realicen determinadas labores que faciliten ese control sobre terceras per-

sonas. Se trata de verdaderas cargas públicas o prestaciones personales obligatorias, que deben ajustarse a los principios de legalidad, generalidad, racionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y coordinación administrativa.

2. Esta tendencia también se manifiesta en el ámbito notarial, mediante la imposición a los notarios de un número creciente de deberes de colaboración con el Estado, fundamentalmente de controlar el cumplimiento por parte de los particulares de obligaciones de naturaleza tributaria y administrativa y de informar al Estado acerca de los actos y negocios autorizados por el notario.

3. Aunque es indudable que el notario, por la trascendencia de su función y por el carácter mixto de su función, en la que los aspectos público y privado son inescindibles, tiene un especial deber de lealtad y colaboración con el Estado, superior al de un ciudadano normal, ello no autoriza a éste a imponerle cualquier tipo de obligaciones de colaboración.

Por un lado, no pueden imponérsele deberes de colaboración que acaben siendo contradictorios con las funciones propias del notario, es decir, que dificulten o entorpezcan éstas. Y a estos efectos no puede olvidarse que para el cumplimiento de la finalidad a la que tiende la actividad notarial es elemento imprescindible la relación de confianza que se genera por parte del particular respecto del notario. Y si los deberes de colaboración llegan a ser generales y agobiantes, podría variar el fin principal a que el notario sirve, rompiendo esa relación de confianza y transformando el Notariado en uno de tipo funcionarista, que tiene como finalidad primordial la protección de los intereses del Estado.

Por otro, hay que tener presente que el estatuto jurídico de cada tipo de funcionarios está determinado por las funciones que le son propias. Y en la función notarial el aspecto público para lo que sirve es para reforzar las funcio-

nes que éste tiene como jurista. Así, por lo que se refiere al ámbito tributario, que es probablemente el más importante en el contenido de esta Ponencia, puede afirmarse que no es misión del notario inspeccionar ni recaudar tributos. Y en la medida en que la prestación que se le imponga al notario exceda de la finalidad a la que tiende principalmente su función, que es la de dotar de seguridad al tráfico jurídico entre particulares, caeremos en el campo de la carga pública, que deberá reunir los requisitos recogidos en el punto 1.

4. Aunque en España el notario no tiene encomendadas propiamente funciones de interpretación y ejecución de las normas tributarias, indirectamente se le impone realizar interpretaciones de las mismas, cuando se le obliga a ejercer determinados controles sobre su cumplimiento y a realizar determinadas advertencias legales, sin perjuicio de la actividad asesora del notario respecto de las personas que reclaman su ministerio, actividad que también se extiende al ámbito tributario.

169

Es por ello que al notario le interesa que la legislación tributaria reúna los requisitos de certeza, permanencia, racionalidad y claridad que en general toda norma jurídica demanda.

5. El notario en España no tiene encomendadas funciones de liquidación ni de retención (salvo un caso muy específico) ni de recaudación de impuestos, ni se le impone responsabilidad alguna del pago de los impuestos devengados como consecuencia de los actos o negocios contenidos en los instrumentos que autoriza. Este régimen hay que considerarlo adecuado, porque dichas funciones exceden de lo que constituye la actividad notarial e incluso su imposición podría perjudicar ésta.

6. El notario español tiene importantes obligaciones de información al fisco. Dichos deberes en principio, no atentan a los fundamentos de la función notarial, porque hoy no puede negarse a la Administración tributaria el interés legítimo para conocer el contenido de los actos y contratos con trascendencia tributaria autorizados por el notario. Pero ello no implica que sea cierto, como podría deducirse de la desafortunada redacción que contiene la Ley General Tributaria, que frente a la Hacienda pública no hay secreto de Protocolo ni secreto profesional.

Sobre este último, hay que decir que sin perjuicio de la facultad legal de la Administración de obtener información del contenido del Protocolo notarial cuando proceda, debe respetarse el carácter inviolable del secreto profesional en relación a la información que confidencialmente el notario haya recibido de su cliente.

170 En cuanto a la forma de hacerse efectiva la información del contenido del Protocolo, existen dos vías:

— Mediante relaciones o índices periódicos conteniendo determinados datos. Estas relaciones o índices se han multiplicado en los últimos años, incrementando de modo notable el trabajo que las notarías deben destinar para su elaboración. Es preciso transmitir a la Administración la idea de que estamos ya en el límite de lo razonable, y que es preciso replantear algunas de esas relaciones, eliminando datos que no son realmente precisos para la finalidad perseguida, e incluso suprimiendo alguna de ellas. También habría que replantear la periodicidad de alguna de ellas y estudiar con la Administración tributaria el establecimiento de un sistema de transmisión de los datos a ésta por vía telemática que, sobre la base de los modernos sistemas de cifrado, permita poder acreditar al notario su envío.

— Mediante requerimiento individualizado. Su práctica debe respetar los principios generales que rigen en materia de publicidad del Protocolo, con solicitud escrita y explicativa. Ha de tenerse en cuenta especialmente el principio de sub-

sidiariedad, de modo que sólo se recabe información individualizada al notario sobre un determinado acto o negocio jurídico otorgado tras haberse dirigido infructuosamente al particular afectado.

7. Es una cuestión que genera preocupación a los notarios españoles la reciente imposición de un deber de informar al Estado de los *indicios* que puedan conocer en el ejercicio de su profesión sobre hechos constitutivos de blanqueo de capitales procedentes de narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada. Ya que la extraordinaria imprecisión con que se definen los hechos que deben ser comunicados y las gravísimas sanciones que se prevén para el incumplimiento generan una extraordinaria inseguridad jurídica. Además, no se ha tenido en cuenta que la naturaleza de la actividad notarial difícilmente hará posible conocer el origen y el destino de los fondos con que se realizan las operaciones que se reflejan en los documentos que el notario autoriza.

171

8. El régimen disciplinario previsto para el incumplimiento de las obligaciones de información a la Administración tributaria resulta excesivo, sobre todo a la vista de la cantidad de datos que hay que remitir y los plazos tan cortos previstos.

9. La obligación impuesta al notario de realizar advertencias a los ciudadanos acerca de las consecuencias de la infracción de determinados deberes tributarios es mejor que la prohibición de la autorización del instrumento público si no se acredita su cumplimiento. Pero la tendencia expansiva de ese procedimiento en los últimos tiempos llena el documento notarial de amenazas que más bien parecen dirigidas a amedrentar al ciudadano, por lo que debería limitarse a los supuestos verdaderamente importantes.

10. Las obligaciones que se imponen al notario de controlar el cumplimiento de determinados requisitos administrativos no plantean contradicción con la función notarial cuando tales requisitos buscan la transparencia de los actos jurídicos o la acreditación de la realidad de los elementos del negocio, en aras sobre todo de la protección del consumidor o del contratante débil. Tampoco hay nada que oponer cuando el control impuesto al notario busca que se acredite el cumplimiento de requisitos que afectan a la validez o la regularidad del acto o negocio contenido en el documento. Sería improcedente la imposición de deberes de control de requisitos ajenos al acto jurídico autorizado, si bien en España no existen supuestos relevantes de esas características.

172 11. El Notariado, por su infraestructura, su presencia social, su proximidad a los contratantes y por la naturaleza específica de su función, está en condiciones de prestar importantes nuevos beneficios a la sociedad y al Estado.

Por un lado, mediante la perfección de algunas de las normas que regulan su régimen jurídico, para dotar así al tráfico jurídico de mayor seguridad, y así puede citarse la posibilidad de conseguir la acreditación de la vigencia de los poderes, dotar la *gestión* notarial del documento de una normativa que evite los problemas prácticos que hoy se plantean en muchos casos, controlar mejor la veracidad del contenido del documento, o conseguir un mejor funcionamiento de la colaboración con los Registros de la Propiedad.

Y por otro lado, existen materias a las que podría extenderse la actividad notarial para una mejor consecución de la seguridad jurídica en esos ámbitos. Así pueden citarse determinadas funciones de la llamada Jurisdicción voluntaria, que todavía constituyen competencia judicial, algunas funciones de garantía de la contratación electrónica, o una presencia en ámbitos que hasta ahora han sido ajenos a la actividad notarial, como la contratación de automotores.

**EL GENTLEMAN'S AGREEMENT:
ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS
EN DERECHO ESPAÑOL (*)**

173

M.^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Pública de Navarra*

M.^a LUISA ARCOS VIEIRA

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Pública de Navarra*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS OBLIGACIONES NATURALES Y LOS DEBERES MORALES. III. LAS CARTAS DE PATROCINIO. IV. OTROS FENÓMENOS.

(*) Este trabajo forma parte de las ponencias españolas presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, 26 julio - 1 agosto de 1998.

I. Introducción

174

El denominado *gentleman's agreement* aparece, desde la perspectiva del Derecho español, como un concepto de difícil delimitación al que la doctrina hace referencia esporádicamente, con frecuencia recurriendo a la expresión inglesa, y a propósito normalmente del estudio de algunas prácticas, sobre todo de carácter mercantil, asimismo importadas de naciones anglosajonas. En ellas, sin embargo, el *gentleman's agreement* tiene un campo potencial de aplicación considerablemente más amplio que lo que hasta ahora se ha podido apreciar en nuestro país, siempre relativo, de forma genérica, a situaciones y relaciones que quedan al margen del Derecho. Las siguientes reflexiones intentan, de conformidad con la finalidad a que debían dirigirse, aportar algunos comentarios acerca de la solución que el ordenamiento jurídico español ofrece a determinadas situaciones al menos próximas a supuestos que el sistema del *common law* reconduce al *gentleman's agreement*, incluyendo —si bien ello se hará con el mínimo imprescindible de citas, dado el carácter del trabajo— las aportaciones doctrinales y las tendencias jurisprudenciales que se consideran de mayor interés en las distintas materias.

Antes de afrontar con detenimiento los supuestos de posible aplicación en Derecho español del *gentleman's agreement*, es necesario constatar la dificultad inicial de precisar con exactitud su contenido, lo que, por una parte, impide ser excesivamente riguroso en su utilización y, por otra, complica la labor de traducción del término por el correlativo en castellano. Se impone, por tanto, intentar delimitar en lo posible el significado que cabe reconocer al concepto en estudio.

Sin duda es ésta una necesidad que advirtió el ponente general, Mr. RUDDEN, toda vez que, al establecer las directrices y plantear posibles cuestiones de interés como orientación para los restantes ponentes, empezaba por transcribir la definición que de *gentleman's agreement* recoge el Oxford

English Dictionary: *An agreement which is not enforceable at law and is binding only as a matter of honour*. Tal definición delimita en cierta medida un significado que, en principio, podría ser más amplio, de manera que con la expresión *gentleman's agreement* se quiere hacer referencia, específicamente, a convenios (o cláusulas concretas de ellos) cuyo desarrollo y cumplimiento posteriores se remiten más o menos explícitamente a un ámbito estrictamente privado, en el que se excluye el recurso a los mecanismos de protección de intereses y solución de conflictos que ofrece el Derecho. De los términos empleados, sin embargo, no se deduce si la carencia de vinculación jurídica es consecuencia de la voluntaria decisión de las partes o viene impuesta desde el propio ordenamiento, por lo que en principio deberán tenerse en cuenta ambas posibilidades. Por otro lado, se parte de la base de que los sujetos afectados tienen la capacidad y la información requerida en cada caso, lo que les permite prestar un consentimiento plenamente válido. Quedan así al margen de nuestra reflexión los casos de reacción del Derecho ante pactos celebrados por error, mediante engaño, sin la capacidad necesaria, etc.

En cualquier caso, con independencia de las eventuales definiciones que pudieran encontrarse, debe presumirse que se trata de pactos o relaciones cuyos contenidos sean potencialmente admisibles como propios de un pacto o negocio jurídicamente vinculante. En caso contrario, aquéllos, aunque se cumplieran a plena satisfacción de ambas partes, no serán ajurídicos sino ilícitos, y esta calificación es precisamente una respuesta proveniente del propio ordenamiento. Como explica HERNÁNDEZ GIL (1), "en la esfera de lo ilícito queda situado lo contrario al derecho. Es contrario a éste porque en virtud de un acto o una omisión resulta transgredido lo jurídicamente ordenado como comportamiento a observar. Sin

(1) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Obras Completas, tomo I, Madrid, 1987, p. 18.

embargo, contradecir el derecho no es escapar a él o salirse de su campo de acción, sino adentrarse allí donde actúa directamente asistido por la coacción que pone en práctica unos efectos sancionadores". Por tanto, solamente cabría optar, caso de ser ello posible, por sustraer al Derecho un determinado pacto o acuerdo cuando éstos respeten aquellas normas jurídicas de obligada observancia que responden a criterios que el ordenamiento considera esenciales, y no en otro caso; a modo de ejemplo, en el Derecho español no cabría pactar la renuncia anticipada de una o ambas partes a la acción para exigir a la otra responsabilidad en caso de actuación dolosa, ni la prestación de servicios con carácter vitalicio. Semejantes supuestos, prohibidos por los artículos 1.102 y 1.583 del Código civil (2), no pueden ser objeto de un pacto del tipo de los que se están comentando o, dicho de otra forma, no pueden escapar a su regulación jurídica. Evidentemente, si las partes deciden cumplirlos voluntariamente en nada podrán distinguirse estos pactos prohibidos de la renuncia posterior, ésta sí válida, a un derecho o una acción. Pero también es claro que las reflexiones en torno al *gentleman's agreement* vienen requeridas no tanto por la existencia del acuerdo en sí (que puede permanecer secreto) como por el surgimiento, al menos previsible, de problemas entre las partes durante la ejecución de ese acuerdo. Es en ese momento cuando resulta necesario preguntarse por la validez y consecuencias de lo pactado, y por el alcance del carácter, en principio no jurídicamente vinculante, con que lo fue. En los ejemplos apuntados, si una de las partes ejercita la acción de responsabilidad a que había consentido renunciar anticipadamente, por entender que ha padecido una

(2) Artículo 1.102 C.c.: *La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.*

Artículo 1.583 C.c.: *Pueden contratarse toda clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.*

serie de daños a consecuencia de la conducta dolosa de su cocontratante, o si el prestador de servicios (o el trabajador) decide interrumpir su relación de servicios (o laboral), en vano el causante del daño o el empleador intentarían hacer valer el compromiso anterior: el juez no puede sino declarar la nulidad absoluta del mismo. Ni siquiera cabría en los casos propuestos alegar una cierta incongruencia de quien primero acepta voluntaria y conscientemente un compromiso y después actúa en contradicción con el tenor del mismo (doctrina de los actos propios (3)): el interés del ordenamiento se centra, por encima de otras consideraciones, en sancionar con la nulidad de pleno derecho cierto tipo de pactos, los cuales, precisamente por esa razón y con independencia de lo que las partes pretendieran, no podrían ser nunca jurídicamente exigibles. Las consecuencias de su incumplimiento, si las hay, podrán afectar al incumplidor en el orden moral, social o puramente personal, según los casos, pero no en el jurídico.

177

Por tanto, la delimitación del ámbito propio del *gentleman's agreement* se restringe, ya inicialmente, a contenidos no contrarios a normas imperativas o de orden público. Sólo en esas circunstancias puede plantearse la posibilidad de que las partes excluyan voluntariamente la vinculación jurídica del pacto, o de tomar en consideración la existencia de tal acuerdo en el supuesto de incumplimiento del mismo por alguno de los intervinientes. Con esta base, entre las diversas posibilidades que pueden tomarse en consideración, la noción de *gentleman's agreement* será estudiada, por lo que respecta al Derecho español, en dos categorías de supuestos, que tienen

(3) Recientemente, STS de 8-3-97 (RJ 1912), que excluye la aplicación de esta doctrina a los actos radicalmente nulos. La jurisprudencia considera "acto propio" a aquél que "por su carácter trascendental o por constituir convención, causa estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que van encaminados a crear, modificar o extinguir un derecho": STS de 29-11-1996 (RJ 1996\8566). En términos similares, v. STS de 15-11-1996 (RJ 1996\8212) y las numerosas resoluciones en ella citadas.

en común el hecho de que el acuerdo (pretendidamente) no vinculante configura una relación independiente de otras que puedan establecerse incluso entre las mismas partes; dicho de otra forma, es una concreta relación, en su conjunto, lo que pretende sustraerse a la acción del Derecho. Dentro de esta categoría pueden encontrarse algunas de las manifestaciones más características, según cierta doctrina, del pacto no vinculante:

I. En primer lugar, relaciones que tienen su base en ciertos deberes, básicamente de carácter moral, cuyo cumplimiento no viene impuesto desde el ordenamiento jurídico. Con frecuencia, aunque no de forma exclusiva, se trata de deberes enmarcados en relaciones de carácter estrictamente personal o familiar, que pueden reconducirse a la figura de la llamada obligación natural.

178

II. En segundo lugar, la actividad mercantil y bancaria, en ciertas relaciones cuyo desarrollo se rige básicamente por las exigencias dimanantes de la necesidad de prestigio y crédito comerciales, en virtud de los cuales una empresa genera en las que con ella se relacionan la confianza de que cumplirá (o hará lo posible por cumplir) con los compromisos asumidos, o de que lo harán igualmente sus filiales, de las que se puede pensar que se rigen en sus relaciones comerciales por los mismos principios que la empresa matriz. En este contexto consideramos de especial interés el fenómeno de las llamadas cartas de patrocinio, que con cierta frecuencia ha sido descrito como una peculiar aplicación del *gentleman's agreement*.

Al hilo de estos dos supuestos se hará alguna referencia breve a los casos de pretendidos pactos no vinculantes que se enmarcan en una relación que en su conjunto sí lo es. Entre ellos, la cláusula en virtud de la cual las partes renuncian a acudir a los órganos jurisdiccionales en caso de conflicto, comprometiéndose a resolver sus discrepancias de for-

ma privada; o las que imponen determinada forma de actuar consecuente con una relación subyacente de confianza recíproca a la que en el entender de las partes pudiera resultar contraria, por ejemplo, la aplicación rigurosa y automática del contenido de cierta norma. La consideración de este tipo de situaciones desde la perspectiva del Derecho español exige tener presente, por una parte, la posibilidad de renuncia a los derechos que el Código civil español recoge en su artículo 6.2 sin otros límites que el interés o el orden público y el perjuicio de terceros; y, por otra, la existencia de la norma contenida en el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal, en cuya virtud “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

179

II. Las obligaciones naturales y los deberes morales

Las situaciones en las que la falta de cobertura legal, o la carencia de prueba suficiente de una relación jurídica, deja a la voluntad de las partes el cumplimiento de una determinada prestación que como deber moral, de conciencia u honor debe ser cumplido, tienen un especial entronque dentro del Derecho español con la figura de las obligaciones naturales. Supuestos como la prestación de alimentos a parientes necesitados sin derecho a los legales, o la promesa realizada al difunto de cumplir sus voluntades, no recogidas formalmente en testamento, o la promesa de ayuda a la amante, efectuada una vez ha cesado la situación de convivencia, son algunos de los ejemplos que dentro de la doctrina y la jurisprudencia se han calificado como obligaciones naturales, posibilitando que el *accipiens* de las mismas pueda retener aquello que se le entregó, o exigir ante los tribunales la promesa efectuada con ese contenido.

Como acontece respecto al *gentleman's agreement*, los supuestos que aquí se han incluido tienen un origen muy variado y la propia determinación de cuándo nos encontramos ante meros deberes morales, de conciencia u honor sin transcendencia jurídica, o una obligación natural, resulta en ocasiones de difícil apreciación. No existe, como veremos, un tipo único de obligaciones de esta clase y, en consecuencia, tampoco hay un cuadro de elementos configuradores cuya concurrencia permita *a priori* señalar la existencia de una obligación natural. Los escurridizos conceptos de deberes morales, sociales o de honor que la sociedad entiende deben tener amparo jurídico, causa de ese comportamiento llevado a cabo en la obligación natural, en realidad en la obligación natural se tienen en cuenta cuando los mismos han sido satisfechos y se han cumplido las expectativas de los afectados. No siendo así, tales deberes morales, de conciencia u honor constituyen una realidad extrajurídica, que no interesa al Derecho.

Conviene recordar, a fin de situar la relación existente entre la obligación natural y el deber moral, de conciencia u honor que la motiva, que la integración en el ámbito de la obligación natural de esos deberes procede de la evolución experimentada por esa figura desde sus orígenes romanos hasta nuestros días. Así, abandonado el sentido originario de la obligación natural, circunscrito a los supuestos en los que el *ius civile* no reconocía acción para exigir el cumplimiento por faltarles algún presupuesto legal (4), el sen-

(4) Conforme al *ius civile* no constituían verdaderas obligaciones aquéllas a las que el ordenamiento romano no les dotaba de acción para su exigibilidad. En el caso de las obligaciones contraídas por esclavos, hijos de familia o sujetos a patria potestad, o bien aquéllas que se extinguían dado el formalismo del *ius civile* (prescripción, absolución injusta de un deudor...) el ordenamiento, si bien no les reconocía acción, entendía que el cumplimiento de la mismas era debido; en consecuencia, podía retenerse el pago que voluntariamente se hubiera hecho, oponerlas en compensación y garantizarlas con fianza real o personal. Este tipo de obligaciones constituían las llamadas obligaciones naturales propias. Junto a éstas se conoció en la última época del Derecho romano otro tipo de obligaciones, también llamadas naturales (impro-

tido de las mismas se reduce a cumplir, como ya hemos indicado, deberes morales o sociales de contenido patrimonial. Hasta el punto que hoy el concepto de obligación natural se encuentra identificado con el concepto de obligación moral.

En nuestro Derecho, esa concepción asimiladora de deber moral o social con la obligación natural vino de la mano de la influencia que en la elaboración del Código civil tuvo el Código civil francés y la doctrina de ese país. Aunque en la redacción definitiva de nuestro Código se silenciara la referencia a la obligación natural.

No sin discusión (5), se ha entendido, sin embargo, que la obligación natural se encuentra presente en ese cuerpo legal en su sentido moderno de obligación moral (6).

pias), fundadas en el *ius gentium* o *ius naturale*, dotadas de acción. La causa de éstas últimas la constituía un deber moral que debía ser respetado. Supuestos de esta clase de obligaciones se consideraron: la ejecución de obra realizada por un liberto en favor de su patrono —sin estar obligado a la misma—, la constitución de dote voluntaria de la mujer, el pago de intereses no estipulados en el préstamo de capital, o los alimentos prestados entre parientes sin obligación alguna. Los justinianeos incluirán bajo el mismo término de obligación natural estas dos especies, además de aquellos supuestos en los que realizado un pago no tiene quien lo hizo la *condictio indebiti*. En Derecho justiniano la obligación natural será una verdadera obligación civil, aunque aminorada en su eficacia (cabe la *solutio retentio* y en algún caso la compensación, etc.). El Derecho Canónico se valdrá de la obligación natural para dar eficacia a los deberes de conciencia, aunque se reconoce la existencia de otros supuestos de obligaciones naturales. Este planteamiento configurado en Derecho Común (romano-canónico) será recibido en el Derecho francés y por su influencia en Derecho español, confundiéndose la obligación natural con el deber moral.

(5) Esta falta de mención expresa ha servido de base para que un sector de la doctrina (SÁNCHEZ ROMÁN, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ...) niegue la admisión de la obligación natural en nuestro Derecho.

(6) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 221 y 222, da explicación del porqué de este silencio. Encargado GARCÍA GOYENA de la preparación de los casos y efectos de la obligación natural, el encargo fue cumplido siguiendo las pautas romanas clásicas. El disgusto de la mayoría de los redactores de los Proyectos y del mismo Código civil por ese planteamiento y el temor, despertado por el proyecto de GARCÍA GOYENA, de que la mera utilización de su nombre diera ocasión a que se le considerase admitida la obligación natural, entiende que fue causa de ese silencio. Aunque el destierro del nombre entiende DE CASTRO que no supuso un cambio sustantivo de la legislación, ya que se mantuvieron en el Código las reglas que venían justificándose con relación a las obligaciones naturales (arts. 619, 622, 1.163, 1.208, 1.304, 1.756, 1.824, 1.901, 1.937).

El punto de referencia básico a este respecto, se ha situado en el artículo 1.901 C.c. En este precepto se dice: “Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquél a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o *por otra causa justa*”. Es en esa “justa causa”, que permitiría retener aquello que se entregó sin ser debido, en la que la doctrina más moderna (7) ha visto el reconocimiento de la obligación natural como obligación moral. Interpretación que DE CASTRO entiende avalada por el mismo sentido literal del artículo, ya que el supuesto considerado es el pago de algo que “nunca se debió”, pero cuya entrega cabe probar que ha sido hecha por una “causa justa”, situación propia de la obligación moral; “lo que se entregó no era debido civilmente, pero dicha obligación moral tiene el valor de una causa justa para su entrega y aceptación” (8).

El fenómeno de la obligación natural aparece así, por obra de la regulación vigente, ubicado en sede de “causa de atribución patrimonial” y al margen de la relación obligatoria, aun cuando algunos autores niegan que tal ubicación sea su refugio (9). Sin embargo, esa interpretación no es sólo

(7) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 222; MARTÍN BALLESTEROS COSTEA, *La obligación natural*, Temis, 1959, pp. 19 y 22; FUENMAYOR CHAMPIN, “El cumplimiento *postmortem* de las obligaciones naturales”, *Anales de la Academia matritense del Notariado*, X, 1959, pp. 21 y ss.; LALAGUNA DOMÍNGUEZ: “La voluntad unilateral como fuente de obligaciones” en *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1978, pp. 93-95; LACRUZ BERDEJO, “Las obligaciones naturales” en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, t. II, Barcelona, 1992, pp. 2 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 5.ª ed., Madrid, 1996, pp. 62 y ss.

(8) DE CASTRO, *ob cit.*, p. 222.

(9) Las opiniones acerca de la admisibilidad y naturaleza de las obligaciones naturales han sido muchas y muy variadas. Básicamente son tres las posiciones, que con matizaciones entre unas y otras se han mantenido por nuestra doctrina.

a) Un sector entiende que en nuestro moderno Derecho civil no es admisible la figura de la obligación natural como autónoma e independiente, dada la falta de mención expresa sobre la misma en nuestro Código. Respecto a los supuestos concretos que pudieran entenderse como tipos de la misma, se considera que cabe su explicación a través de otras figuras jurídicas.

fruto del tenor literal del precepto, sino consecuencia de la concepción dogmática más depurada sobre la naturaleza de las obligaciones naturales. La carencia de vínculo, no existe un deber jurídico que cumplir, así como la falta de derecho y acción, plantea la exigencia de un comportamiento libre, no debido, que se corresponde con esa peculiar idiosincrasia de la obligación natural. La dificultad de entender cómo es posible un pago irrepetible, no existiendo una previa relación jurídica que lo justifique o que tenga la consideración de acto realizado con ánimo de liberalidad, se resuelve por esa vía intermedia, en la que el Derecho entiende como acto válido y completamente eficaz ese cumplimiento de un deber social, moral o de conciencia. Cuando se cumple una obligación de esta índole existe sólo aparentemente pago. En realidad, como indica Díez-PICAZO (10), lo que hay es una atribución patrimonial que no tiene causa *solvendi* sino otra causa que el ordenamiento jurídico considera justa y legítima: el deber moral, social o de conciencia.

183

Desde la experiencia de algunos de los supuestos que en el ámbito anglosajón se incluyen en el marco de los *gentleman's agreement* (Balfour v. Balfour (1919) 2 K.B. 571, Jones v. Padavatton (1969) 1 W.L.R. 328), esta caracterización de las obligaciones naturales o morales puede resultar de gran interés en relación con las consecuencias jurídicas que dentro de nuestro ordenamiento se reconocen para ese tipo de obligaciones (11).

b) Contrapuesta a esta tesis, un número significativo de autores propone la admisión de la obligación natural en nuestro ordenamiento, entendiendo además que se trata de una auténtica relación jurídica sin acción, colocándola en un plano más elevado que el de los puros deberes extrajurídicos.

c) La tercera postura sostenida por los autores, es aquella que ve en la obligación natural una causa basada en el deber moral que faculta la efectiva atribución de aquello que se cumple voluntariamente, además de proporcionar soporte causal lícito para el nacimiento de obligaciones.

(10) *Fundamentos...*, p. 75.

(11) *Cfr.* MOISSET DE ESPANÉS, "Obligaciones naturales y deberes morales (Estudio de Derecho comparado)", *RGLJ*, 1969, pp. 567 y ss.

Por un lado, porque el cumplimiento libre de ese deber moral o de honor supone, por imperativo del artículo 1.901 del C.c., causa justa para retener aquello que se entregó en conciencia, sin que pueda prosperar la acción correspondiente de cobro de lo indebido.

Por otro, porque faculta que la obligación moral pueda servir como causa de una promesa contractual, puesto que dicha obligación constituye causa válida y suficiente para su configuración como obligación civil exigible ante los tribunales (12).

Como ya hemos indicado, el cumplimiento de un deber moral o de conciencia en Derecho español permite que lo entregado resulte irrepetible. Este acto no tiene la consideración de donación, al carecer quien cumple de un *animus donandi*, incluso en el caso de donación que se efectúa como consecuencia de un deber moral —donaciones remuneratorias—, ya que lo que mueve al donante es un deber de gratitud y no un deber de justicia conmutativo, como acontece en las obligaciones morales (13). El propio artículo 1.901 del C.c. tiene presente esta circunstancia al contraponer la transferencia “a título de liberalidad” y la que se realiza “por otra justa causa”. No es, en consecuencia, un acto gratuito. Tampoco parece que pueda encajar en abstracto en los actos onerosos, dado que no existe aquí contraprestación, ni resulta aplicable el concepto de equivalencia de las prestaciones. FUENMAYOR (14) lo ha calificado como acto neutro

(12) DE CASTRO, *ob. cit.*, p. 223.

(13) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO: *La obligación natural*, Barcelona, 1990, considera que esos supuestos de deberes morales poseen la naturaleza de donaciones remuneratorias, por entender que las posibles causas de los contratos son las reconocidas en el artículo 1.274 del C.c.: onerosa, lucrativa y remuneratoria. No existiendo una causa onerosa obviamente en el cumplimiento de un deber moral y quedando excluida la causa lucrativa, por lo que se dispone en el artículo 1.901 del C.c., entiende que la única caracterización posible del cumplimiento de esos deberes morales es como donación remuneratoria, puesto que la causa remuneratoria se circunscribe a “los servicios que no constituyen deudas exigibles”. LACRUZ (*ob. cit.*, p. 23) ya criticó este planteamiento poniendo de relieve que la llamada causa remuneratoria no es más que la especificación de la causa liberal.

(14) *Ob. cit.*, p. 1274.

—ni oneroso ni gratuito—. DE CASTRO, por su parte, entiende que configura una causa más, ampliación de los supuestos causales que se recogen en nuestro Derecho en el artículo 1.274 (15) del C.c.

Otra es, sin embargo, la opinión de LACRUZ (16), quien plantea, una vez cumplido el deber moral o social del que trae causa la obligación natural, la asimilación de la misma al sistema causal establecido; en consecuencia, la posibilidad de que la obligación natural se pueda cumplir por causa onerosa (17), de liberalidad (18) o remuneratoria.

Esta diversidad de opiniones obedece a la enorme dificultad que entraña una delimitación estereotipada, máxime si se tiene en cuenta que la amplia indeterminación del deber moral, social o de conciencia, sustrato de la obligación natural, propicia la inclusión en esta categoría de una heterogénea variedad de casos (deuda prescrita, prestación de alimentos al amante, deudas de juego ilícito...) cuyo común elemento es la irrepetibilidad del pago.

Se destaca por la doctrina, en atención a la peculiar configuración de la obligación natural, como efectos que pudieran derivarse del cumplimiento de un deber moral: a) la

(15) "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor."

(16) *Ob. cit.*, pp. 23 y 24.

(17) Entiende que ello acontece cuando se entrega algo para premiar un servicio que no constituye deuda legalmente exigible, o aquellas obligaciones naturales basadas en deberes morales que tienen por contenido prestaciones cuantitativamente determinadas o determinables en términos absolutos (deudas prescritas). También entiende que configuran este supuesto aquellas prestaciones menos determinables, pero basadas en un imperativo moral grave y evidente: por ejemplo, la obligación de reparar los perjuicios causados por la seducción.

(18) Entiende que ello puede acontecer en supuestos como el cumplimiento de una donación falta de forma, o determinados deberes legales y sociales que se cumplen *causa donandi* (alimentos a parientes, donación a un hijo para establecerse o dote de una hija...). La atribución en estos casos, aun cuando tiene una causa liberal, no es ocioso que pueda ser calificado como cumplimiento de una obligación natural, ya que si el *tradens* hace esa atribución por creer que estaba obligado a ello, la existencia del deber moral bastará para evitar la repetición.

mejor situación jurídica del verdadero propietario del bien frente al “acreedor natural o moral”, ya que la adquisición de éste no lo es a título oneroso y no queda protegido por lo que se dispone a tal fin en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (19); b) la posibilidad de reclamación que le asistiría al “acreedor natural” en caso de evicción dolosa y saneamiento, si el *tradens* hubiera tenido conocimiento de los vicios, sobre la base de responsabilidad marcada en el artículo 1.902 C.c. (20); c) la factible prosperabilidad de la acción revocatoria por efectuar el pago en fraude de acreedores (art. 1.291-3 (21) C.c.) aunque el acreedor natural lo sea de buena fe (22); si bien, se considera que el acto quedaría excluido de la presunción de acto fraudulento, que opera respecto a las disposiciones realizadas a título gratuito (23) (art. 1.297 (24) C.c. y 880-1 (25) C.com.).

(19) “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. ***La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. ***Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente.”

(20) “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

(21) “Son rescindibles: 3.º los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.”

(22) En ese supuesto, aun cuando no exista un *consilium fraudis* entre el deudor del deber moral y el acreedor del mismo, la mejor condición jurídica del acreedor civil que ve defraudadas sus expectativas determina la prosperabilidad de la acción.

(23) Entiende LACRUZ, *ob. cit.*, p. 25, que el cumplimiento de una obligación natural está libre de la presunción de fraude, aduciendo que si la ley ha considerado más digno de protección el interés del donatario que el de los acreedores en la donación remuneratoria (*cf.* 880-5 C.com.) con mayor motivo en este caso en que no media una causa liberal.

(24) “Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajena bienes a título gratuito.***También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.”

(25) “Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases siguientes: 1.ª Transmisión de bienes inmuebles hechas a título gratuito...”

La atribución del carácter de justa causa para retener posibilita además su admisión como causa válida para la constitución de una obligación civil. Ello nos suscita un doble interrogante: ¿Todos los deberes morales son aptos para configurar una obligación moral? ¿Toda obligación moral puede ser causa válida para constituir una obligación civil?

La respuesta a esa primera pregunta es evidentemente negativa, no cualquier deber moral o de conciencia configura una obligación moral. Es más, la delimitación de cuáles sean deberes morales o de honor y obligaciones morales resulta en sí misma difícil. A tal fin se debería tener en cuenta, por un lado, si existe una clara determinación del contenido de ese deber y los sujetos que aparecen implicados; y, de otro, la valoración social que merezcan esos deberes morales, de honor o conciencia. Sólo las obligaciones morales, que efectivamente lo sean, constituyen causa suficiente para fundar una promesa seria que pueda ser exigible ante los tribunales. Y, ¿cuándo nos encontramos ante esa obligación moral con efectos jurídicos? Según DE CASTRO (26) cuando el deber moral se considere necesitado de amparo jurídico. Como ejemplos que configuran causa suficiente de una promesa contractual cita: el cumplimiento de deberes familiares no exigibles legalmente, la reparación de daños y perjuicios cuya exigencia jurídica por cualquier motivo no era posible, la remuneración de servicios en sí valiosos, el haber realizado actos o haber observado una determinada conducta en la confianza del cumplimiento de una promesa, el cumplimiento prometido de encargos de conciencia o de confianza. En todos estos casos, si existe una promesa seria y libre, la conciencia social se rebela ante la posibilidad de que el promitente (o sus causahabientes) pueda desdecirse, defraudando la confianza de quien recibe la promesa y la de la misma socie-

(26) *Ob. cit.*, p. 223.

dad, ante el esperado restablecimiento del buen orden jurídico (27).

Lo expuesto evidencia de nuevo la no existencia de una fórmula genérica que permita deslindar *a priori* los deberes morales con efectos jurídicos, configuradores de obligaciones naturales, de aquellos otros que permanecen al margen del Derecho.

En un esfuerzo de abstracción LACRUZ (28) ha apuntado la posible integración en tres grupos de los diversos supuestos de obligaciones morales, advirtiendo que pueden existir otros muchos casos, incluso variar con el tiempo, y que los que así se califican como obligaciones naturales pueden no serlo. Así, distingue:

a) Obligaciones naturales que se derivan del deber de respetar la palabra dada. Aquí se incluirían los contratos nulos por virtud de la ley, sin que en ellos falten los elementos *naturalmente esenciales* de una convención (contratos ineficaces por falta de capacidad o forma, por ejemplo: donación de inmueble que no consta en escritura pública, posibilidad que implícitamente se refuta en la STS de 3 de marzo de 1995 (RJ 1775)). Asimismo, las obligaciones extinguidas jurídicamente pero no moralmente (obligación prescrita, negación de deuda bajo juramento decisorio, obligación que ha sido objeto de injusta absolución, o la obligación del concursado cuando los acreedores por convenio expreso le rebajan parte del crédito).

b) Obligaciones derivadas del deber de reparar el daño causado cuando no sea posible exigir la responsabilidad civil por razones de prueba, limitación legal, etc. (daños causados

(27) MARTÍNEZ y G. CALCERRADA, "Problemática de las obligaciones naturales (Eficacia jurídica del deber moral cualificado)", *RGLJ*, 1946, pp. 370 y ss., considera que los deberes morales cualificados que configuran obligaciones naturales deben poseer: a) un alcance general, repercutiendo en el círculo de las relaciones humanas; b) cierto alcance particular, esto es, que su cumplimiento o no por el obligado repercute directa e inmediatamente, en modo tangible y material en la esfera privada de otra persona.

(28) *Ob. cit.*, pp. 19-20.

por un niño o un loco, si legalmente otra persona no debe responder...). También se incluyen los supuestos en los que el ejercicio de un derecho legítimo puede causar perjuicios que no son jurídicamente indemnizables.

c) Obligaciones derivadas del deber de no enriquecerse injustamente a costa de otro. Constituyen este grupo aquellos supuestos en los que no se dan las condiciones de la acción de enriquecimiento y, sin embargo, ha habido una ganancia a costa de otro moralmente injustificable (supuestos de lesión enorme o enormísima, que salvo casos cualificados no tiene relevancia jurídica dentro de nuestro Derecho; la obligación de cumplir la fiducia testamentaria, o restituir los bienes que moralmente pertenecen a otra persona, el caso de los bienes desamortizados; el enriquecimiento sobrevenido en el propietario por impensas realizadas por el poseedor que no son indemnizables, ni retiradas las obras, mejoras o elementos objeto de aquéllas).

189

Por último, debe tenerse en cuenta, a efectos de terminar con las pinceladas que permiten dibujar la obligación natural, que si bien el deber moral no necesariamente ha de tener un contenido patrimonial, sin embargo, para que entre dentro de los parámetros del citado precepto (art. 1.901 C.c.), es necesario que se pueda cumplir mediante una atribución patrimonial. Este último dato permitiría la identificación de un deber moral como configurador de una obligación moral.

Junto a esta determinación, que podríamos calificar como genérica, de la obligación moral, debe hacerse referencia a algunos supuestos tipificados en el Código civil en los que la doctrina ha querido ver la existencia de obligaciones naturales por establecerse el efecto de retención de lo pagado. Los casos discutidos que poseen mayor entidad (29) son los siguientes:

(29) Un sector de la doctrina ha planteado que también podían ser considerados como supuestos de obligación natural los recogidos en los siguientes preceptos:

1. La deuda de intereses no estipulados en el contrato de préstamo.

Se señala en el artículo 1.756 C.c.: “El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital”. El precepto, copia fiel del artículo 1.906 del Código civil francés, fue explicado por la doctrina de ese país como un supuesto de obligación natural. Sin embargo, tal explicación ha sido considerada por la mayor parte de los autores españoles como poco satisfactoria. Según entiende la mejor doctrina, este precepto opera como una norma de interpretación de la voluntad de las partes.

190 Así, la regla recogida en el precepto anterior, el artículo 1.755 C.c., que dispone que sólo se deban intereses cuando las partes expresamente los hayan pactado, se encuentra limitada por lo que se dispone en ese artículo 1.756 C.c., pago voluntario de los mismos. Esto es, el pacto expreso es el único fundamento posible de una acción de reclamación de intereses, pero su pago espontáneo actúa, *a posteriori*, como presunción de que existía ese pacto. Por ello, ese efecto de retención de lo pagado en concepto de intereses, establecido en el artículo 1.756 del C.c., no operará si existe un pacto expreso de gratuidad del préstamo.

a) Artículo 1.208 C.c. en el que se dice: “La novación es nula si lo fuese también la obligación primitiva, salvo que la causa de la nulidad pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”. Sin embargo, según entiende la mejor doctrina, este precepto, en realidad, lo que contempla son las obligaciones nulas o anulables y no las naturales.

b) Artículo 1.824 C.c. en el que se señala que: “La fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la menor edad”. Tampoco hay aquí una obligación natural sino una obligación anulable, según opina la mayor parte de la doctrina.

c) Artículo 1.894, apart. 1.º C.c. en el que se establece: “Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”. Pero el supuesto que aquí se plantea es considerado por la mayoría de los autores como un supuesto de donación.

2. Las deudas nacidas de juego.

Establece el artículo 1.798 C.c. que “La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes”. Esa irrepetibilidad del pago reconocida para las deudas de juego ilícito, junto con lo que dispone el artículo 1.801, párr. 1.º, C.c.: “El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente”, ha servido de base para entender que constituye éste uno de los supuestos más claros de obligaciones naturales; idea que en el ámbito coloquial se expresa con la frase “las deudas de juego son deudas de honor”.

Sin embargo, se ha cuestionado que este efecto, reconocido para las deudas de juego ilícito, sea consecuencia de su configuración como deuda moral. Según la opinión más extendida, el efecto de retención de lo pagado no procede por encontrarnos con una obligación moral, sino por constituir ese supuesto un negocio con causa ilícita, cuyas consecuencias, según se dispone en los artículos 1.305 (30) y 1.306 (31) C.c., son esa irrepetibilidad de lo dado en virtud del

191

(30) “Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.”**Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.”

(31) “Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito o falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.”

contrato, así como la imposibilidad de pedir el cumplimiento de aquello que se hubiese ofrecido.

En todo caso, la aplicación de estas reglas, tras las importantes Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 (RJ 1275) y 30 de enero de 1995 (RJ 180) (32), quedan reducidas a los juegos que se celebren fuera de los establecimientos autorizados, lo cual respecto a su consideración causal no deja de resultar paradójico.

El segundo interrogante que nos hemos planteado, la posibilidad de que la obligación moral pueda servir de causa para una obligación civil, sólo puede contestarse adecuadamente teniendo en cuenta el porqué queda reducido a ese ámbito del deber moral un concreto comportamiento.

192

Así, mientras en unos casos es la falta de previsión normativa y la carencia de amparo jurídico de esa situación, mediando una razón de justicia evidente, la que impulsa esa conducta (por ejemplo: alimentos a parientes sin derecho a prestación legal, socorro a la amante...); en otros, la situación se genera porque la norma no permite un específico comportamiento o actuación, que no repugna a los princi-

(32) En ambas sentencias se discutía la posibilidad de que la sociedad propietaria de un casino de juego reclamara la cantidad perdida y no abonada por uno de sus clientes, a quien además se le había otorgado crédito para el juego (hecho calificado tradicionalmente como afecto a una causa ilícita). En ambas sentencias se aducirá que: "los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no pueden seguir considerándose prohibidos y, en consecuencia, obligan a pagar al que pierde y, por ello, el que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado, configurándose las ganancias o pérdidas que resultan de aquéllos como el efecto consustancial de riesgo o «aleas» que define y caracteriza el juego. Por ello, cualquier otra interpretación, enraizada en la tradicional inexigibilidad de las deudas de juego o basada en motivos morales, sociales o familiares... sería... contraria al principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución y a la seriedad del tráfico comercial, en el que se integra plenamente la práctica del juego en aquellos locales o casinos que, ajustándose a las específicas exigencias legales, hacen de tales juegos objeto de su actividad pública. En consecuencia, los juegos de suerte, envite o azar así practicados pierden la condición de «prohibidos» y alcanzan la «cobertura» o reconocimiento jurídico del que hasta ahora carecían en los artículos 1.798 y 1.799 del Código civil".

pios básicos informadores del ordenamiento considerado en su conjunto, y cuyo sustrato como deber de conciencia, moral o social parece que justificaría su cumplimiento (por ejemplo: la fiducia testamentaria, con instrucción reservada, o las deudas de juego...). Gráficamente explica FUENMAYOR (33) cuál es el sentido de la obligación natural en estos últimos casos, la obligación surge con ese carácter como consecuencia de su "degradación civil". La ley no quiere que en esos casos queden vinculados acreedor y deudor, por eso se limita al campo de la obligación natural. En unos y otros supuestos se admite que el libre cumplimiento del deber moral sea causa suficiente para que se pueda retener aquello que se entregó, si no media error por parte de quien cumple y sí buena fe por parte de quien lo recibe. Sin embargo, la limitación que a la autonomía de la voluntad se establece en nuestro Código civil (arts. 6, 1.255 y 1.275), cuando la misma se opone a la ley, implica que no sea posible elevar a la condición de obligación civil aquella obligación moral cuya prestación coincida con un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* que se halle expresamente prohibido por ley. En consecuencia, sólo las obligaciones morales que el ordenamiento jurídico estime que mantienen una causa considerada lícita, en el ámbito civil, podrán servir de soporte causal para el nacimiento de una obligación en el campo jurídico. Postura que se ha mantenido por la jurisprudencia, por ejemplo, respecto a las deudas de juego (STS de 3 de febrero de 1961, SAP de Jaén de 21 de julio de 1995 (RJ 1474) (34)).

Según FUENMAYOR (35), el negocio jurídico así generado es de índole causal, siendo su causa el deber de justicia (obli-

(33) *Ob. cit.*, p. 1280.

(34) En la sentencia se debatía la exigibilidad de una dación en pago que traía causa de unas deudas de juego. El Tribunal desestima la pretensión de cumplimiento atendiendo a que el origen del documento en el que se establecía esa dación era una deuda de juego, que conforme a la legislación resulta inexigible, apuntando además el carácter ilícito de la causa del negocio.

(35) *Ob. cit.*, p. 1281.

gación moral o natural) que se contempla. De ahí que no se le puedan aplicar exclusivamente a ese negocio surgido las reglas establecidas para los actos onerosos o los gratuitos.

No han sido abundantes los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo sobre esta materia. Son tres las sentencias que tradicionalmente se citan al respecto. Elemento común en todas ellas es la estimación por parte de los tribunales de la concurrencia de una causa lícita para la configuración de una obligación civil.

194

Sentencia de 17 de octubre de 1932. Se trataba de una joven huérfana, de diecisiete años, cajera de un comercio, seducida por un doctor en Medicina de edad madura, que la hace su amante y del que tiene cuatro hijos. Durante el tiempo de su relación el señor espontáneamente le había venido prestando auxilios económicos. Cesada su relación, frente a los requerimientos de ella, el señor se compromete por carta a abonarle una pensión fija para que “decentemente viviendo puedas atender a tu vida”. Cumple su promesa durante algunos meses y, ante el incumplimiento posterior, se demanda ante los tribunales la cantidad prometida. El Tribunal de instancia desestima la pretensión, que confirma el Tribunal de apelación y que casa el Supremo con un doble argumento: 1) hay un contrato, por existir objeto cierto, causa determinada y consentimiento libremente prestado, “sin que sea obstáculo a dicha estimación la ausencia de prestación correlativa por parte del promisorio, pues tal elisión es nota característica del negocio jurídico unilateral, que cabe *in genere* dentro del concepto amplísimo definido por el artículo 1.254 C.c.”; 2) no es ilícita su causa, como erróneamente afirma la sentencia recurrida. La argumentación se refuerza indicando que “es evidente que (los hechos reseñados) originaron, desde luego, aparte de una pérdida de estimación social, ciertos deberes morales imputables al varón, el cual, consciente de ellos, no pudo menos de traducirlos en auxilios materiales de índole económica, que por el mero hecho de su prestación durante el transcurso de las relaciones

íntimas se convirtieron en obligaciones naturales, y después al romperse aquéllas por el desamparo infidente del seductor y reconocido por éste en la promesa formal de la pensión, vinieran a transformarse en una obligación civil perfectamente coercible”.

Este pronunciamiento tiene su precedente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1914. En este supuesto padre y hermana de un moribundo, por accidente de caza, firman un documento indicando “que satisfaciendo estímulos de conciencia que los obligaban más que cuantos vínculos creara el Derecho” se comprometían a pagar una pensión a una joven, embarazada por el hijo moribundo, mientras permaneciera soltera y, en todo caso, si el hijo nacía. El padre paga durante algún tiempo, dejándolo de hacer. Es demandado y el Tribunal Supremo, casando la sentencia de instancia, considera que “no hay razones de ningún género que excluya el derecho a percibirla”.

195

Sentencia de 5 de mayo de 1958. Muere una señora y aparecen dos testamentos: en el primero instituye a varios herederos y legatarios; en el segundo (fechado en la víspera de la muerte) instituye como heredera universal a una sobrina. La sobrina heredera dirige a parientes de la causante una carta en la que les indica “la tía me dijo si os daba dinero fuese alrededor de 30.000 pesetas... procuraré arreglarlo lo mejor posible para que quedéis contentos...”. Comienza a pagar 2.500 pesetas y deja de hacerlo. En primera instancia se le condena al pago de las 30.000 pesetas. La Audiencia Territorial revoca el fallo de la primera instancia. El Tribunal Supremo, casando la sentencia de instancia, dice que: “La obligación estrictamente moral en que pudo consistir en su origen el encargo hecho a la demandada por su causante, al desbordar el recinto de la conciencia para tener su manifestación externa, no de mera publicidad intrascendente en Derecho, sino reveladora, como los términos de las epístolas demuestran, de un deliberado propósito de cumplimiento, la convierte en una declaración unilateral constituida

por la promesa posteriormente aceptada, cuyo cumplimiento es obligado por el oferente”.

Además de estos pronunciamientos, resultan interesantes por la postura de los Tribunales ante los casos planteados:

Sentencia de 3 de marzo de 1995 (RJ 1.775), anteriormente citada. Se trataba de un señor que había convivido en “unión estable” con una señora divorciada, de nacionalidad alemana, celebrando aparentes nupcias en Inglaterra. Fruto de su vida en común es un hijo, reconocido como hijo natural por el padre. La compañera había adoptado al hijo que el señor tuvo en otra relación. Se rompe la unión y firman un documento privado en el que se dispone el régimen de visitas, custodia, alimentos, gastos, así como la atribución del uso de un piso propiedad del caballero a su ex-compañera e hijos. El citado documento recoge, asimismo, la donación de un chalet propiedad del señor al hijo común y el usufructo vitalicio del mismo a su antigua compañera, contemplándose expresamente el compromiso de elevar a escritura pública tal documento en un lapso de seis meses; hecho que nunca acaeció. Al cabo de quince años, el señor insta reclamación solicitando al hijo común y su ex-compañera la nulidad del documento y la devolución de los dos inmuebles. El hijo se allana a esa pretensión y la ex-compañera reconviene solicitando se eleve a escritura pública su usufructo vitalicio sobre el chalet.

El Juzgado de Primera Instancia declara la nulidad de la donación, pero estima la validez y eficacia del documento, aceptando que se deba elevar a público el derecho de usufructo; confirmada la sentencia en apelación, el Supremo la casa argumentado:

a) “Las donaciones de bienes inmuebles no tienen valor, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de do-

nación –pura y simple, onerosa, remuneratoria– siempre que se refiera a bienes raíces”,

b) “la posesión de inmuebles donados por documento privado carece, incluso, de idoneidad para posibilitar la adquisición del dominio de los mismos por usucapión, al no tratarse de una posesión en concepto de dueño”.

c) “(No) puede mantenerse que la doctrina de los actos propios permita amparar al donatario de donación nula frente al donante que la ratifica o cumple de modo voluntario y después acciona pidiendo su nulidad, pues ésta, se repite, es absoluta, legítima a cualquier interesado para pedirla y la acción es imprescriptible, aparte de que el C.c. no reprodujo en este punto la norma que al efecto contenía el párrafo 3.º del artículo 1.187 del Proyecto de 1851”.

El interés de esta sentencia radica no tanto en lo que dice cuanto en lo que calla. Precisamente, pudiendo constituir éste, al decir de la doctrina, un supuesto en el que la justa causa del artículo 1.901 cabría que desplegara su virtualidad y evitar la recuperación de aquello que se entregó sin la forma necesaria, el Tribunal, centrándose en el elemento de la forma, como requisito esencial de la donación de inmuebles, admite la nulidad del documento y subsiguiente recuperación de lo entregado. Así, los deberes morales, manifiestos respecto del relato de los hechos descritos, no parece que sean tenidos en cuenta por el Tribunal más allá de lo que el donante quiso, quince años, para justificar la retención de aquellos inmuebles cuyo goce fue entregado. Quizá, porque el interés de mayor entidad que cabría proteger, que era la situación de los menores, posiblemente ya había declinado.

De mayor trascendencia es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1994 (RJ 8.777) en la que la existencia de deberes morales o de conciencia son expresamente tenidos en cuenta por el juzgador para evitar la impugnación de unas donaciones y legados. En el caso que aquí se debatió, se reclamaba por la mujer e hijos, abandonados

hacía bastantes años, la impugnación de bienes donados en vida, así como de ciertas disposiciones testamentarias, que el causante había realizado en favor de su compañera sentimental, quien le había atendido durante los últimos años de vida y enfermedad. Se daba la circunstancia que tanto el causante como su mujer eran de nacionalidad francesa. En primera instancia se admite la pretensión, revocándose en apelación y confirmando el Supremo, quien entre otras razones aducirá: “La doctrina legal francesa invocada –y acreditada en autos conforme a lo dispuesto en el artículo 12 *in fine* del Código civil español– enseña que están viciados de nulidad los actos de liberalidad que obedecen al fin de remunerar relaciones concubinarias habidas entre el favorecedor y la favorecida. Ahora bien, para la admisión de este motivo de nulidad se requiere la prueba de que las impugnadas liberalidades constituyen efectivamente el pago o remuneración de las relaciones concubinarias. Aun dando por supuestas tales relaciones de concubinato, lo que no puede darse como cierto es que las referidas disposiciones a favor de la demandada tengan como finalidad, o al menos como única finalidad la gratificación de aquéllas, pues de lo actuado se comprueba que la convivencia no se redujo a los aspectos sentimentales o sexuales, sino que durante el tiempo de vida en común, la demandada gestionó los negocios del señor G. que se encontraba aquejado de las dolencias que terminaron por causarle la muerte, y asimismo le atendió en su enfermedad necesitada de visitas a facultativos españoles y extranjeros y de medicación constante, lo que constituye una serie de atenciones, cuyo pago no es exigible jurídicamente, pero que justifican una remuneración unilateral en cumplimiento bien de un deber de conciencia, bien de una obligación natural y que al ser manifestada de modo expreso en el testamento constituyen lo que la doctrina patria denomina motivo causalizado y cuya presencia desdibuja la imagen de simple concubina o *maitresse* que los actores pretenden ver en la demandada, por lo que procede desestimar la pe-

tición de nulidad por causa ilícita de esas donaciones *inter vivos* y de las disposiciones testamentarias a favor de la demandada”.

Se recogen así, en su sentido más tradicional de causa válida y suficiente, los deberes morales que justificarían la realización del negocio jurídico efectuado.

Hasta aquí hemos relatado la configuración que el fenómeno de la obligación natural presenta en la regulación del Código civil y la doctrina que respecto a ese cuerpo normativo se ha elaborado sobre esa figura. Sin embargo, desde la perspectiva legal y dogmática el tema no queda aquí agotado.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra ha reconocido expresamente la figura de la obligación natural en su Ley 510, estableciendo que: “No será repetible el pago cuando se haya hecho en cumplimiento de un deber moral, o impuesto por el uso, aunque no sea judicialmente exigible. El reconocimiento, la novación, la compensación y la garantía de las obligaciones naturales producen efectos civiles”.

Como se puede comprobar, a simple vista, la dicción del precepto es en sí misma sugerente y entraña un planteamiento de la obligación natural, tanto respecto a su caracterización, como los efectos jurídicos que se anudan a esta figura, bastante diferente al expuesto en relación con el Código civil. Sin embargo, el contenido de qué pueda configurar una obligación natural entronca con la concepción más moderna de la misma, sin que difiera esencialmente respecto de lo expuesto en relación con el Código civil y sí quede sin embargo más aclarado.

En el Fuero Nuevo las obligaciones naturales se hallan ubicadas en el Capítulo IV dedicado al “Enriquecimiento sin causa”, circunstancia que podría llevar a pensar que para el Fuero Nuevo resulta también procedente la caracterización de la obligación natural limitada al ámbito causal no sólo respecto a la atribución patrimonial, con la consecuente retención de lo entregado, sino también para el resto de figuras

que la Ley 510 permite se apliquen a la obligación natural (reconocimiento, novación, compensación y garantía) (36). Sin embargo, las dudas sobre esta caracterización nacen precisamente del hecho de la expresa previsión de efectos jurídicos, que sí se reconocieron en Derecho Romano, pero que actualmente han sido descartados en los modernos Códigos civiles (§ 814 BGB, o art. 2.034 C.c. italiano). La identidad que la Ley 510 FN posee con la regulación justinianeana en la materia, lleva a interrogarse acerca de si la voluntad del legislador no se encaminaba efectivamente a atribuir una vinculación jurídica sin acción y conformar la obligación natural como obligación imperfecta (37). Sea como fuere, al margen de esta discusión, interesa destacar las posibilidades que se brindan en Derecho civil navarro respecto a las obligaciones morales.

Por previsión expresa cabe, además del reconocimiento y novación, la compensación y garantía de la obligación natural. Su aplicación, sin embargo, choca con los requisitos que

(36) Tal es la opinión mantenida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "De nuevo sobre el enriquecimiento sin causa en Derecho navarro: Pago de lo indebido y obligaciones naturales", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 14, 1992, pp. 28 y ss., para quien los efectos previstos en la Ley 510 FN se producen como consecuencia de otorgarse título suficiente *ex lege* a los mismos y no como consecuencia de la caracterización de la obligación natural como *vinculum iuris* sin acción. Pensamos que ambas cuestiones no son excluyentes entre sí, ya que la distinta configuración del ordenamiento jurídico moderno respecto al romano justiniano necesariamente determina que se deba realizar un reconocimiento expreso de esos efectos para que los mismos operen en nuestro Derecho.

(37) ALBALADEJO, *Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, vol. I, 10.ª ed., Barcelona, 1997, p. 362, entiende que existe una equiparación con las obligaciones civiles salvo en la exigibilidad. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1985, pp. 41-42, opina que estos efectos se producen como consecuencia del reconocimiento tácito de la obligación natural que los mismos suponen, si bien reconoce que esa explicación resulta difícil de aplicar para el caso de la compensación. Por nuestra parte, nos parece que en la formulación dada a ese precepto se ha querido mantener el carácter de *vinculum iuris* respecto a alguno de los supuestos incluidos dentro de esta categoría. En otro caso carecería de sentido la referencia a la novación, ya que nada nuevo al ámbito jurídico aportaría el efecto de la novación respecto al efecto del reconocimiento. Así, congruentemente con su planteamiento, LACRUZ (*ob. ult. cit.*, p. 41) afirma que el efecto civil de la novación de un deber moral o social es el de un reconocimiento.

el ordenamiento establece para la operatividad de esos fenómenos.

En relación con la compensación, la cuestión principal es el carácter líquido que la deuda debe tener, conforme a lo que se dispone en el artículo 1.196-4 C.c., para que una obligación natural pueda ser opuesta en compensación con una deuda civil, ya que la necesidad de que la obligación sea exigible queda obviado por la previsión legal de la Ley 510 FN. La dificultad para que opere esta institución, tratándose de un deber moral cuya cuantía se encuentra indeterminada, ha llevado a plantear a MARTÍNEZ DE AGUIRRE (38) que en estos casos no cabría la compensación.

Respecto a la prestación de garantía por el obligado al cumplimiento de una obligación moral, se indica por los autores que difícilmente no puede verse en ese acto un reconocimiento tácito de la deuda y, en consecuencia, su modificación a la condición de obligación civil. El régimen a seguir en el supuesto de que la garantía sea prestada por un tercero, opina MARTÍNEZ DE AGUIRRE (39), que dependerá del grado de participación del obligado natural. Así, si se prestó garantía a instancias del obligado o con su consentimiento, habrá una suerte de reconocimiento tácito que la elevará a obligación civil. Sin embargo, si el garante actúa al margen del deudor natural como mucho se produciría, en el supuesto de su cumplimiento, una subrogación en el pago, que no le concedería más derecho que el que le corresponde al acreedor natural.

Estos efectos civiles, entiende ALBALADEJO (40), no son los únicos posibles “hay otros no enumerados que sin duda cabe aplicar a las obligaciones naturales, como la condonación, la extinción por imposibilidad, la confusión, el asegu-

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

(39) *Ob. cit.*, pp. 35-36.

(40) *Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, vol. I, 10.^a ed., Barcelona, 1997, p. 362.

ramiento por cláusula penal... salvo la posibilidad de ser exigida judicialmente ...la obligación natural tiene la eficacia de una obligación civil". Opinión que no comparte MARTÍNEZ DE AGUIRRE (41), ya que por definición la eficacia de la obligación natural transcurre fuera del ámbito de lo civil, salvo para aquello que expresamente ha sido reconocido, como acontece en la Ley 510 FN.

Sólo ha habido un pronunciamiento en relación con la aplicación de esta Ley, aunque es de todo punto sugerente, ya que recoge buena parte de las cuestiones tratadas respecto a los efectos, requisitos y contenido del compromiso moral u obligación natural. Se trata de la Sentencia de 25 de marzo de 1993 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (RJ 2.561).

202

En el supuesto de hecho se planteaba el abandono voluntario del arrendatario de unas tierras, como consecuencia del "compromiso moral" (según las partes califican) adquirido si se consolidaban las expectativas urbanísticas que sobre ellas tenía el arrendador. El arrendador comunica al arrendatario la inminencia de esa posibilidad de edificar y el arrendatario abandona voluntariamente las fincas, renunciando de esta forma a los derechos de prórroga legal que le asisten. Al cabo de unos años, ante el retraso en la ejecución de los proyectos urbanísticos, el arrendatario reclama la reposición a su situación de arrendamiento. En primera instancia se da la razón al arrendatario, revocándose la misma en apelación, resolución que confirma el Tribunal Superior.

En la sentencia se abordan varias cuestiones: a) los efectos que deben anudarse al compromiso moral y los supuestos en los que este régimen es de aplicación; b) los requisitos que deben concurrir para que el cumplimiento de un deber moral resulte irrepetible, así como la relación entre deber moral y normas prohibitivas; c) la conexión entre el deber moral y la renuncia a los derechos legalmente establecidos.

(41) *Ob. cit.*, p. 36.

a) *Efectos y contenido de la obligación moral.*

En relación con la primera cuestión, la sentencia reconoce el sentido más moderno que a la obligación natural se ha asignado, así como los efectos clásicos de incoercibilidad y retención de lo pagado. Así se dirá: "Los deberes morales y sociales son comúnmente objeto de consideración por el Derecho moderno en el contexto de las "obligaciones naturales" con las que a menudo aparecen en los actuales ordenamientos jurídicos identificadas o confundidas. Tal es el caso de ... el Derecho Civil navarro". Y se añade "del tratamiento legal de los deberes morales o sociales como obligaciones naturales cabe deducir entre otras consecuencias:

a) La incoercibilidad jurídica de los deberes morales y sociales, que se traduce en la inexigibilidad judicial de su cumplimiento, desprovisto de acción y confiado únicamente a la conciencia u honorabilidad de quien los asumió, de suerte que su inobservancia no trasciende en principio los límites del orden moral o social en que resulta debida su realización.

203

b) La irrepetibilidad o irrevocabilidad de los actos jurídicos voluntariamente ejecutados en cumplimiento de tales deberes; irrepetibilidad o irrevocabilidad de la que se deriva la firmeza de la situación creada por el cumplimiento y su oponibilidad al cumplidor mediante la oportuna excepción, de suerte que, aunque la Ley positiva no impone la realización del deber, cuando el obligado por él, guiado por móviles internos o de conciencia, lo lleva voluntariamente a cabo, la misma Ley pasa a otorgar eficacia jurídica vinculante a los actos libremente realizados en su cumplimiento. Resulta por ello mismo de obligada significación aquí que los deberes morales o sociales alcanzan trascendencia jurídica no con el hecho determinante de su generación o asunción, sino con la realización de la conducta que su cumplimiento requería -cuando no hubieran irrumpido ya previamente en el Derecho por alguno de los medios relacionados en el párrafo primero, inciso final, de la Ley 510-, al reconocer el or-

denamiento jurídico en el deber moral cumplido la mediación de una causa bastante para el mantenimiento del *statu quo* derivado de su realización”.

Aún de mayor interés es el pronunciamiento sobre la relación existente entre deberes morales y obligaciones naturales, así como los supuestos en los que caben los efectos anteriormente reseñados. Indica la sentencia: “los deberes morales o sociales susceptibles de producir con su cumplimiento las consecuencias propias de las genuinas obligaciones naturales no constituyen sin embargo una categoría homogénea, ni desde luego pueden entenderse circunscritos a los deberes éticos de valor absoluto o alcance general, pues en su consustancial indefinición y heterogeneidad comprenden también deberes de conciencia y honor derivados de particulares situaciones individuales, como los que nacen de la reciprocidad o correspondencia en las relaciones bilaterales y de la lealtad a la palabra dada en los compromisos surgidos de ellas”. Afirmándose en relación con el supuesto debatido que “es cierto que el abandono libre o sin compensación alguna económica de los terrenos arrendados a solicitud de la propiedad para la ejecución de sus proyectos urbanísticos no constituye en sí mismo un deber moral o social ligado a la condición de arrendatario de fincas rústicas, pero también lo es que la obligación –calificada por las partes y el Tribunal de instancia como “moral”– de abandonar las fincas a la libre disposición de la propiedad no derivada de la simple relación arrendaticia que en el orden jurídico civil vinculaba a los contratantes, sino de la lealtad del arrendatario a la palabra de dejar las tierras dadas al arrendador, probablemente en correspondencia con la aquiescencia de este último a celebrar un contrato que de otra forma no habría concluido o no lo habría hecho en tales condiciones, en cuanto al respeto a la palabra dada constituye una exigencia moral y una regla de honor en las relaciones humanas”.

Estas últimas declaraciones suponen que para nuestro Derecho el “pacto entre caballeros”, resulta un compromiso res-

petable, del que no se puede desdecir quien cumplió. Se reconoce así la necesidad de que las relaciones entre los particulares discurran en un ámbito de buena fe, no sujetas exclusivamente a los dictados de la ley.

b) *Relación entre deber moral y prohibición legal. Requisitos necesarios para la operatividad del cumplimiento.*

Asimismo, se reconoce la posibilidad de que queden relegados a ese ámbito de la conciencia acuerdos que nunca podrían constituir obligaciones civiles exigibles ante los tribunales, como ya se indicó al tratar el reconocimiento de la obligación natural y su constitución en civil. Así se dirá: "Al tratamiento del compromiso moral de abandonar las tierras arrendadas como obligación natural, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a la inexigibilidad e irrevocabilidad de su cumplimiento no empece la prohibición legal de su eventual asunción civil, como contraria a lo prevenido en su día en el artículo 1.1 del Reglamento de 29-4-1959, y hoy en los artículos 9 y 11 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, pues precisamente en los compromisos adquiridos contra una prohibición legal, sin atentar al propio tiempo contra la moral o las buenas costumbres, se ha reconocido históricamente una de las más características fuentes de las obligaciones naturales (véase el art. 2-3.º del Proyecto de GARCÍA GOYENA de 26-11-1846), en el sentido de que el cumplimiento de las asumidas contra su sola prohibición, aun siendo judicialmente inexigible, devenía con su voluntaria realización irrepetible o irrevocable; constituyendo una palmaria manifestación actual de esta realidad el tratamiento dispensado en las Leyes 66.3 y 538 del Fuero Nuevo a los préstamos a hijos no emancipados o el dado en el artículo 1.798 del Código civil a las deudas de juego, de que la propia Compilación de Derecho Civil de Navarra se hace eco en el núm. 4 de su Ley 85".

Respecto a los requisitos del cumplimiento de ese deber moral entiende que: “la firmeza e inatacabilidad del cumplimiento de los deberes morales o sociales es tan sólo predicable del realizado “voluntariamente” –en la terminología empleada por los Códigos civiles francés (art. 1235) y suizo (art. 63)– o “espontáneamente” –según la expresión utilizada por los Códigos civiles italiano (art. 2034) o portugués (art. 403)–, esto es, libremente y sin vicio alguno del consentimiento. Por ello mismo, aunque no sean repetibles o impugnables los actos solutorios realizados en la falsa consideración de su exigibilidad civil –error de Derecho–, según la opinión dominante en la doctrina, de la que se hizo asimismo eco el Proyecto del Fuero Recopilado de Navarra, al establecer en su Ley 88 que “lo que se ha pagado por causa de una obligación natural no puede repetirse alegando error de Derecho”, sí lo son los efectuados en la equivocada creencia de que concurrían en el cumplimiento los presupuestos determinantes del deber moral o social cumplido –error de hecho–, pues quien cumple lo que ni jurídica, ni moral, ni socialmente le era debido no puede verse impedido de deshacer lo que por error hizo”.

c) *Deberes morales y renuncia a los derechos.*

La relación entre renuncia anticipada a los derechos y compromiso moral se resuelve indicando que: “El compromiso moral (...) no constituía en sí mismo una renuncia anticipada del derecho a la prórroga legal arrendaticia (ya que) la renuncia supone la voluntaria abdicación de una situación, derecho o expectativa tutelada por la Ley, con la finalidad de extinguir el derecho ya adquirido –renuncia propiamente dicha– o evitar su nacimiento –renuncia anticipada o preventiva– y que tal declaración o manifestación de voluntad abdicativa produce de inmediato el efecto jurídico pretendido con ella: sea la pérdida del derecho ya incorporado al acervo jurídico del renunciante, sea la exclusión de la ex-

pectativa misma de adquirirlo e integrarlo en su patrimonio. Nada de ello es sin embargo predicable del compromiso moral de que aquí se trata pues, contra lo que hubiera sido propio de la renuncia, su asunción no privaba al arrendatario de los derechos legales inherentes a su condición de tal, en particular, de los relativos a la prórroga forzosa, que comenzó a disfrutar, ni facultó en momento alguno al arrendador para instar judicialmente el desahucio por extinción del contrato sin sujeción al artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Como correspondía a la naturaleza moral del compromiso contraído, el deber de desalojo asumido no alcanzó significación jurídica con su asunción, como hubiera sucedido con la renuncia al régimen legal de vigencia del contrato, sino con su cumplimiento o realización mediante el voluntario abandono de las fincas cuando se lo interesó la propiedad”.

En consecuencia, conforme a la sentencia, no puede ser aplicado al deber moral lo que se establece al respecto para la renuncia a los derechos, porque ese aspecto de voluntariedad que caracteriza al cumplimiento de los deberes de conciencia no excluye la posibilidad de que pueda acudir ante los tribunales, antes del cumplimiento, quien se encuentra moralmente vinculado, haciendo valer el derecho que se comprometió a no hacer efectivo.

Por último, interesa destacar la referencia que en la sentencia se efectúa al posible “abuso del derecho” por requerir el cumplimiento del compromiso contraído, cuyo contenido no podría ser exigible judicialmente, indicándose al respecto que esa “exigencia de conducta aparece legalmente referida al ejercicio de los derechos y que, en el caso de autos, el abandono de las fincas por parte del arrendatario se hizo en cumplimiento de un deber “moral” incoercible que, al no ser jurídico, no proporcionaba a los arrendadores el correlativo derecho subjetivo a exigir su realización, de suerte que el requerimiento de la propiedad para el desalojo de las fincas arrendadas al término del año agrícola no podía tener

otra significación que la de un recordatorio de la palabra dada por el arrendatario y una invitación al cumplimiento del compromiso moral asumido con ella, no constituyendo por tanto en ningún caso actuación o ejercicio de derecho subjetivo alguno sometido a la disciplina del ordenamiento jurídico”. Añadiéndose que “aunque el compromiso del arrendatario hubiera sido asumido en correspondencia o en consideración al proceder de la propiedad, nada indica que éste consistiera en una determinada conducta coetánea o posterior al desalojo que, siquiera fuera moralmente, permitiera reprochar a aquélla una falta de reciprocidad con la leal actuación del locatario, siendo como es más fundadamente presumible la asunción del compromiso en cuestión en contemplación a determinadas concesiones o favores de la propiedad que, realizadas o prometidas a la iniciación del contrato, hallaríanse ya cumplidas –de ahí el deber moral de correspondencia o reciprocidad– al abandonar el demandante las tierras en 1987. En cualquier caso, a la vista de la actividad desplegada por los propietarios para la culminación de su proyecto urbanizador, tras el desalojo de las fincas por el accionante, no parece aventurado conjeturar que la paralización o el retraso sufrido no sería imputable a su inactividad o a una actividad obstructiva o enlentecedora del proceso que en el ámbito del artículo 83.3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos –en el caso de autos inaplicable, según ha quedado dicho– habría podido justificar la reposición del arrendatario en el disfrute de las fincas”. Pronunciamiento este último del que se desprende que la fundamentación de tales efectos se halla en la actuación conforme a la buena fe de las partes. De ahí cabe deducir que el cumplimiento del deber, si es motivado por una conducta maliciosa, no podría ser protegido por el Derecho con las consecuencias jurídicas que se reseñan respecto a los deberes morales.

A modo de conclusión, y a la vista de lo anteriormente expuesto, cabría indicar que, a pesar de las mayores posibilidades que el Fuero Nuevo concede a los deberes morales,

sociales y de conciencia respecto a su efectividad en el ámbito jurídico, la realidad es que la transcendencia concedida a los mismos no se halla muy alejada de la reconocida a esa figura en el ordenamiento jurídico general en relación con el artículo 1.901 del Código civil. Quizá el problema estribe en las dificultades que entraña, para el moderno marco obligatorio y de relación, la introducción de elementos extrajurídicos al ordenamiento con capacidad para alterarlo y perturbar así el principio predeterminado de seguridad en el tráfico. Si se tiene en cuenta esto, no extrañará que el número de supuestos resueltos por nuestros tribunales haya sido tan escaso, circunstancia que denota la existencia de un innegable temor a que por esa puerta falsa de la obligación moral se cuelen, dentro del ordenamiento, relaciones y situaciones que el mismo Derecho o bien no ha tenido en cuenta, consciente o inconscientemente, o bien las ha prohibido. En una sociedad caracterizada por la mercantilización de las relaciones, en las que la norma es escudo y arma, así como justificación de las conductas, los cumplimientos no debidos y realizados en conciencia resultan actos singularmente sospechosos.

III. Las cartas de patrocinio

En el ordenamiento jurídico español, uno de los ámbitos en el que se ha producido una mayor acogida del llamado *gentleman's agreement* es el del fenómeno, siempre de difícil encuadre, de las cartas de patrocinio (*comfort letters*, *lettres de patronage*, *lettere di patronage*, *Patronatserklärungen*, etc.). Ello puede quizá explicarse por el propio origen de este tipo de documentos, que la doctrina sitúa preferentemente en la práctica mercantil de los Estados Unidos (42), país en

(42) Esta es la opinión común entre la doctrina europea, aunque minoritariamente se ha afirmado asimismo el origen francés de las cartas de patrocinio: en España, VALENZUELA GARACH, F.: "La «seriedad» de las llamadas cartas de patrocinio", *RDM*, 1987, p. 360.

el que este aparentemente “nuevo” instrumento del tráfico nació con dicho significado y alcance aproximadamente en la década de los sesenta.

La reflexión acerca de las cartas de patrocinio como una de las posibles manifestaciones del *gentleman's agreement* tropieza inicialmente con un inconveniente grave, que es la notable falta de precisión semántica de que adolecen ambas expresiones. Por lo que respecta a las cartas, la doctrina que se ha aproximado a esta cada vez más extendida forma de relación mercantil (ya numerosa en España (43)) suele dejar constancia de que, en contra de lo que puede parecer en un primer momento, resulta prácticamente imposible formular una definición que abarque la totalidad de sus variedades, y que al mismo tiempo recoja la esencia del fenómeno (44). La incertidumbre comienza ya desde la propia denominación de la figura, para la que se han propuesto, tanto entre la doctrina internacional como en la española, distintos términos que implican cierta diversidad de matices:

(43) Sin ánimo exhaustivo, ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada «carta de confort» y su problemática jurídica”, *RDBB*, 1984, pp. 779 y ss.; DE CASTRO MARTÍN, J. L.: “Las cartas de patrocinio”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 50, s.f. (1995); DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1990, pp. 717 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, R.: “Cartas de acreditación y cartas de garantía”, *Estudios de Derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, tomo II, Madrid, 1994, pp. 1283 y ss.; LÓPEZ URIEL, S.: “Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía”, *RFDUC*, 1986-1987, pp. 325 y ss.; “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1985”, *CCJC*, 10, 1986, pp. 3313 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J.: “Garantías bancarias: las cartas de «patrocinio» y las garantías «a primera demanda»”, *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pp. 711 y ss.; “Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, *RDBB*, 1985, pp. 871 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Las declaraciones de patrocinio. Estudios sobre las denominadas “cartas de confort”*, Madrid, 1994; DE MIGUEL PERALES, C.: “El encargo de dar crédito. Naturaleza jurídica del mandato de crédito y su expresión a través de cartas de patrocinio”, *RDN*, oct.-dic. 1995, pp. 41 y ss.; CARRASCO PERERA, A.: “Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, pp. 623 y ss.

(44) Por todos, VALENZUELA GARACH, *ob. cit.*, p. 363; ILLESCAS ORTIZ, R., “Cartas de acreditación y cartas de garantía”, *cit.*, pp. 1283 y ss.

se habla así, junto a las expresiones antes apuntadas, de *cartas de garantía* (45), *cartas de confort* (46), *letters of responsibility*, *letters of awareness*, *lettres d'intention*, *lettres de soutien*, etc. Incluso se plantea la conveniencia de sustituir la referencia al término “carta” por el de “declaración”, haciendo ver con ello que el interés debe centrarse no tanto en el documento en su conjunto como en las concretas cláusulas que lo componen en cada caso (47), aunque con ello tampoco se consigue una mayor simplificación de los supuestos. En general, intentando describir el fenómeno tal y como se presenta con mayor frecuencia en la práctica, puede decirse que las cartas de patrocinio constituyen documentos en forma epistolar que una empresa matriz (en ocasiones una entidad de crédito) dirige a una entidad financiera con ocasión de una operación crediticia entre ésta y una tercera empresa, filial de la emitente, y con contenidos sumamente variados, que pueden abarcar desde declaraciones de simple conocimiento de la operación, o de información acerca de su participación en la filial, hasta la asunción expresa de ciertos deberes jurídicamente exigibles frente a la entidad receptora del documento. Sobre esta base, es común entre la doctrina distinguir entre cartas “débiles” y cartas “fuertes”, intentando con ello diferenciar entre las que parecen no provocar vinculación jurídica alguna entre el emisor y el destinatario, y aquéllas que permiten a este último reaccionar de algún modo frente al primero sobre todo en caso de frustración de la operación establecida con la empresa acreditada.

211

Es evidente que las cartas de patrocinio responden de forma satisfactoria a ciertos imperativos propios del tráfico mercantil, y de ahí su amplia difusión internacional. La doc-

(45) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Garantías bancarias...”, cit., p. 724.

(46) ARAMENDIA, ob. cit., p. 779.

(47) LÓPEZ URIEL, S., “Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía”, cit., pp. 325 y ss.

trina sitúa las causas del éxito de esta práctica en variados factores: entre otros, en los inconvenientes que para las empresas puede conllevar la asunción de garantías típicas, ya sea por sus consecuencias fiscales y contables, o por la necesidad de recabar determinados permisos y autorizaciones; o, en el caso específico de entidades de crédito, en la existencia de ciertos controles y condicionantes legales que limitan la capacidad de conceder crédito a sus propias filiales; o incluso en el hecho de que las cartas de patrocinio permiten hacer valer frente al destinatario el prestigio y el crédito de una determinada empresa o grupo, lo que facilita la consecución de la finalidad perseguida (acreditación de la filial) sin las exigencias que la entidad bancaria impondría en otro caso (p. ej., exigencia de garantías típicas), o con mejores condiciones en cuanto a intereses, plazos, etc. (48).

212

Sea cual sea la utilidad concreta que el recurso a las cartas proporcione en cada supuesto, lo que parece claro es que, en el fondo, todas las razones alegadas pueden reconducirse a una: la ventaja sustancial que parecen presentar estos documentos es la indeterminación de sus consecuencias en el plano jurídico, lo que va estrechamente unido, como es obvio, a la ambigüedad del lenguaje utilizado. Ciertamente, la situación es ventajosa sobre todo para el emisor de la carta. La entidad de crédito receptora de la misma la acepta porque, en algunos casos, no tiene poder para exigir mayores garantías: piénsese que no será infrecuente que la empresa patrocinadora se encuentre en una situación de igualdad o incluso superioridad frente al acreditante, el cual no quiere perder, por ejemplo, el volumen de operaciones que genera esa empresa matriz, o ese grupo de sociedades (49). Como apunta CARRASCO, ambas partes tienen “la consciencia de nadar en río revuelto”, y, con ella, la esperanza de que en caso de conflicto la situación de indefinición se resuelva

(48) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico...”, cit., p. 875.

(49) Por todos, entre la doctrina española, VALENZUELA, *ob. cit.*, pp. 370 y ss.

en su favor (50). Pero el hecho de que la práctica de los negocios responda generalmente a estas motivaciones no es suficiente para concluir que estas cartas no tienen otra relevancia que la de poner en juego el prestigio de la firmante: sólo hace patente la necesidad de avanzar en el conocimiento de este tipo de hechos, y, en su caso, la conveniencia de regularlos adecuadamente.

La reflexión sobre las consecuencias jurídicas que implica la emisión de una carta de patrocinio se encuentra estrechamente relacionada con el concepto previo que se tenga sobre la esencia de este fenómeno. Es así necesario averiguar si existe un criterio que nos permita distinguir cuándo una carta dirigida en las circunstancias antes descritas puede realmente ser calificada como carta de patrocinio y cuándo no; o si, en realidad, se utiliza esa expresión no tanto para distinguir una clase peculiar de relaciones como para referirse simplemente a una forma externa de expresión de ciertos contactos, de manera que dentro de la práctica mercantil así denominada pudieran coexistir en realidad supuestos diferentes. Desde luego, la búsqueda debe remontarse además a una cuestión de alcance general, esto es, la delimitación de la frontera entre las relaciones jurídicas y las que quedan al margen del Derecho; y, sobre todo, la intervención que pueda reconocerse a ese respecto a la voluntad privada.

La distinción ya aludida entre cartas “débiles” y “fuertes”, que la doctrina española acepta con carácter general, indica que la corriente mayoritaria se pronuncia en el sentido de que el fenómeno del patrocinio no es reconducible a un esquema único, sino que existen unas cartas en las que se asumen deberes jurídicamente vinculantes (deber de mantener la participación, de reembolsar las cantidades no satisfechas por la acreditada, de proveer a ésta de los medios necesarios para cumplir sus compromisos, de informar de determinados cambios, etc.) y otras que no otorgan a la enti-

(50) CARRASCO, *ob. cit.*, p. 637.

dad acreditante ninguna posibilidad de reacción frente a la emisora de la carta; puesto que en ella se contienen declaraciones de carácter informativo acerca del conocimiento que la emitente tiene de la relación crediticia en cuestión, de su participación en la empresa acreditada, de las buenas relaciones que mantiene con ella, de la política empresarial que se viene desarrollando hasta el momento, etc. Este segundo tipo quedaría así inserto en la categoría de relaciones que permanecen en el ámbito de lo extrajurídico, en las que, aparte del propio contenido de la información suministrada en ellas, adquiere especial significación el crédito y el prestigio que merece para el receptor la entidad remitente de la carta, y que indudablemente puede verse lesionado si la empresa acreditada no responde a los compromisos que motivan la emisión del documento (51).

Por su parte, las cartas de patrocinio “fuertes”, aquéllas que, a juicio de la doctrina, generan algún tipo de deber jurídico para la empresa patrocinadora, se reconducen, con más o menos éxito, y en función del concreto contenido de sus cláusulas, a diversas instituciones jurídicas, entre ellas la fianza, la promesa de hecho ajeno, el contrato atípico de garantía, las obligaciones de medios y resultados, etc.

Últimamente, sin embargo, algunos autores (52) se inclinan por el acercamiento del concepto de carta de patrocinio a una figura contractual prácticamente olvidada por la doctrina española, debido sin duda a su falta de regulación en nuestro Código civil: se trata del contrato de mandato de crédito, que sí recogen los códigos civiles de otros países europeos (Italia, Alemania, Suiza, Portugal), y que dentro del ordenamiento español únicamente ha sido contemplado

(51) Sobre si esa pérdida del buen nombre de la empresa conserva hoy día suficiente relevancia, o si prevalece sobre todo el aspecto patrimonial, la doctrina no se muestra unánime. En favor de esto último, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Garantías bancarias...”, cit., p. 728; DE CASTRO MARTÍN, *ob. cit.*, p. 137.

(52) DE CASTRO MARTÍN (*ob. cit.*); DE MIGUEL (*ob. cit.*); ARCOS VIEIRA, M. L., *El mandato de crédito*, Pamplona, 1996; con dudas, CARRASCO (*ob. cit.*).

expresamente en el Derecho civil navarro (53). La posibilidad de relacionar con este contrato el fenómeno del patrocinio ha sido también estudiada, sobre todo, por la doctrina italiana, con conclusiones diversas. Las discrepancias a este respecto tienen generalmente como base el distinto concepto que se tenga en relación con el contrato de mandato en general, y con el mandato de crédito en particular, mayoritariamente considerado en los ordenamientos continentales (con la interesante excepción del suizo) como figura próxima a la fianza. Quiere decirse con esto que en la medida en que la doctrina comparte esta opinión, suele rechazar la configuración de las cartas de patrocinio como mandatos de crédito, mientras que dicha asimilación se admite más fácilmente por quienes aproximan esta figura contractual al mandato, máxime si se considera, como en algún caso, que el primero, más que una figura próxima, no es sino una modalidad del segundo (54). Esta adscripción del mandato de crédito a una de esas dos instituciones (fianza o mandato) depende a su vez del ámbito de aplicación que se haya dado a este último contrato, aspecto que ofrece diferencias si se comparan tanto los principales ordenamientos continentales europeos como, dentro del español, el Código civil y la Compilación del Derecho civil navarro. Así, la configuración del mandato como relación contractual restringida a las gestiones de carácter representativo obliga a aproximar el mandato de crédito, carente de representación, a la órbita de las figuras de garantía. Inversamente, si se desvincula el contrato de mandato del mecanismo de la representación, su ámbito de aplica-

(53) Ley 526: *Quien manda a otro que preste una cantidad o conceda un crédito a un tercero se hace fiador de la deuda contraída por éste. El mandatario podrá liberarse del mandato si las condiciones patrimoniales del mandante o del tercero se hubieran hecho tales que resulte más difícil la satisfacción de la deuda.*

(54) A esta conclusión parece llegarse en relación con el único precepto que en España regula el mandato de crédito: ARCOS, *ob. cit.* Lo mismo se afirma para el Código civil, a pesar de no existir norma específica al respecto: en este sentido, DE MIGUEL y DE CASTRO MARTÍN.

ción se amplía permitiendo incluir en él la concreta relación contemplada por el mandato de crédito.

Desde este punto de vista, siempre que en un documento de los denominados "cartas de patrocinio" pueda apreciarse que el emisor pretende con su iniciativa determinar la voluntad del destinatario hacia el otorgamiento del crédito al tercero (lo que no necesita ser expresamente formulado), se estaría ante una verdadera oferta de mandato de crédito, que el mandatario habitualmente aceptará de forma implícita, por el simple hecho de realizar las oportunas gestiones de cara al efectivo establecimiento de esa relación crediticia. De esta forma se refuerza claramente la posición del receptor de la carta, que como mandatario podrá reclamar al patrocinador la indemnización de los daños sufridos por la realización diligente de la gestión, pero indudablemente también condiciona la posición del propio acreditante, para el que nace, no tanto la obligación de *dar* crédito, como la de gestionar correctamente ese interés del mandante (con independencia, por tanto, de la consecución del resultado).

216

¿Es posible dar respuesta a través del mandato de crédito al fenómeno global que representan las cartas de patrocinio? Entre la doctrina española reciente, DE CASTRO MARTÍN llega a la conclusión de que, efectivamente, la esencia del patrocinio, reconocible en aquellas cartas que parecen no generar vinculación jurídica alguna, coincide con el esquema negocial del mencionado contrato. Ambas conclusiones (que las cartas de patrocinio responden a una misma esencia, y que ésta encuentra su cauce negocial a través del mandato de crédito) las obtiene el autor tomando en consideración el elemento de la causa, entendido como función económico-social protegida por el ordenamiento.

Ciertamente, desde este punto de vista, puede admitirse que dicha función consiste en la cooperación para la promoción del crédito: un sujeto interesado en que un tercero obtenga crédito comunica su interés a un posible acreditante esperando que éste, a consecuencia de su iniciativa, acepte

asumir esa gestión. La ambigüedad con que las empresas hacen llegar tal mensaje a la entidad de crédito no altera el hecho de que ése es su interés, y ésa también la razón que explica la emisión de la carta; y así, de hecho, suelen percibirlo los destinatarios. Se establece por tanto entre estos dos sujetos un tipo de relación que obedece a la misma función económico-social que un determinado esquema negocial, a través del cual el ordenamiento jurídico otorga su reconocimiento y protección a aquélla. Sin embargo, puede añadirse que todo lo anterior supone delimitar el verdadero significado de la actividad de "patrocinio" que se ejerce (de forma habitual, pero no exclusivamente) a través de las "cartas". Puede por tanto convenirse en que aquélla actividad encuentra su cauce jurídico en la figura del mandato de crédito. Pero es difícil desconocer que, de hecho, lo que la práctica conoce como "cartas de patrocinio" incluye documentos de diverso alcance, en los que ocasionalmente pueden apreciarse los elementos propios de otras figuras negociales como, por ejemplo, la fianza. Si en uno de estos documentos se manifiesta (lo que puede exigir una labor previa de interpretación) no ya una invitación a la concesión de crédito, sino la oferta de responder por el acreditado en caso de incumplimiento de éste, la relación jurídica que en su caso se establezca entre el emisor y el acreditante posiblemente pueda calificarse como fianza y no como mandato de crédito (menos aún, como *gentleman's agreement*): así, quizás, y por citar un ejemplo, cuando la empresa dice renunciar "a los beneficios de división, orden y excusión", lo que sólo parece tener sentido en el contexto de una relación jurídica de fianza.

En esta misma línea, es teóricamente razonable admitir que, en otros casos, las cartas de patrocinio no contengan más que una cierta información que un sujeto suministra a otro acerca de un tercero, de forma que el destinatario de la información dispone de más elementos de juicio acerca de la persona con quien se plantea contratar. Este tipo de acti-

tudes, próximas pero distintas del consejo, se conocen históricamente con el nombre de “recomendaciones”, y carecen en la mayoría de los ordenamientos (así, en el español (55)) de una expresa regulación de sus consecuencias. La cercanía de las cartas de patrocinio a la recomendación ha sido defendida, entre la doctrina española, por VALENZUELA, quien mantiene que en ambos casos “lo esencial lo constituye la expresión del propio nombre prestigioso del que actúa como garante a favor del recomendado: expresión sobre la que sin duda se fundará el derecho del destinatario de la recomendación o de la carta de patrocinio al resarcimiento de los daños por él sufridos por causa de la falsedad o inexactitud de los datos declarados o por el incumplimiento de las declaraciones” (56). Si éste es efectivamente el sentido de la carta, debe admitirse que la relación a que da lugar queda al margen del Derecho: una recomendación no vincula a quien la hace sino con el alcance general de la eventual responsabilidad extracontractual por daños imputables a su conducta. Sin embargo, no puede tampoco decirse que ello sea reconducible al llamado *gentleman's agreement*: es claro que no existe pacto, acuerdo, promesa o compromiso alguno entre quien da y quien recibe la información (puede ser distinto en la relación recomendante-recomendado), y cuyo cumplimiento se confíe a la honradez de las partes.

Podrá mantenerse, eso sí, que cuando las cartas de patrocinio representan una fianza, o una simple recomendación (u otras posibilidades que no es necesario mencionar exhaustivamente), no son entonces propiamente “cartas de patrocinio”, sino, valga la expresión, “cartas de fianza”, o “cartas de recomendación”. Pero, como ya se expuso anteriormente, no puede desconocerse que, previsiblemente, en la práctica

(55) Únicamente el Código de comercio menciona en su artículo 568 que las cartas-órdenes de crédito que no contengan los requisitos necesarios serán consideradas como “simples cartas de recomendación”.

(56) VALENZUELA GARACH, *ob. cit.*, pp. 347 y ss., en especial p. 423.

seguirán denominándose con una única fórmula al conjunto de todos esos documentos, y que por tanto, dada esta situación, no puede *a priori* determinarse cuál sea su trascendencia para los interesados.

¿Cabría, con independencia de lo anterior, reconocer a las partes el poder de sustraerse a la acción del ordenamiento, excluyendo voluntariamente del mismo la relación entre el patrocinador y el acreditante? En principio, debe admitirse que el Derecho no ha considerado como jurídicamente indiferentes las relaciones de claro contenido económico, máxime en el contexto de la actividad mercantil. Cuando menos, opina amplia parte de la doctrina, debe reconocerse una cierta presunción de juridicidad, contra la que debería demostrarse la voluntad contraria de los interesados (seguramente, de ambos) en cada caso. Se contradice así una postura minoritaria que llegó a propugnar que lo que debía demostrarse era, contrariamente, la intención de establecer una relación jurídicamente trascendente. DE CASTRO Y BRAVO explica que “la existencia de una voluntad dirigida expresamente a que lo hecho y dicho tenga eficacia jurídica, en general o en concreto, se estima superflua. No porque se prescinda de la voluntad sino en atención al significado normal de las conductas o a la responsabilidad que de ellas resulta. Cuando se entrega una cosa por un precio aplazado, aunque ello se haga sin pensar en otra garantía que en la conocida honorabilidad personal de la otra parte, estará allí, como telón de fondo, y operando en el mismo subconsciente, el saber que hay leyes, tribunales y policía, cuyo amparo puede pedirse. Pero esto no puede transformarse, sin abusar de las palabras, en la necesidad de una voluntad dirigida a un determinado fin jurídico” (57). Sin embargo, avanzando un poco más en esta línea, hay que distinguir entre la presunción de juridicidad de ciertas conductas y la posibilidad de que las

(57) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, ed. facs. de la ed. de 1971, Madrid, 1985, p. 30.

partes pudieran combatir esa presunción con la simple voluntad en sentido contrario. Es ésta una cuestión escasamente planteada por la doctrina española, sobre todo en el ámbito concreto de las cartas de patrocinio (58), aunque, en cualquier caso, la voluntaria exclusión de los efectos jurídicos de una actividad de este carácter es cuestión que debe ser resuelta con base en consideraciones de más amplio alcance. Efectivamente, será necesario determinar con antelación si la relevancia que el ordenamiento jurídico concede a la voluntad de los interesados alcanza incluso a la decisión primera de que determinadas relaciones queden relegadas al ámbito de la moral o del honor. Ello enlaza, como es conocido en los ordenamientos continentales europeos, con la teoría del negocio jurídico, y con el mayor o menor valor que se otorgue ya al aspecto subjetivo del respeto a la voluntad de los sujetos, ya al aspecto objetivo de su conducta, a la protección de la confianza que con ella se genera en los demás y a la seguridad del tráfico.

Desde esta posición objetivista (de la que es partidario DE CASTRO MARTÍN, entre la doctrina más reciente sobre las cartas de patrocinio), se concluye que las partes pueden conformar, y ello con ciertos límites, el contenido de sus relaciones, de manera que a través de éstas se satisfagan realmente los intereses respectivos; pero no pueden determinar a su criterio cuándo una determinada relación o contacto social es o no jurídicamente trascendente, decisión que queda reservada al propio ordenamiento jurídico, el cual, ciertamente, tomará en cuenta lo querido por las partes, pero dará a esa voluntad o intención privada un alcance relativo, atendiendo asimismo a ciertos criterios objetivos: como recuerda DE CASTRO Y BRAVO, “son las normas las que señalan *qué hechos* serán considerados jurídicos y cuáles, entre

(58) DE CASTRO Y BRAVO, F., *ob. cit.*, p. 36; ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, p. 9. Desde la perspectiva concreta de las cartas de patrocinio, por el contrario, este aspecto ha sido estudiado en profundidad recientemente, en la interesante aportación de DE CASTRO MARTÍN.

éstos, serán delitos, faltas, actos constitutivos o modificativos de relaciones jurídicas, y qué otros podrán ser negocios jurídicos. Tan sólo después de que la regla jurídica (teniendo para ello en cuenta todos los datos de la realidad social, incluidas las circunstancias de la voluntariedad) haya calificado lo hecho (de negocio, delito, ejercicio de una facultad o derecho) será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que, en su caso, digan los usos; y así, cómo y de qué manera dependerá de la voluntad la eficacia jurídica de lo realizado o propuesto" (59). La intención del emitente de la carta de evitar quedar jurídicamente vinculado frente al receptor es en principio irrelevante, si, a pesar de ello, la conducta de ambas partes globalmente considerada y el propósito comercial coinciden con los previstos por el ordenamiento como configuradores de una relación jurídica. En este sentido, una expresa exclusión de juridicidad puede tenerse en cuenta, no ya en sentido propio, sino como un elemento más que sirve para identificar el verdadero alcance de esa "conducta expresiva" o "conducta comercial" (en expresiones de DE CASTRO Y BRAVO (60)) a la que se denomina tradicionalmente "declaración de voluntad", interpretándola en unos casos, privándola de sentido en otros (61). Señala ese autor que "para poder hablar de una declaración de voluntad será necesario que, por medio de los datos aportados, se llegue a la convicción moral de que lo que se quiso ha logrado la exteriorización necesaria para que se le diera el *significado social* de proponerse un resultado de los que el Derecho ampara, como propios del negocio jurídico" (62). En otro caso, no podrá hablarse por tanto de declaración ni de relación comercial.

(59) DE CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 26.

(60) DE CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 66.

(61) CARRASCO, *ob. cit.*, p. 679.

(62) DE CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 63.

Cuestión diferente es el valor que pueda atribuirse a la cláusula por la que las partes en un negocio se comprometen a no ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos jurisdiccionales en caso de conflicto: el intento de excluir la vinculatoriedad de un negocio por esta vía es infructuoso, y la posterior reclamación será atendida. Así ocurrió en el caso resuelto por la STS de 26 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9140), relativa a un contrato de obra: “ha de partirse de una cláusula contractual que impide a uno de los contratantes formular “jamás” alguna reclamación contra el otro contratante en la esfera a que se refiere, dado lo “singular de esta contratación”. En primer lugar esta cláusula es contraria a la buena fe, al uso y a la ley, que manda seguir el artículo 1.258 del Código civil aparte de lo estrictamente pactado, y este precepto legal se superpone al invocado en el recurso, en cuanto se ha declarado (SS de 3 de noviembre de 1902 y 23 de marzo de 1929) que el artículo 1.091 está subordinado a las demás disposiciones legales sobre la materia y al 1.255, que asimismo prohíbe los acuerdos contra la ley o la moral. Pero sobre todo la estipulación discutida contraviene, dados sus términos imperativos (no podrá “jamás” reclamar), lo que dispone la redacción literal y el espíritu del artículo 24.1 de la Constitución, al impedir claramente que el ahora reconviente y recurrido obtenga la tutela efectiva de los jueces y tribunales en un sector del ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; indefensión que se produciría de dar efectividad a la expresada cláusula contractual” (63).

Por otra parte, la calificación de la relación negocial establecida es asimismo cuestión excluida de la voluntad de los particulares, que los tribunales, en caso de conflicto, resuelven con independencia de la que le hayan otorgado las partes, como viene afirmando el Tribunal Supremo en reite-

(63) V. también STS de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986/ 1168).

rada jurisprudencia (64), atendiendo en esa labor de calificación al contenido real del negocio, a su finalidad, “sin sujetarse a derivaciones ideológicas subjetivas y casi siempre parciales” (STS de 25 de febrero de 1994 –RJ 1994/1196–), de manera que “es forzosa una cierta objetivación de su contenido a tenor de la interpretación del contexto global y sistemático que el contrato depara en su constatación documental” (STS de 26 de enero de 1994 –RLJ 1994/445–).

Las cartas de patrocinio tienen en España una escasa repercusión judicial, que no se corresponde con su utilización en la práctica, y que probablemente se explica no tanto por la ausencia de conflictos como por la razonable inseguridad del acreditante acerca de la prosperabilidad de una reclamación sustentada en aquéllas. De hecho, cuando el Tribunal Supremo se ha pronunciado con cierto detenimiento sobre este fenómeno parece inclinarse por la exclusión de efectos vinculantes de estos documentos. El caso resuelto por la sentencia de 16 de diciembre de 1985 (65) responde a los siguientes hechos:

La compañía suiza S.C.H., dedicada a actividades turísticas, contrata los vuelos *charter* habitualmente con la española de aviación A.S.S.A. Ciertos rumores acerca de problemas económicos de esta empresa explican que S.C.H. pida y consiga de una entidad bancaria una carta en la que se afirma que esta entidad “controla directa o indirectamente la absoluta mayoría de las acciones”, “sostiene sus necesidades económicas, incluyendo la adquisición de dos aviones”, “cree firmemente en el futuro de A.S.”, “ha aprobado un aumento del capital social de ésta en 300 millones de pesetas”, y que no está prevista “la interrupción de las actividades en

(64) Concretamente, es competencia de los Tribunales de Instancia, por ser cuestión de hecho. Últimamente, SSTs de 21-5-97 (RJ 1997/3871); 24-3-97 (RJ 1997/236); 24-12-1996 (RJ 1996/9375); 27-12-1996 (RJ 1996/9051); 29-12-1995 (RJ 1995/9815); 7-11-1995 (RJ 1995/8357); 13-11-1995 (RJ 1995/8122).

(65) RJ 1985/6442. Puede verse también la STS de 13-12-1993 (RJ 1993/9609), que cita a la anterior.

un futuro próximo". A.S.S.A. entra poco después en suspensión de pagos, incumpliendo algunos compromisos con S.C.H., por lo que ésta reclama frente a la deudora y a la entidad bancaria. Ambas fueron condenadas en Primera Instancia: el banco, concretamente, a pagar lo que no fuera pagado por A.S.S.A. Apelada la sentencia, es revocada por la Audiencia Territorial de Madrid en lo que se refiere a la entidad bancaria apelante, al considerar que la carta sólo exponía "pareceres, opiniones o informes sobre la solvencia de la compañía A.S. y proyectos de futuro sobre la situación financiera y actividades de ésta, carta de declaraciones sin intención obligacional alguna", que, ni condicionaron la conclusión de los contratos, ni eran disconformes con la realidad de los hechos. Recurrida la sentencia en casación por S.C.H., el Tribunal Supremo la confirma.

224

Entiende el Alto Tribunal que el fenómeno de las cartas de patrocinio ("cartas de confort", en su expresión) "responde en el campo de la financiación al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza", pero tal compromiso con trascendencia jurídica, "que encuentra su explicación en los vínculos económicos y normativos existentes entre una sociedad cabeza de grupo y sus afiliadas, según hace notar la doctrina que se ocupa de tal figura, no pasará de ofrecer repercusiones en un orden estrictamente moral cuando se trata de expresiones declarativas, sin otro alcance, y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer, pero sin asumir obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial ni contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero", en cuyo caso el Tribunal, no entiende que exista "carta de confort", expresión que reserva para aquéllas que implican una promesa de garantía. El rechazo del recurso se fundamenta, entre otras, en las siguientes razones:

a) "No aparece acreditado debidamente que exista entre

el Banco N. y A.S. la situación propia de sociedad matriz y sociedad filial, que es el ámbito específico de desarrollo de las “cartas de confort”, sino que lo único que aparece de las actuaciones es que la primera tiene la posición de accionista mayoritaria de la segunda”.

b) Que de la labor hermenéutica realizada se deduce que en la carta “... se prescinde de toda referencia a un posible apoyo financiero de la recurrida a A.S. en sus operaciones con S.C.H., ni se asumen compromisos de resarcimiento para el caso de que la primera incumpla lo convenido”;

c) “La declaración constitutiva de la fianza ha de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas..., requisito de claridad del que manifiestamente carece la carta de que se trata”,

d) “Las expresiones vertidas en la carta de 1 de octubre de 1974 no fueron determinantes, dada su fecha, de los contratos de transporte aéreo”, puesto que los que originaron la deuda incumplida eran anteriores a aquélla;

e) “Las «cartas de patrocinio» («letter di patronage»), con la traslación de responsabilidad que significa —sólo admisible en casos excepcionales— tienen su actuación propia en la esfera de los créditos bancarios solicitados por la sociedad filial, con promesa de garantía asumida por la sociedad cabeza de grupo, pero su intervención no parece apropiada cuando se trata de la futura ejecución de un contrato de transporte turístico simplemente proyectado y no de avalar el pago de un crédito ya nacido en el desarrollo de tal negocio en favor de la empresa que proporcionó los viajeros”.

A nuestro juicio, no pueden compartirse la mayoría de estas afirmaciones. Así, llama la atención que el Tribunal Supremo adopte como punto de partida la asimilación de las cartas de patrocinio al campo de las figuras próximas a la fianza, y por tanto su vinculatoriedad; pero, partiendo de esta idea, debe admitirse que la carta no tiene por qué ser causa determinante de la contratación efectuada, dado que en absoluto es ésa la función de los mecanismos jurídicos

de garantía en general. Con esta alusión el Tribunal Supremo está reconociendo implícitamente el valor de mecanismo de promoción del crédito que subyace a la práctica de las cartas de patrocinio, pero ello hace derivar tal fenómeno hacia el mandato de crédito, y no a la fianza, que tiene diferente causa. Parece asimismo dudoso que, una vez asimilada la figura a la fianza, no se admita la posibilidad de garantizar una deuda futura, ya en proyecto. Por último, tampoco es precisa la afirmación de que la simple transmisión de informaciones relega la situación al campo de la moral. Posiblemente, cuando se hace esa afirmación se está pensando más bien en que la remisión de un escrito en esos términos es conducta jurídicamente indiferente, sometida, eso sí, como cualquier otra a los requisitos generales cuyo incumplimiento provoca el nacimiento de la obligación de indemnizar el daño causado.

226

Recapitulando lo dicho hasta aquí en relación con las cartas de patrocinio, creemos que no es acertado reconducir este fenómeno de forma global al *gentleman's agreement* en el ordenamiento español. Si de la carta, y de la conducta global de la empresa emisora, no puede deducirse sino la voluntad de transmitir ciertos datos o informaciones acerca de la solicitante del crédito, o del grupo, semejante iniciativa puede calificarse como "recomendación". Ciertamente, la recomendación escrita es una conducta jurídicamente indiferente, como lo puede ser el hecho de mantener una conversación en la que se aporta la misma información. Pero ello no permite asimilarla al *gentleman's agreement*: no sólo no hay deber jurídicamente exigible (salvo el genérico de no dañar a otro), sino que tampoco lo hay moral o de honor. Cuando la carta de patrocinio (la conducta global de la emitente) constituya, al margen de la información que contenga, una iniciativa que busca determinar la voluntad del receptor hacia la concesión o prórroga de crédito a la filial, la aceptación de la entidad de crédito que lleva a cabo tal gestión puede

considerarse como perfección del contrato de mandato de crédito (66). Por último, si el documento encierra una propuesta de cualesquiera otras figuras negociales (p. ej., fianza), se estará a la calificación que en cada caso proceda.

Podrá decirse, a nuestro juicio, con fundamento, que algunos de los casos ahora descritos no constituyen auténticas cartas de "patrocinio", pero el esquema formal de estos documentos y el contexto en que se emiten, ejercen una notable influencia sobre su denominación, que será difícil contrarrestar.

También podrá argumentarse que en la medida en que el fenómeno del patrocinio se reconduzca a alguno de los esquemas negociales conocidos perderá interés la utilización de las cartas y se idearán nuevas fórmulas que las sustituyan (67). Es posible. Pero quienes así piensan están, conscientemente o no, colocándose en el lugar de las empresas patrocinadoras, y esto ya es de por sí indicativo. Frente a ello, y con igual valor, se puede mantener, analizando la situación desde la perspectiva de la entidad de crédito, que dicha desaparición se producirá asimismo si las destinatarias de las cartas llegan al convencimiento de la absoluta intrascendencia de estos documentos (68).

227

IV. Otros fenómenos

De todo lo expuesto hasta este momento puede concluirse que el ordenamiento español dispone de mecanismos idóneos para dar respuesta a buena parte de las situaciones o

(66) Al menos, tal y como esta figura contractual aparece configurada en la Compilación de Derecho navarro, único cuerpo legal que tipifica dicho contrato en el ámbito del ordenamiento jurídico español, aunque no faltan opiniones doctrinales recientes que comparten este mismo criterio desde la perspectiva de nuestro Código civil (señaladamente, DE CASTRO MARTÍN).

(67) V. DUQUE, *ob. cit.*, p. 773.

(68) Conforme, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Valor jurídico...", *cit.*, p. 895.

compromisos a que el *gentleman's agreement* parece hacer referencia. Este concepto, sin embargo, puede resultar válido para aludir a otro tipo de fenómeno, asimismo complejo y con un innegable interés para el jurista, que se viene produciendo con creciente intensidad en los últimos tiempos, esto es, la elaboración de lo que puede denominarse como “códigos de conducta” o normas deontológicas relativas a distintos tipos de actividades o sectores. Su trascendencia es variable, pero parecen tener en común el carácter de autorregulación otorgada y admitida por los propios interesados en ella. Parte de este tipo de compromisos pueden ser descritos sin duda como meros *gentleman's agreement*, en la medida en que son sólo el honor de los intervinientes, o las presiones ejercidas sobre los afectados, los que respaldan su cumplimiento, con la consiguiente pérdida de prestigio y credibilidad (lo que frecuentemente también se traduce en pérdidas patrimoniales) en caso contrario. Podría admitirse como ejemplo de ello el supuesto de los medios de comunicación de un determinado país que asumen el compromiso, posiblemente temporal, de no informar sobre determinados hechos (por considerar, por ejemplo, que con ello se hace publicidad del terrorismo), o sobre determinadas personas (p. ej., los herederos al trono), o para rechazar informaciones o fotografías de fuentes de dudoso origen. En casos como éstos el compromiso no es jurídicamente exigible, puesto que en general se trata simplemente de marcar unas pautas o recomendaciones de comportamiento dentro de lo legalmente admitido, reconociéndose así que, aun dentro de lo que la ley no prohíbe, no todas las conductas son igualmente convenientes. De alguna forma, se favorece con ello un proceso de moralización de las relaciones sociales, aunque, con independencia de esto, las causas que explican tal fenómeno pueden ser otras: quizá, entre ellas, la de evitar mediante esta iniciativa de autorregulación la promulgación de una normativa legal previsiblemente más estricta en la materia; o la de establecer unos criterios especiales para ordenar el ejercicio

de ciertas actividades en función de las necesidades que éstas plantean y que no pueden ser reconocidas en una norma estatal de alcance más general.

Este tipo de recomendaciones o directrices, que en principio queda al margen del Derecho, puede, sin embargo, alcanzar relevancia jurídica en ciertos casos. Así, en los de las normas deontológicas para el ejercicio de profesiones liberales (médicos, abogados, arquitectos, procuradores, etc.), que contemplan deberes genéricos con los que se pretende salvaguardar la lealtad y la honradez en la conducta de los profesionales, y la honorabilidad y al prestigio de la profesión en general. El incumplimiento de estos deberes es sancionado por los Colegios respectivos, cuya competencia en este sentido no es discutida por los tribunales, en la medida en que responde a la delegación que al efecto se ha realizado en favor de aquéllos por la normativa estatal que los regula, tal y como se reconoce últimamente en la Sentencia de 13 de enero de 1997 (AC 1997/57): “los Colegios Profesionales, constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio. Todo ello supone un conjunto normativo estatutario, elaborado por los miembros del Colegio y sancionado por el poder público”. Es indiferente que las normas deontológicas no contemplen infracciones específicas, ni se encuentren publicadas en boletín oficial alguno, puesto que nada de ello alcanza a vulnerar los principios constitucionales que gobiernan la materia. A este respecto, recuerda el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 3.^a, de 27 de diciembre de 1993, entre otras) que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de fecha 21 de diciembre de 1989, mantiene que “las normas deontológicas de la profesión, aprobadas por los Colegios Profesionales, no constituyen simples tratados de de-

beres morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues, al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de dichos Colegios, de manera que las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios Profesionales. Recogiendo tal doctrina, esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, en su reciente S 16 de diciembre de 1993, ha estimado que la tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas y de las reglas éticas, que gobiernan la actuación profesional de los Abogados, constituye una predeterminación normativa con certeza más que suficiente para definir la conducta como sancionable". La citada sentencia del Tribunal Constitucional añade además que "carece de relieve la circunstancia de que las Normas Deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las Normas Deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados".

Para finalizar, debe recordarse que, en el ámbito empresarial, ciertas recomendaciones o avisos no vinculantes pueden asimismo ser sancionados, a pesar de ese carácter meramente orientativo, como prácticas contrarias a la legislación en materia de defensa de la competencia: así ha ocurrido, por ejemplo, con la recomendación colectiva de precios (resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de

diciembre de 1996); “el acuerdo no vinculante, o recomendación, de que a partir del 1 de abril de 1991 se aplicarán los precios de venta al público del pan común que fijaba la Asociación, precios iguales para todos los expendedores y más elevados que los existentes” (resolución de 25 de septiembre de 1995); el acuerdo orientativo sobre tarifas a aplicar por las empresas productoras de películas (resolución de 16 de noviembre de 1994); la “recomendación colectiva con el objeto y pudiendo producir el efecto de fijar los precios/hora de la mano de obra aplicados por los talleres de los concesionarios de marca de automóviles en España”, así como aquélla realizada “con el objeto y pudiendo producir el efecto de fijar en España los precios de adquisición de vehículos usados por los concesionarios de marca de automóviles” (Sentencia de 25 de mayo de 1993; en el mismo sentido, resolución de 29 de junio de 1995); “la fijación y publicación concertadas de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles aplicables como máximos a la clientela respecto a servicios bancarios”, sin que para que se aprecie concertación “sea necesaria la existencia de acuerdos firmados, con fuerza vinculante para las partes y con una organización responsable de ejercer el control de su cumplimiento” (Sentencia de 30 de abril de 1993); o la recomendación a las entidades aseguradoras de una determinada localidad de la aplicación de unos mismos criterios para el cálculo de las primas (Sentencia de 25 de mayo de 93).

**EJECUCIÓN TESTAMENTARIA:
LA PRESCINDIBILIDAD DEL
CONTADOR-PARTIDOR POR PARTE
DE LOS HEREDEROS.
NUEVO ENFOQUE Y PERSPECTIVAS**

233

JOSÉ-LUIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ
CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE

Notarios

Uno de los autores dedica el presente trabajo al catedrático de Derecho Civil que fue de la Universidad de Oviedo y hoy lo es de la de Valencia, Don Vicente Luis Montés Penadés; el otro autor se lo dedica a sus hijos César, Luis, Enrique y Cristina.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REFERENCIA HISTÓRICA. A) Consideraciones generales. **B)** Derecho romano. **C)** Derecho medieval. **D)** Antiguo Derecho español. **E)** Recapitulación. **III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS: IDEA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL. IV. ¿PUE-**
DEN LOS HEREDEROS, PUESTOS DE COMÚN ACUERDO (NÉMINE DIS-
CREPANTE), HACER LA PARTICIÓN PRESCINDIENDO DE LA INTER-
VENCIÓN DEL CONTADOR-PARTIDOR? A) La doctrina. **B)** La
 jurisprudencia. **V. LOS HEREDEROS SON LOS CONTINUADORES DE**
 LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CAUSANTE Y EJECUTORES NATOS
 DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR. **A)** La coexistencia de facul-
 tades compartidas con los ejecutores testamentarios: formula-
 ción de la teoría. **B)** Sistema latino *versus* sistema inglés.
C) Apoyo en nuestro Derecho positivo de los principios an-
 teriormente enunciados. **VI. CRÍTICA-COMENTARIO DE LOS AR-**
GUMENTOS NEGATIVOS. ESTUDIO DE LOS ARGUMENTOS FAVORABLES
 QUE CONFIRMAN NUESTRA POSTURA: *argumentos negativos*. **A)**
 La interpretación literalista es insuficiente y errónea. **B)**
 Pero, ¿se puede imponer a los herederos, como obligatorio
 y necesario, bien la partición de la herencia, bien permane-
 cer en la indivisión de la misma? **C)** El nombramiento de
 contador-partidor no debe llevarnos a criterios adivinatorios
 sobre lo que el testador pretendió al nombrarlo. *Argumentos*
favorables. Cuestión preliminar: albacea y contador-partidor
 son dos cargos distintos con funciones distintas. **1. La po-**
sible renuncia de los herederos y demás interesados al cargo
de ejecutor testamentario. 2. Las normas de la partición son
dispositivas, y, por tanto, disponibles y renunciables por parte
de los herederos. a) Doctrina. b) Jurisprudencia. 3. La
asimilación de los cargos de ejecución testamentaria al man-
dato: sus consecuencias. 4. Los herederos pueden prorrogar
el plazo del contador-partidor y aun dejar sin efecto su cargo,
pero esto último no lo pueden hacer respecto del albacea. 5.
El cumplimiento por parte de los herederos de la voluntad
del testador extingue el cargo de contador-partidor. 6. ¿Se
puede tolerar que el contador-partidor cumpla mal pudiendo
los herederos ejecutar bien? 7. La posibilidad de venta del

derecho hereditario en abstracto. 8. ¿Por qué no se les habrá de permitir a los herederos hacer por vía directa lo que sí podrían realizar por vía indirecta? VII. EXCEPCIONES A LO EXPUESTO: LA EXISTENCIA DE OTROS POSIBLES INTERESADOS O BENEFICIARIOS EN LA PARTICIÓN; LA PROHIBICIÓN EXPRESA DEL TESTADOR EN SU TESTAMENTO. VIII. CONCLUSIÓN. IX. CRÍTICA-COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE OCTUBRE DE 1897. X. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO REGISTRAL O HIPOTECARIO. A) Consideración general del problema: el artículo 885 del Código civil en relación con el artículo 81 del Reglamento Hipotecario. B) Aspectos documentales concretos. 1. Artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 79 del RH, distintos supuestos. a) Heredero único no existiendo contador-partidor. b) Heredero único existiendo contador-partidor. c) Varios herederos con intereses concurrentes (acuerdo unánime para partir y prescindir del contador-partidor). Supuesto asimilable al de concurrencia de un solo heredero como único interesado en la herencia. 2. Artículo 81 del RH: personas facultadas y legitimadas para la entrega de legados existiendo contador-partidor y/o albacea especialmente facultado al efecto, siendo varios los herederos instituidos que concurren además con otros interesados, tales como legatarios y/o legitimarios. a) Entrega de legados antes de practicar la partición. b) Entrega de legados después de practicada la partición. c) Artículo 81 del RH: legados que no sean de inmuebles determinados y distribución de toda la herencia en legados. C) Conclusiones básicas. XI. PREFERENCIA DE PARTICIONES. A) Mientras la partición no se practique de manera efectiva por los herederos. B) Partición verificada con anterioridad por los herederos y notificada fehacientemente al contador-partidor. C) Partición verificada con anterioridad por los herederos pero no notificada al contador-partidor. D) Partición verificada con anterioridad por el contador-partidor. E) Resumen de los distintos supuestos básicos posibles. a) Desde el punto de vista de la partición realizada por los herederos. b) Desde el punto de vista de la partición verificada por el contador-partidor.

I. Introducción

El objetivo primordial del presente trabajo es la recurrente polémica de si los herederos pueden, actuando unánimemente, prescindir de la intervención del contador-partidor, y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente.

Y es que, tras la **sentencia del TS de 20 de octubre de 1992** que responde afirmativamente a esta cuestión (otra sentencia más en este sentido y habrá creado jurisprudencia), conviene reabrir nuevamente el debate; toda vez que dicho fallo parece quebrar con abundante jurisprudencia anterior del mismo tribunal y con una inveterada y reiterada “jurisprudencia” registral (de la DGRN), en sentido contrario y negativo.

Pero, **no obstante** esa principal directriz, a medida que se iba escribiendo este artículo, sus autores han estimado que esta polémica se incardina y adentra en **otro debate más profundo y espinoso**, aunque, a la vez, crucial y fundamental para una parte de nuestro Derecho sucesorio; nos referimos al problema de la posición jurídica que los ejecutores testamentarios, en general, ostentan en dicho Derecho. Y, más concretamente, tocando **el corazón del problema, a la situación jurídica de los herederos frente a estos ejecutores, y a la inversa**.

Y es que, en nuestra modesta opinión, esta cuestión no sólo no está definitivamente resuelta en nuestra doctrina jurídica sino que, además, creemos que se ha desenfocado el asunto de tal manera que a un personaje tan accesorio, de carácter voluntario y supletorio, regido por normas de Derecho privado, casi innecesario y de difícil encaje en nuestro Derecho de sucesiones, se le ha convertido por algunos en un personaje importante y fundamental en tal Derecho. Llegando, incluso, algún autor a decir (bien es cierto que respecto al contador-partidor dativo) que existe en este caso “*una similitud nada despreciable con el «executor», pieza clave del*

proceso sucesorio en el sistema jurídico inglés" (así, CASTÁN VÁZQUEZ, en el CASTÁN, tomo VI, vol. I, año 1989, pág. 352).

En consecuencia, y sin perder de vista el objeto primordial de este trabajo, se aprovecha la ocasión para salir al paso de afirmaciones similares a la expuesta y reconducir a sus justos límites el debate. No sea que, asimilando-asimilando, se pierda por completo el rumbo y ya no se sepa ni de qué hablamos ni en qué Derecho estamos.

En efecto, parece que han tenido fortuna y se han tomado como dogma de fe unas palabras de BINDER (*Derecho de Sucesiones* traducido por LACRUZ, año 1953, pág. 195) cuando dice: *"La institución del ejecutor testamentario afecta a la situación jurídica del heredero, en cuanto que mediante ella se le arrebatan a éste y se transmiten a un tercero importantes funciones relacionadas íntimamente con dicha situación, de modo que tal institución puede ser configurada como una tajante limitación de la situación normal del heredero"*.

240

Y en base a ello, el profesor ALBALADEJO (por todos, en nuestra patria) afirma: *"En efecto, correspondiendo, en principio, al heredero, como ocupante de la posición jurídica del causante, dar cumplimiento a lo que esté establecido, si se crea un cargo, el de albacea, al que se le encomienda la función de llevar a cabo tal cumplimiento, es obvio que las facultades que se entreguen a éste se restan de las de los herederos"* (así lo afirma en su obra: *El Albaceazgo*, año 1969, pág. 25; y después lo repite en: *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1979, tomo XII, vol. II, pág. 7). Y tal parece ser el sentir de la práctica generalidad de nuestros autores y aun de la jurisprudencia, sobre todo de la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sin embargo, no parece repararse debidamente en que el fenómeno sucesorio se caracteriza, en nuestro Derecho positivo, como la directa e inmediata sustitución del heredero al difunto en todas las relaciones jurídicas económicas que configuran el objeto de la masa hereditaria, sin solución de con-

tinuidad, *ipso iure*, desde el instante mismo de la muerte del causante (art. 661 del C.c.). Y es que nuestro Derecho, a diferencia del anglonorteamericano, adopta el **sistema romano de la *successio***.

En este sentido, escribe **ROCA** (*Derecho Hipotecario II*, 1968, pág. 346) que: ***“La institución del albaceazgo no encaja del todo en el sistema romano de la sucesión hereditaria, prevalente incluso en el Código civil; en cambio, cuadra perfectamente con el sistema, denominado germánico, de la *adquisitio per universitatem*...”***. Y es que en aquella concepción económica de la herencia, los herederos no se subrogan en la total posición jurídica, activa o pasiva, del causante, sino que “adquieren” unos bienes, que son los resultantes de “deducir” del activo hereditario su correspondiente “pasivo”, de lo cual se encarga el albacea en funciones de liquidador patrimonial.

El mismo **BINDER** se percata de ello, pues aclara que el albaceazgo ***“no puede ser considerado como una institución de Derecho romano, con cuyos principios sucesorios fundamentales se encuentra en abierta contradicción”***.

Y, como dice el profesor **PUIG BRUTAU** (en su *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1.º, año 1975, pág. 431), también conviene recordar unas palabras de **SCHULZ**: ***“En el complejo cuadro del Derecho sucesorio básico, faltaba la institución del executor, esto es, un personaje independiente, nombrado por el testador para que ejecutase los deseos de éste”*** (*Derecho Romano básico*, año 1960, pág. 320).

Por lo tanto, si la figura del albacea, en particular, y la de los ejecutores testamentarios, en general (ya veremos luego que no todos los ejecutores son albaceas), se encuentran en abierta contradicción con los principios sucesorios fundamentales del Derecho romano y nuestro Código civil adopta aquel sistema de la *successio*, la pregunta se hace evidente: ¿cómo cabe decir, en buena técnica jurídica, que las facultades que se otorguen a los ejecutores testamentarios se restan de las de los herederos?; **¿en base a qué teoría o cons-**

trucción jurídica se produce una quiebra tan descomunal a los principios que informan, como esenciales, nuestro sistema sucesorio?

En nuestra opinión (como tendremos ocasión de constatar más adelante) no hay resta que valga, sino más bien **facultades COMPARTIDAS**, o coexistencia de facultades.

En realidad, basta observar la espesa literatura jurídica respecto de la naturaleza de estos ejecutores testamentarios y los numerosísimos fallos jurisprudenciales intentando dar solución y encaje a tales personajes en los sistemas sucesorios de corte romano (y aun germano), para comprender claramente que se trata de **una institución extraña por completo a nuestros principios sucesorios**, con una muy escasa y raquítica regulación normativa.

Más parece que se trate de acomodar un pie, con calzador y a la fuerza, en un zapato viejo que ya no es de su talla.

242

En efecto, y siguiendo al **profesor HUGO E. GATTI** (*Alba-ceas*, Montevideo, 1956), nacido el ejecutor testamentario como consecuencia de unas singulares razones (dar cumplimiento a las disposiciones piadosas) en un tiempo (siglos VIII al XII) en el que **el testamento era un acto defectuoso y casi desconocido en la práctica**, era el ejecutor testamentario o intermediario el único recurso posible para dar cumplimiento a tales disposiciones. (Se desarrollará esto después.)

Con posterioridad, esta figura del ejecutor testamentario se ha ido arrastrando históricamente, y por los mismos o análogos motivos, hasta el siglo XVIII, la antesala de las codificaciones (entre ellas, la nuestra). Siendo así que los **códigos modernos de corte romano**, la recogen como **residuo histórico**, pero vaciada del contenido que, consustancialmente, motivó su nacimiento. De manera que los ejecutores testamentarios, en los tiempos modernos, son como una cáscara sin apenas contenido interior y de dudosa utilidad: salvo que no haya herederos y/o el testador haya dispuesto de sus bienes por medio de legados, **no se ve clara tal utilidad**. Por otro

lado, si se argumenta que el ejecutor testamentario, además de ejecutar, vigila lo que los herederos ejecutan, **no vemos razones para que ese control no lo ejerza el propio legislador o los tribunales de justicia** (cosa más propia de las sociedades modernas, democráticas y civilizadas). Y máxime cuando el contenido del testamento debe hacerse público, siendo ineficaz aquellos testamentos otorgados sin autorización del notario, o persona que haga sus veces, si no se elevan a escritura pública o se adveran, y se protocolizan debidamente (arts. 693 -ológrafo-; 704 -abierto-; 714 -cerrado-; 718 -militar- y 728 y 729 -marítimo-), con lo que desaparece el riesgo de que, por desconocidas para la autoridad del Estado, no se pudiese obligar a cumplir lo dispuesto por el testador.

En resumen, sólo la fuerza de la costumbre basada en el respeto a la voluntad privada puede, hoy en día y en un sistema romanista, como es el nuestro, justificar la existencia de tales personajes.

243

Lo que ya resulta **discutible** es si esas razones, que desembocan en criterios casi paternos y de desconfianza hacia los herederos (a los que se mira con recelo y como si siempre fuesen menores de edad para arreglar sus asuntos), compensan tantos problemas doctrinales y jurisprudenciales y aun familiares (viendo al ejecutor oponerse a lo que desean los herederos). Y aún es más discutible que el simple nombramiento de ejecutores testamentarios (en sus variadas especies) pueda “desplazar” al heredero y restarle facultades.

Sea como fuere, lo cierto es que la figura de los albaceas y demás ejecutores testamentarios, están recogidos en nuestro Código civil y no se puede prescindir de ellos.

¿O sí se puede prescindir? En realidad, **¿quién puede desplazar a quién?**

A continuación, y tomando como hilo conductor el anunciado estudio sobre el contador-partidor, se intenta dar respuesta a lo que aquí se deja planteado.

Se intentará ser breves, claros y precisos, con el fin de sacar algo jugoso que sirva de provecho.

De manera que se comentará en lo pertinente argumentos ya sabidos, se intentará completar otros menos estudiados (con especial referencia al Derecho Hipotecario) y se introducirán aquéllos que resulten novedosos, haciéndose especial hincapié en ellos.

En todo caso, se descartarán, por sabidas, opiniones muy “manoseadas” jurídicamente.

La reseña doctrinal será la indispensable y la jurisprudencia la oportuna, siempre que sean menester y vengan a cuento.

Si lo conseguimos, será buena cosa, y si no, se le ahorrará al lector un empacho, y el trago será breve.

II. Referencia histórica

244

A) Consideraciones generales.

La referencia histórica respecto de los ejecutores testamentarios resulta sumamente interesante, toda vez que nos suministra valiosa información para desvelar la finalidad de la institución y procurar su justa y cabal inteligencia.

Se suelen citar, como clásicos y tradicionales, los trabajos de **CAILLEMER** (*Origines et d'evéloppeement de L'execution testamentaire*, Lyon, 1901); **ROGUIN** (*Traité de droit civil comparé. Les suscessions*, París, 1912, tomo IV) y **BESTA** (*Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padua, 1935).

Nosotros, sin embargo, seguiremos al profesor **HUGO E. GATTI** (*Albaceas*, Montevideo, 1956, págs. 23 a 39, ambas inclusives), quien recoge, cita y comenta abundantes opiniones y copiosa bibliografía al respecto (a todo lo cual, nos remitimos).

No obstante, y por lo que hace a este trabajo, nos interesan sólo **dos cuestiones** de dichas referencias históricas:

1.º Que la ejecución testamentaria fue totalmente ignorada en el primitivo Derecho romano; encontrándose sólo unos

atisbos de la misma en el **Derecho bizantino**. Y eso nos interesa porque nuestro Código civil sigue el sistema romano de la *successio*; de manera que toda interpretación sobre el particular no debe desconocer tan trascendental dato.

2.º Que, si bien se observa, **dicha ejecución testamentaria nace** (en el antiguo territorio del Imperio Romano-Germano) **aproximadamente sobre el siglo VIII**, en una época en que el testamento era casi desconocido o había desaparecido, y con una finalidad claramente piadosa: las donaciones “pro anima” o legados de causas pías.

Precisamente por esa finalidad, señala el profesor HUGO E. GATTI (siguiendo a CAILLEMER) “*Lo innegable es que, si no es una invención de la Iglesia*” (como afirma ROGUIN), “*debe su gran expansión al Derecho canónico. La ejecución testamentaria, por su espíritu y desarrollo, pertenece al MUNDO CRISTIANO. Nace de un fin piadoso, es en las compilaciones canónicas donde encuentra su primera legislación y serán los canonistas los primeros que expondrán de forma sistemática toda la materia relativa a los ejecutores testamentarios*”.

“... Del siglo VIII al XV presenta, a través de diversos tiempos y lugares, una gran «unidad» (que contrasta con la diversidad de terminologías con que se designa). Siendo el siglo XIII, concretamente, el que marca el apogeo de la institución”.

Pues bien, el dato que aquí nos interesa no es sólo el **origen piadoso** de la institución, sino, sobre todo, el comprobar que nace en un **momento en que los principios del Derecho romano o no existen o están muy debilitados**.

Y aún nos interesa más el dato de que, no obstante ser el **siglo XIII** el que marca el **apogeo** de la institución, sin embargo, es precisamente entonces cuando empieza su **declive**. Y la razón no es otra que **recepción del Derecho romano justiniano**, a partir del siglo XII, en las legislaciones europeas.

Como muy bien observa H. GATTI (siguiendo a CAILLEMER): “*En los últimos siglos de la Edad Media –la institu-*

*ción del ejecutor testamentario— entra en período de crisis, debido en parte al debilitamiento de la idea religiosa y en parte también a la recepción del Derecho romano, que trae consigo la institución de heredero, que va tomando el primer lugar dentro de la evolución sucesoria y suplantando la figura, hasta entonces preponderante, del **ejecutor testamentario**".*

¡¡¡NO PODÍA SER DE OTRO MODO!!!

"Sólo en Inglaterra, añade dicho autor, la crisis se produjo en sentido inverso y, a medida que se desenvuelve la institución, los poderes del ejecutor van creciendo".

Así pues, y aunque la figura del ejecutor testamentario se prolonga con ciertas funciones y facultades (por cierto, fundamentalmente de los obispos y clérigos) hasta el siglo XVIII, es el proceso de **codificación** el que acaba desterrando o circunscribiendo a sus justos límites la figura y finalidad propia del ejecutor testamentario.

246 Racionalmente, no cabrá otro camino para los legisladores: tenían que elegir un sistema de Derecho sucesorio; pero una vez elegido, no había más remedio que acompañar y ajustar todas sus disposiciones y principios informadores desterrando toda figura contradictoria con aquéllos (así, por ejemplo, en Derecho común, los testamentos por comisario o mandatario o mancomunado —art. 670 C.c.—; los fiduciarios a quienes se entregan ciertos bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que hubiese confiado el testador —art. 785, 4.º C.c.— etc., etc.) o bien respetando por su gran arraigo histórico, pero reducido a sus justos límites, figuras tales como la del albacea. (Como después se comentará debidamente.)

Si bien es verdad que en algunos territorios de Derecho foral la tradición jurídica es tan enorme (particularmente en Navarra y Cataluña), que tanto su reconocimiento legal como su normativa reguladora es más precisa, amplia e importante (lo cual, por cierto, nos sirve para la aplicación analógica en ciertos asuntos oscuros interpretativos, como el que ocupa a este trabajo).

Y dicho lo cual, veamos cuáles son, de manera más pormenorizada, estos antecedentes que nos interesan.

B) Derecho romano.

Desde luego (dice el profesor HUGO E. GATTI) la ejecución testamentaria fue totalmente ignorada en el primitivo Derecho romano (en el que se inspira básicamente el nuestro), pero no faltan en el **Derecho bizantino** algunas disposiciones que pueden constituir la raíz última de la institución; tales serían, entre otras, las disposiciones en que el testador aparece encargando a un tercero **rescatar a los cautivos** (Ley 28, § 1 y 3, **tít. 3, Libro I “Cod.”**) o **correr con los funerales** (Ley 12, § 4, **tít. 7, Libro 11, “Cod.”** y Ley 12, § 8, **tít. 1, Libro 34, Digesto**); o aquellas otras que tipificaban verdaderos “mandatos *post mortem*”; ya fuera para la construcción de un monumento funerario a la memoria del testador (Ley 12, § 17, **tít. 1, Libro 17, “Cod.”**), o ya para la compra de un fundo (Ley 13, del mismo título y Libro). Y se cita la novela Leonis 68 como un claro ejemplo de encargo a una persona para vigilar el cumplimiento de sus últimas voluntades.

247

En efecto (y concretando aún más), el Derecho romano, en su primera época, desconoció la institución de los ejecutores testamentarios, encomendando a los herederos, y en último término a la autoridad pública, el velar por el cumplimiento de la voluntad del difunto y sirviendo, en parte, **los fideicomisos** para llenar esta necesidad. Pero ya Marcelo distinguió (*Digesto*, libro 31, II *de legatis*, fr. 17) al heredero o legatario del individuo que simplemente estaba encargado de la ejecución de una disposición testamentaria (*minister*). Aparte de esto, sólo se hallan en el *Digesto* algunas leyes, muy pocas en número, como la 7, **tít. 3, lib. 35**, referentes tan sólo a cosas y casos especiales.

Y es que, **aunque** algunos autores como LUIS GÓMEZ MORÁN (*Tratado teórico práctico de las particiones* —el ejecutor

testamentario en el Derecho comparado— Madrid, 1950; págs. 72 a 98) a cuya opinión se adhiere plenamente, en nuestra lengua, J. I. CAFFERATA (*El albacea testamentario en el Derecho Argentino*, Córdoba, 1953; págs. 12 a 16) opinan que los orígenes romanos de la ejecución se encontrarían en el *familiae emptor*, en la herencia yacente y en los fideicomisos particulares; **en realidad**, la opinión absolutamente dominante (véase H. GATTI, obra citada, pág. 24, nota (31) y los autores que allí se citan) es la de que la institución comenzó a desarrollarse en tiempo de **los emperadores cristianos: León y Antemio**, estatuyeron que la ejecución de los legados y fideicomisos dejados para el rescate de cautivos, correspondiera **al obispo** del lugar de origen del testador, en caso de que éste no hubiese designado a otra persona para ello (Ley 28, § 1, tít. 3, libro 1 “Cod”). **Justiniano** hizo extensiva esta disposición a otros casos, determinando con precisión los deberes del obispo (Ley 47, tít. y lib. citados del Cód.; Nov. 131, cap. 11); y **León “el Filósofo”** autorizó a los **monjes y clérigos** para ser ejecutores testamentarios (Nov. 68).

En el caso de que no hubiese heredero, ni por el testador ni por la Ley se hubiese designado persona que se encargase de cumplir el testamento, se había de nombrar tal persona por el juez.

Con todo, la materia no ha sido regulada de un modo orgánico ni completo en parte alguna del *Corpus iuris civilis*. Las atribuciones de los ejecutores de los testamentos eran las que les otorgaban las disposiciones testamentarias legal o judicial que los había designado. Las citadas leyes del Código justiniano autorizan a **los obispos**, cuando por la ley fueran curadores de las herencias dejadas a **los cautivos y los pobres**, para vender las cosas muebles, cobrar los créditos, accionar en justicia, etc. Las relaciones jurídicas entre el ejecutor y los llamados a la herencia en su defecto, el juez, eran las que derivaban del **mandato**.

C) Derecho medieval.

Dice el profesor H. GATTI, que entre el final del mundo romano y el siglo VIII se sabe muy poca cosa sobre el Derecho privado entonces en vigor, y no sabemos nada sobre la ejecución testamentaria. Sólo existen meras hipótesis. En el siglo VIII numerosas cartas nos revelan la existencia de los ejecutores testamentarios alrededor del año 750.

Y añade: *“del siglo VIII al X la ejecución testamentaria ha sido principal y casi exclusivamente empleada para la realización de un tipo especial de disposiciones: la donación “pro anima”. Hay una ligazón constante, en los espíritus del tiempo, entre la confesión y el testamento...”*.

Pero **¿cómo realizar esta donación “pro anima”**, única forma de obtener la absolución y el reposo eterno? El testamento no solamente era en este sentido un acto defectuoso, sino que en la época franca y en la Alta Edad Media era casi desconocido. Sólo los países visigóticos parecen haber conservado durante la Edad Media el principio testamentario, pero, **salvo esta excepción, en toda Europa, del siglo VIII al XII, sólo un medio subsiste para efectuar después de la muerte una liberalidad piadosa: es el acto entre vivos implicando formas más o menos características de apoderamiento por parte del donatario**. Siempre es necesaria la tradición, lo que creaba muchos obstáculos, pues si bien en algunos casos se podía hacer la donación “pro anima” con la *traditio super altare* (que, según CAILLEMER, obra citada, n.º 23, pág. 50, es la entrega, sobre el altar del santo, de la carta de donación y de los símbolos de investidura, rodeadas de gran publicidad: en presencia del clero y de los fieles, frecuentemente en el momento en que el oficio religioso es celebrado), sin embargo, muchas veces esto no es posible, y entonces no hubo otra alternativa que recurrir al empleo del “intermediario”, o sea, **“el ejecutor testamentario”**. El moribundo debía escoger entre sus amigos o parientes hombres de confianza que iban a efectuar en su lugar la *traditio super altare*.

Tal era el motivo de la intervención de los “elemosinarii”. **“Realizar la donación «pro anima» es la misión esencial del ejecutor testamentario”** (CAILLEMER, obra citada, n.º 22, págs. 48 y 55; n.º 24, págs. 52 y 11; n.º 29, pág. 61).

“... En el siglo XII el renacimiento del testamento, que había desaparecido después de largos años, salvo en los países visigóticos, modifica las condiciones de su nombramiento. En los últimos años del siglo aparecen en Italia, Francia e Inglaterra. Se generaliza y expande en Alemania en el siglo XIII. **Es siempre el ejecutor del legatum ad pias causas** y, en cierto sentido, se amplían sus funciones si se tiene en cuenta que el testamento tiene un alcance general, abarca todo el patrimonio; y si en Roma el liquidador fue el heredero, en la Edad Media, esa misión le pertenece al ejecutor testamentario” (así también, CAILLEMER, para quien tal ejecutor testamentario se transforma en un “intermediario de transmisión”).

250 A su vez, CAILLEMER (obra citada, n.º 90, págs. 208-213) escribe sobre este particular que: *“Desde el siglo XIII aparecen por todas partes testamentos con institución de heredero saisi –una especie de D. real en su provecho sobre los bienes hereditarios–. Es el continuador inmediato del difunto y donde el ejecutor no tiene más que el encargo de vigilar sus actos.*

El heredero instituido tenía para él las tradiciones romanas. Frente a él poco a poco el ejecutor se borra. La historia de la decadencia de la ejecución testamentaria está fuera de nuestro tema. Nos es suficiente hacer notar los signos precursores en los países romanizados”.

Finalmente, H. GATTI, resalta cómo el OBISPO fue considerado por el Derecho canónico uno de los órganos más importantes de **control y ejecución** de la voluntad del testador.

“En cierto sentido fue de derecho, ejecutor de todos los testamentos que contenían disposiciones piadosas...”.

“Su control fue tan intenso que los notarios debían, dentro de cierto término, notificar el testamento que habían redactado, y los ejecutores presentarles su rendición de cuentas,

y, cuando éstos eran negligentes, el Obispo podía sustituirlos o agregarles otros, e incluso el mismo Obispo podía encargarse de la ejecución del testamento cuando no existiere un ejecutor nombrado, o sustituirlo si no hubiere cumplido su oficio en el término debido" (BESTA, obra citada, n.º 692).

Como se puede apreciar, si hay una cosa rotundamente clara en el Derecho medieval, es la intervención de obispos, clérigos y monjes en la ejecución de las mandas piadosas o "donaciones pro anima"; y es lógico que con estos fines se eligieran a aquellas personas. Así, su primera regulación la halló en las compilaciones canónicas, siendo **los canonistas** los primeros que expusieron de modo sistemático la materia.

D) Antiguo Derecho español.

Dice H. GATTI (obra citada, pág. 38) que el antepasado remoto de nuestro albacea puede ser la figura del *proxecutor* o *legatarius*, que aparece en el **Breviario de Alarico**, como persona de confianza a quien el testador ha hecho entrega de su testamento para que promoviera su apertura y velara por su cumplimiento. Los fueros municipales conocieron el *manumissor* o *cabezalero* con idéntica misión, tanto más importante en este caso cuanto que el testamento, en los primeros siglos de la Reconquista, sólo contenía disposiciones a título singular y, generalmente, como era norma de la época, a veces sólo mandas piadosas.

En todo caso, la ejecución testamentaria tuvo en nuestro Derecho, en consonancia con los orígenes apuntados, la finalidad de **velar** por el **cumplimiento** de las **disposiciones piadosas** de los testadores. De ahí la intervención que se daba a la Iglesia en la materia, a través sobre todo de los obispos, autorizándoseles para **fiscalizar** y aun sustituir a los albaceas nombrados por el testador, incluso otorgándoles cierto carácter de ejecutores legítimos que velaran por la ejecución de los citados legados piadosos. (Especialmente en el Derecho de Partidas y en el Derecho catalán.)

Finalmente (según GREGORIO LÓPEZ -Glosa 32 a la Ley 7, tít. X, Partida 6.^a; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos...*, tomo III, págs. 610 y 611, y LACRUZ, notas a BINDER, pág. 196) las leyes de la **Novísima Recopilación** (Ley 13, tít. 20, Libro X) si bien siguieron reconociendo a los obispos el derecho de inspección sobre las mandas piadosas, suprimieron, aun para esas mandas, su jurisdicción. Y así establecieron que si el comisario no dispuso de los bienes del testador los sucesores *ab intestato*, no siendo descendientes ni ascendientes, invertían el quinto en bien del alma del mismo testador y que a ello les compelan los **jueces seculares**.

Por lo demás, anterior a nuestra codificación, El Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, sustrae a la jurisdicción eclesiástica el nombramiento de albaceas dativos (res. de 2 de enero de 1893).

En concreto:

252 * Ya el **Fuero Viejo de Castilla** había aludido a la figura de los “cabezaleros”, confiriéndoles ciertas misiones en relación con la partición y el pago de deudas:

—“E si quisier pagar sua parte de cada uno, deven **los caveçaleros** dejarles la buena de aquel, de quien deven eredar, quier que padre, o quier de madre, o de otro cualquier, que algo deva eredar; e si pagar non podieren luego, los caveçaleros devenle dejar partir, e echar suertes, e echadas las suertes, deven preñar la suerte de aquel, que non quisier pagar, fasta que pague él la sua suerte, o que dé fiador, que la pague, ansi como es fuero”. (Lib. V, tít. III, Ley V.)

* Y el **Fuero Real de Castilla** (promulgado en 1255, y en el que fueron utilizados el “Fuero de Soria” y el “Liber Iudiciorum” o Fuero Juzgo), por su parte, en el Título consagrado a las **mandas**, dedicó algunas leyes a los “cabezaleros de testamentos”, estableciendo las incapacidades para el cargo y señalando sus funciones:

—“Mandamos, que ningun siervo, ni religioso, ni muger, ni home que no sea de edad, ni loco, ni Herege, ni Moro, ni Judio, ni mudo, ni sordo por natura, ni home que sea

dado por alevoso, o por traydor, ni de que sea juzgado muerte, ni home que sea echado de tierra, que **no puedan ser cabezaleros en ninguna manda.**" (Lib. III, tít. VI, Ley VIII.)

— "Si el home que ficiere manda, hobiere herederos fuera de la tierra, los cabezaleros que dexará, paguen la manda, así como la mandó el muerto; é si los herederos vinieren despues, é contradixeren la manda, los cabezaleros no sean tenudos de responder; más tornense aquellos que tuvieren la buena, é respondanles por este fuero: é si los cabezaleros vendieren alguna cosa para cumplir la manda, no sean tenudos de redrar, fuera si lo metieren en Pleyto; **é si ante que la manda sea pagada, ó las cosas vendidas, los herederos contradixeren, los cabezaleros no vendan, ni paguen fasta que la manda sea librada por derecho si debe valer, ó no:** é si los herederos fueren en la tierra, é no contradixeren, é los cabezaleros pagaren, ó vendieren, no sean tenudos de responder por ello". (Lib. III, tít. V, Ley XII.)

253

* **Las Partidas** (promulgada en 1263) se ocuparon con mayor amplitud de los "testamentarios que han de cumplir las mandas", consagrándoles un Título integrado por ocho Leyes. A través de ellas el texto Alfonsino **definió** los testamentarios, **explicó** el término, puso de relieve la **importancia** del cargo y señaló sus **funciones...**

— "**Testamentarios** son llamados aquellos que han de seguir, e de cumplir las mandas, e las voluntades de los defuntos, que dexan en sus testamentos". (Part. 6.^a, tít. X, proemio).

— "**Cabeçaleros, e Testamentarios, e Mansessores**, como quier que han nomes departidos, el oficio dellos vno es: e en latin llamanlos Fideicommissarios, porque en la fe, e en la verdad destos omes tales, dexan, e **encomiendan los fazedores de los testamentos el fecho de sus animas**". (Partida 6.^a, tít. X, Ley I.)

— "E tienen grand pro estos atales, quando fazen su oficio lealmente, ca se cumplen, más ayna por acucia dellos, las **mandas que son puestas en los testamentos**". (Part. 6.^a, tít. X, Ley I.)

— “Poderío han los Testamentarios de **entregar e de dar las mandas** que son fechas en los testamentos, e en los cobdicios, en la manera que los fazedores de los testamentos lo ordenares. E pueden procurar, e demandar las cosas de que fuessen fechas las mandas, quier las touiesse el heredero del finado, quier otri”. (Part. 6.^a, tít. X, Ley II.)

Proclamaron, asimismo, las Partidas la intervención del **obispo**, confiriéndole facultades para exigir de los testamentarios la ejecución del testamento y aun para sustituir aquellos o suplirlos:

— “Apremiar pueden los Obispos, cada vno en su Obispado, a los testamentarios, que cumplan los testamentos de aquellos que los dexaron en sus manos, si ellos fueren negligentes que non lo quieran cumplir, o que andan maliciosamente en ello. E demas dezimos, que cada vno del Pueblo puede esto fazer saber a los Obispos, porque es obra de piedad. E si los testamentarios non quisieren cumplir la manda del defunto, los Obispos la pueden fazer cumplir, si quisieren, o dar otros buenos Albaceas, que la cumplan en lugar de aquellos. E esso mismo seria, si acaesciesse que alguno en su testamento non dexasse testamentarios que lo cumpliesen, que el Obispo, en cuyo Obispado acaesciesse, deuelo fazer cumplir, si el heredero del muerto non lo quiesse fazer. E esto deuen ellos fazer, para cumplir la voluntad del testador, que es obra de piedad, e como cosa spiritual”. (Partida 6.^a, tít. X, Ley VII.)

Además de esta reseña, cabe añadir, respecto de las **facultades** de los albaceas, la Ley 62, título 18 de la Partida 3.^a, respecto a **la venta** por ellos **de bienes**; así como la 1.^a título 12, y 10, título 21 del Libro X de la Novísima Recopilación.

Finalmente, y respecto al **DERECHO CATALÁN**, aun discutiendo por los mismos caminos, se acentuó aún más la intervención de **la Iglesia**, a través del obispo, y se contempló el albaceazgo, sobre todo, para **causas piadosas o benéficas**: causas pías.

En un principio se designaban los albaceas con el nombre de *eleemosynarii* y *manumisores*. En el **testamento de Berenguer de Moncada** (17 de abril de **1134**) se les llama de esta última manera, de donde proviene el nombre histórico de *marmessors*. En el Derecho **consuetudinario de Lérida tuvieron gran importancia** (“Costumbres de Lérida”, rúbrica 154 y siguientes), ocupándose también de ellos las **Costumbres de Tortosa (por ejemplo: Libro 6, rúbrica 3, § 1.º)**. Se aplicaron también en Cataluña el Derecho canónico y Las Partidas, aunque éstas a finales del siglo pasado tenían una jurisprudencia muy contradictoria.

Lo más especial de la legislación catalana en esta materia se refiere a los albaceas nombrados para la distribución de todos los bienes en favor de una **causa pía, religiosa o de beneficencia** (“albaceas universales”), que tenían el nombre y la representación de herederos; viniendo obligados a formar inventario de los bienes del testador y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque se les haya dispensado de hacerlo, según lo dispuesto en el Derecho romano y canónico.

En fin, la **“Concordia” entre Jaime II y Pablo (obispo de Barcelona)** de 5 de octubre de **1315** (Const. 1.º, tít. II, libro VI, 2.º vol.) dispuso que faltando todos los albaceas o el número necesario de ellos, proveerá a reemplazarlos el juez eclesiástico o el seglar, según que uno u otro sea primeramente requerido. La misma Concordia establece que los obispos de Barcelona pueden en su diócesis, inquirir y proceder contra los albaceas y sus herederos que sean negligentes en cumplir los legados para causas pías y obligarles por “censura eclesiástica” a rendir cuentas. Precisamente el antiguo “Tribunal de Causas pías” de la diócesis de Barcelona es derivación de estas facultades concedidas a los obispos.

El mismo **Derecho canónico** otorgaba facultades a los obispos para compeler a los albaceas a fin de que cumplan la voluntad del testador, aun para nombrar otro albacea (por cierto, los religiosos de la Orden de San Francisco no podían ser tales) o cumplirlo por sí, siendo pública la acción

para denunciar ante el obispo. Pero según el Concilio de Trento (ses. 22, cap. VIII, *de reformat*) parece que tales facultades sólo las tienen tratándose de **mandas piadosas**.

Cuando se suprimió en España el “Fuero eclesiástico” (ya bastante recortado por la Novísima Recopilación) serán los jueces ordinarios los encargados de apremiar y remover a los albaceas morosos.

E) Recapitulación.

De lo expuesto, conviene recordar y retener:

a) Que el **Derecho Romano desconoció e ignoró**, casi totalmente, la ejecución testamentaria; toda vez que pugna-ba con los principios básicos de su Derecho sucesorio. Y dicho sistema romano es seguido por nuestro Código civil a través del fenómeno de la *successio*.

256 b) Que el **origen** de la ejecución testamentaria en Euro-pa, en general, y en nuestro Derecho en particular, fue una **creación eclesiástica** con una **finalidad esencial: el cumplimiento de las mandas piadosas**, realizadas por los testadores en sus testamentos.

(Se deja constancia, sin embargo, de la opinión de autores germánicos que afirman el origen de la institución en tal Derecho, a través de la figura del *salman* o intermediario. Tal es el caso de: **KIPP** –*Derecho de sucesiones*, traducido por ROCA, Barcelona, 1951, volumen II, tomo V, § 116, pág. 212–; **BINDER** –*Derechos de sucesiones*, traducido por LACRUZ, Barcelona, 1953; § 26, págs. 195-196, con ciertas alteraciones–; **WINDSCHEID**, *Diritto delle Pandette*, tradc. italiana de Fadda y Bensa, Turín, 1904, tomo III, § 567, nota 6, pág. 114, que admite que tiene un origen consuetudinario, vinculado a las más antiguas instituciones jurídicas indescas, e incluso **DEGNI** –*La successione testamentaria*, tomo II, pág. 202– opiniones, éstas, negadas y refutadas por **CAILLEMER** –obra citada, n.º 19, pág. 45– y otros muchos. Pues, en realidad, como escribe este autor francés: “Entre ambos hay similitud jurídica pero **ninguna analogía en los fines perseguidos**”).

Y como consecuencia de lo anterior, la **marcada intervención eclesiástica** sobre el particular (casi exclusiva, en realidad, durante toda la Edad Media).

c) El **debilitamiento** de la institución del ejecutor testamentario empieza con la **recepción del Derecho romano-justiniano** en Europa durante los siglos XII y XIII. (A diferencia, por cierto, del Derecho inglés, que no sigue el sistema de la *successio*, como veremos.)

d) Y, finalmente, por lo que atañe a nuestro trabajo (referente básicamente a la figura del contador-partidor) llamamos especialmente la atención en que el nombre de **CONTADOR-PARTIDOR** no aparece en nuestros antecedentes históricos. En realidad, según la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo V, pág. 275, dicha voz es una creación de Leyes procesales.

No aparece nunca en textos civiles que no sean procesales hasta finales del siglo XVIII, cuando posiblemente su uso estaba ya generalizado en el foro a consecuencia de pleitos particionales entre los herederos; siendo su finalidad evitar enojosos juicios de testamentaría. Finalidad bien distinta a la de los albaceas *stricto sensu*. Y es que, a diferencia del albacea propio, el precedente histórico del contador-partidor parece encontrarse (según CASTÁN VÁZQUEZ, obra citada, pág. 350) en la **Real Cédula de Carlos IV de 4 de noviembre de 1791, completada por otra de 20 de enero de 1792** (inscritas en la **Novísima Recopilación**: Libro X, título 21, Ley 10) que autorizó a los testadores a que facultasen para la formación de aprecio, cuentas y **particiones** de sus bienes a los albaceas, tutores o testamentarios que señalasen.

No parece, pues, que se deban equiparar ambos cargos; pues entre la formación de aprecio, cuentas y partición de los bienes del testador por un lado, y el cumplimiento de mandas piadosas por otro, media un abismo.

Es curioso que la **Novísima Recopilación** (que había insertado, como se dijo, las Reales Cédulas de Carlos IV de 1791 y 1792 relativas a las particiones de los bienes del testador) sea el primer cuerpo legal (que conozcamos) que ha-

ble expresamente del “COMISARIO” (así **La Ley 13, título 20, Libro X**).

Aunque, a decir verdad, su distinción con otras figuras de ejecución testamentaria es difusa.

En todo caso, el **Código civil** llama a los contadores-partidores, “COMISARIOS”, en el apartado 2.º (hoy tercero) del artículo 1.057; quizás, pensamos, para armonizarla con la que es frecuente en territorios de Derecho foral para designar a personajes de confianza (con variadas finalidades), PERO, en cualquier forma, distintos de los albaceas y en **precepto aparte de los dedicados a los albaceas**.

Y es que, en realidad, como dijera OGAYAR (“Contadores-partidores mancomunados”, en *RGLJ*, 1949, tomo 207, pág. 758) y después veremos detenidamente, se trata de **cargos distintos** por la función especial que se les encomienda.

III. Naturaleza jurídica de los ejecutores testamentarios: idea doctrinal y jurisprudencial

Es ésta una cuestión espinosa en la que no vamos a entrar de una manera pormenorizada. Tan sólo se indicará lo que es oportuno al presente trabajo.

Como sistematización más tradicional de teorías al respecto, cabe citar a **ROGUIN** (obra citada, tomo IV, n.º 1.816 y ss., págs. 159 y ss.) y a **BONFLIGIO** (*L'esecuzione testamentaria. Natura giuridica e fondamento con riguardo agli istituti giuridici affini*, Catania, 1926). También se suele citar a **MES-SINEO**, aunque su exposición no responda a un plan sistemático (*Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, Padua, 1931).

Un **resumen** que nos gusta es el del tan aludido profesor **H. GATTI** (obra citada, págs. 53 a 102) por su claridad de ideas, la precisión en el lenguaje y... por estar escrito en español (a él nos remitimos para todo lo concerniente a este asunto, y evitar reiteraciones innecesarias).

En realidad, todas las teorías sobre el particular pueden verse **reseñadas en la STS de 18 de diciembre de 1959** (sin inclinarse por ninguna).

En síntesis, y siguiendo a CÁMARA (*Compendio...*, pág. 358) *“Se ha dicho que el albacea es un representante (del heredero, de la herencia, del testador), un mandatario (se trataría de un mandato post mortem), titular de un cargo u oficio civil, de un cargo testamentario o un encargo de confianza (teorías estas tres últimas que equivalen a no decir nada)”*.

“En rigor —prosigue CÁMARA— la tesis que mejor cuadra a la función, aunque sólo sea aproximativamente, es la del mandato post mortem (obviamente la asimilación plena no es válida, por motivos conocidos de sobra), pero la naturaleza del encargo (recuérdese que el art. 1.709 C.c. define el mandato como el contrato por el cual una persona se obliga a hacer una cosa por cuenta o “encargo” de otra) que consiste básicamente en la gestión de intereses ajenos; y el hecho de que el albaceazgo, como el mandato, sean instituciones que se fundan en la confianza (del mandante o testador en el mandatario o albacea) justifican que pueda acudirse a la normativa del mandato para suplir las lagunas que presenta el albaceazgo en el Código civil, o, al menos, alguna de estas lagunas”.

En este sentido, escribía BONFLIGIO (obra citada, n.º 430, pág. 370) que la situación jurídica del mandatario y del albacea es de una gran similitud: se trata de un tercero, el ejecutor, que no tiene ningún derecho patrimonial en la sucesión, interviniendo en ella desarrollando una actividad en interés de otro y produciendo consecuencias jurídico-patrimoniales en la esfera de otros.

Y también VALVERDE (tomo V, pág. 349 de la obra que ahora citaremos) decía que: *“Desde el punto de vista de la ciencia jurídica universal, que ve en el mandato una institución de hacer jurídicamente en nombre de otro, y por tanto, cabe el mandato sin representación, por cuya razón no impide considerar al albacea, no como un mandatario en el sentido que lo admiten generalmente los Códigos, sino dentro de*

la institución general del mandato, definido y permitido por la ciencia jurídica”.

Téngase, además, presente, como afirma **JOSSERAND** (*Derecho civil*, obras, tomo VI, vol. II, n.º 1.421 y 1.426) que lo normal es que el mandato se extinga por la consumación del negocio o la llegada del término. **La extinción del mandato por muerte** del mandatario es una **causa excepcional**, si se quiere hasta de difícil justificación, y se funda, como lo sostiene la doctrina francesa, en una presunta voluntad de las partes, y que debe desaparecer cuando éstas, explícita o tácitamente, la hubieran descartado.

“Las partes pueden derogar el carácter intransmisible del mandato, tanto del lado del mandante como del mandatario; puede deducirse implícitamente su voluntad de las circunstancias en que ha sido dada la «procuración» y de la finalidad a que atiende. Ocurre, en efecto, que la misión del mandatario no puede ejecutarse sino después del fallecimiento del mandante. Tal es el caso de la **ejecución testamentaria**, variedad particular del mandato”.

260

En este mismo sentido escriben **BOFANTE** (“Mandato post mortem”, en *Scritti giuridici varii*, tomo III, págs. 272 y ss.) y **COVIELLO, L.** (junior) (“Il mandato post mortem”, en *Revista di diritto civile*, 1930, pág. 47), que hay que distinguir el mandato *post mortem* que se celebra por vía contractual y el que se otorga por el causante en su testamento, es decir, enfocar su validez en el aspecto contractual y en el Derecho sucesorio, que revisten distintos matices y sin que quepa la equiparación de ambos.

Recuérdese, igualmente, que el propio **Derecho romano** (en que se inspira el nuestro) admitió **validez al mandato post-mortem**. (Ley 12, 17 y Ley 13, *Digesto*, 17, 1.)

En fin, para más razones en favor del mandato *post mortem* véase **H. GATTI** (obra citada, págs. 89 a 98).

Tan sólo destacar que la teoría del mandato ha sido la clásica y tradicional en la doctrina francesa (abrumadoramente), la española y la italiana (anterior al Código civil de 1942).

Sólo a partir del último código italiano ha empezado a tener fuerza entre los autores la tesis del cargo u oficio de derecho privado.

En realidad, como dice CONTURSI LISI (*L'esecutore testamentario*, Padua, 1950, pág. 7) lo que ha querido el legislador italiano ha sido "aumentar la eficacia de la institución transformándola en oficio público, en lo que debe residir fundamentalmente todo el contenido innovador de la actual disciplina".

Curiosamente, en nuestro Derecho patrio se sigue con la vetusta regulación y no hay atisbos normativos parecidos a los de la legislación italiana en este punto. Nuestro código parece anclado en el pasado y mientras no revitalice la institución, ésta tendrá una utilidad y una normativa de muy dudosa utilidad práctica y doctrinal.

En nuestra patria siguen la doctrina del mandato:

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, 4.^a ed., Madrid, 1875, tomo III, pág. 596; **GARCÍA GOYENA**, *Fuentes, notas y concordancias del Código civil español*, Madrid, 1852, tomo II, pág. 155; **MANRESA**, *Comentarios al Código civil español*, 5.^a ed., Madrid, 1921, tomo VI, pág. 803; **VALVERDE**, *Tratado de Derecho civil español*, 4.^a ed., Valladolid, 1939, tomo V, pág. 349 (aunque sosteniéndolo desde el punto de vista de la ciencia jurídica universal); **SÁNCHEZ ROMÁN**, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., Madrid, 1910, tomo VI, 2, pág. 1381 (sin aceptarlo totalmente); **GÓMEZ MORÁN**, *Tratado teórico práctico de las particiones*, Madrid, 1950, págs. 102, 110 y 113; **ORTEGA LARA**, *Notas a Scaevola, Código civil*, 4.^a ed., Madrid, tomo XV, pág. 490; **SÁENZ DE SANTA MARÍA TINTURÉ**, "Notas sobre albaceas y contadores partidores", en *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1953, tomo VI, fascículo II, pág. 704; **DE DIEGO**, *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1932, tomo III, págs. 259-260; aunque sin pronunciarse categóricamente, pero afirmando que la teoría prevalente es la que acepta que es un mandato especial; y **GITRAMA**, *La administración de la herencia en Derecho español*, 1950, pág. 144.

Incluso **ROCA SASTRE** (que opina que el albaceazgo es un cargo u oficio privado: *Anotaciones a KIPP*, págs. 216 y 217) afirma que “no deja de haber cierta afinidad entre el mandato y el albaceazgo”. En fin, el propio **ALBALADEJO** (que habla de “oficio” o “función”) llega a la conclusión de que “sólo se puede decir que sea un mandato o representación del testador, en el sentido puramente aproximativo de que es un «encargo» de confianza que el albacea recibe del causante” (*Comentarios...*, XII, 2.º, pág. 18).

En cuanto a la **crítica** de la doctrina que ve en el albaceazgo un **oficio** de derecho privado, que parece estar tan de moda en los tiempos presentes, y que sigue el Código civil italiano de 1942 acogiendo las tesis de MESSINEO, DEGNI y BETTI; véase a: **CONTURSI LISI** (*L'esecutore testamentario*, Padua, 1950, págs. 65 a 78 y 92 y ss.); **GANGI** (*La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milán, 1948, tomo III, n.º 719, y págs. 324 y 325); **D'AVANZO** (*Delle successioni*, Florencia, 1941, págs. 92 y ss.); **BONFLIGIO** (obra citada, n.º 209, pág. 210); y en nuestra patria, siguiendo a CÍCU, **L. PUIG FERRIOL** (*El Albaceazgo*, 1957, págs. 47 a 51).

No obstante, y dada la acogida que últimamente ha tenido y aún tiene dicha teoría del “cargo” u “oficio”, conviene que algo se diga sobre el particular, aunque sea un mero comentario-crítica.

En efecto, esta teoría es objeto de **crítica** por lo siguiente:

* Porque decir que el albaceazgo reviste la naturaleza de un cargo u oficio es, **prácticamente, no decir nada**. Así lo reconoce CÁMARA (como se dijo) y el propio **ALBALADEJO** (*Comentarios...*, tomo XII, vol. 2.º, pág. 18, cuando escribe: “decir lo cual ciertamente no es muy útil para hallar soluciones prácticas”). Y es que, como afirma **BONFLIGIO** (obra citada, n.º 239, pág. 231) con la palabra “oficio” (o igualmente con la palabra cargo), no se quiere agregar ni revelar nada respecto de la naturaleza jurídica o a las características intrínsecas de esas distintas figuras jurídicas, funciones o pro-

fesiones. Es decir, que con tal configuración jurídica nos quedamos sin saber nada de nada por lo que respecta a la naturaleza jurídica de ese oficio.

* Porque como escribe COING (citado por PUIG BRUTAU en sus *Fundamentos...*, V, I, pág. 436) **la palabra "Amt" (función, cargo u oficio) se halla tan ligada al Derecho público** que no resulta útil su aplicación al Derecho privado y a una institución que para nada depende del nombramiento de una autoridad judicial. (A diferencia del Derecho anglo-norteamericano, como después veremos.)

En esta misma línea, CONTURSI LISI (obra citada, págs. 65 a 78), escribe que la característica del oficio público, y por lo tanto, del ejecutor testamentario como oficio público, es el de ser necesario e impuesto a toda sucesión directamente por la voluntad estatal, aunque falte una voluntad testamentaria (figura típica del ejecutor testamentario en Inglaterra). En un sentido más amplio, podría admitirse que el ejecutor testamentario desempeñaría un oficio público siempre que, aun creado por la voluntad del testador, puede considerársele un sujeto necesario en cuanto que su actividad responde a fines públicos, esto es, está en íntima relación con el Estado, indispensable para concretar la naturaleza pública en cualquier sujeto: sería un órgano indirecto del Estado, o sea, un sujeto privado que ejerce una función pública. Es fácil demostrar —prosigue— que en el Derecho actual italiano ni es un órgano directo del Estado (impuesto necesariamente en toda sucesión), ni indirecto, cuya actividad se identificaría con una función pública... (Del mismo parecer GANGI, obra y página citadas).

* Porque, y como asegura L. PUIG FERRIOL (*El Albaceazgo*, págs. 47 a 51), **el albacea ostenta sus facultades** en virtud del nombramiento hecho por el causante, pudiendo éste **ampliarlas o reducirlas a su arbitrio, lo cual sería inexplicable si el albacea fuese titular de un cargo u oficio**, aunque fuese de carácter privado. Siguiendo a CICU añade que la teoría del oficio se compagina mal con la libertad que la Ley

reconoce al ejecutor testamentario de aceptar o de renunciar a la misión que le ha sido conferida.

* Porque como asegura H. GATTI (obra citada, pág. 82), en línea con las anteriores ideas “El concepto de **derecho-deber** que es un elemento esencial de la noción de oficio, es extraño al albacea, que no está obligado a aceptar y puede renunciar libremente; por lo demás, **el oficio emerge directamente de la voluntad de la Ley**, mientras que la ejecución testamentaria tiene su origen en la voluntad del causante manifestada en testamento”.

* Porque los poderes del ejecutor testamentario como **oficio privado** de que está investido el albacea, encontraría su **origen** en un **negocio de “autorización”**, cuya naturaleza, sobre no ser precisa, **en última instancia (por lo menos ideológicamente) conduce al mandato**, puesto que la diferencia entre ambos institutos es solamente técnica, ya que el negocio de autorización no se distinguiría del mandato sino en cuanto que es unilateral; siendo, por lo demás, la idea, el concepto, común a ambos, tratándose en uno y en otro caso de una delegación de poderes, y por tanto de un encargo (H. GATTI, obra citada, pág. 81, recogiendo ideas de D’AVANZO y BONFLIGIO).

* En fin, como lo ha señalado con acierto **CONTURSI LISI**, **postulado esencial** para que un instituto pertenezca a la categoría de **oficio** es su vinculación con un ente colectivo. Así tenemos que el curador de una herencia yacente y el síndico de una quiebra, que son ejemplos típicos de oficio y que actúan como titulares de un poder propio, actúan siempre en interés del Estado. Existe, pues, siempre una vinculación (**collegamento**) con un ente colectivo que también se pone de manifiesto en el caso de un administrador de sociedad anónima. **Esto falta totalmente en el ejecutor testamentario** en cuanto éste no se encuentra vinculado con ningún ente colectivo, sea de derecho público o de derecho privado. La noción de oficio queda totalmente privada de contenido y significado técnico donde falte el substrato colectivo,

y por lo tanto la vinculación entre el sujeto (el titular del oficio) y el ente colectivo. Lo que ha hecho MESSINEO, en realidad, es, al negar que el ejecutor obra en nombre de otro, construir su propia noción de oficio privado como antitética de aquella otra de representación. Pero al faltar el *abstractum* colectivo no puede hacer uso del criterio orgánico, o sea, la relación de parte a todo (opinión recogida por H. GATTI, obra citada, pág. 82).

No nos vamos a detener nosotros en teorías.

Nos interesa más ver cuál es el panorama de nuestra JURISPRUDENCIA sobre el particular.

(Veámosla resumida):

Una **resolución de la DGRN de 7 de enero de 1875** dijo que los albaceas particulares son cargos de naturaleza especialísima, y aunque designados por el testador, no son mandatarios suyos (desde luego, no se puede decir que sea un ejemplo de literatura comprometida). Aunque la de fecha 11 de octubre de 1982 habla de “*un mandato recibido por el testador*”.

Sin embargo, **el Tribunal Supremo** ha sostenido, con alguna reiteración —como escribe VALLET, *Castán, Derecho civil*, tomo VI, vol. II, 1973, pág. 347— que los albaceas tienen el carácter de “*mandatarios del testador*” y no de los herederos, por lo cual la oposición de éstos a sus actos no les priva de las facultades recibidas (sentencias de 4 de julio de 1895 y 17 de abril de 1900; y también han considerado a los albaceas como “mandatarios del testador” las de 31 de marzo de 1915, 24 de noviembre de 1960 y 19 de febrero de 1962. La de 5 de julio de 1947, aun formulando la misma calificación, admitió la existencia de notas distintivas entre albaceazgo y mandato. Las de 2 de junio de 1956 y 20 de noviembre de 1990, por su parte, consideraron como un mandato *post-mortem* el cargo de contador-partidor conferido en testamento); y también ha dicho que el cargo de albacea constituye, por su naturaleza, “*un verdadero mandato*”, a cuyas condiciones debe consiguientemente acomodarse en todo

lo que no se halle particularmente regulado (sentencia de 24 de febrero de 1905). Otras sentencias han contemplado a los albaceas como “**representantes del testador**” (así, las de 5 de diciembre de 1921, 22 de febrero de 1929, 17 de mayo de 1955, 18 de diciembre de 1959, 24 de noviembre de 1960 y 11 de abril de 1967).

Finalmente, se suelen citar como sentencias que **rechazan** la teoría del mandato las de: 16 de noviembre de 1904 (que entendió no tener aplicación a esta materia los arts. 1.728 y 1.730 C.c.), la de 1 de febrero de 1910 (que acentuó más aún esta separación entre ambas instituciones, estableciendo que las funciones del albacea son personalísimas y no delegables), la de 2 de marzo de 1935 (que afirmó no ser rigurosamente exacta la teoría de que el albacea sea un mandatario del testador), y la de 20 de febrero de 1993 (“El albaceazgo, más que un propio mandato..., se configura como cargo testamentario de gestión y ejecución de las últimas voluntades del testador” ...).

266

Como se ve, estas últimas sentencias dictadas se refieren a casos muy concretos, y más que desmentir otra jurisprudencia lo que hacen es matizarla.

En resumen, son muy ponderadas y acertadas las palabras de PUIG BRUTAU (obra citada, pág. 448) cuando escribe: “... *Sobre todo, como resultado y balance de la Jurisprudencia, en lugar de disponer de un repertorio de frases que en su generalidad tanto pueden considerarse exactas como inexactas, deberíamos contar con una relación autorizada de los preceptos del MANDATO que son aplicables al albaceazgo y otra de los que deben excluirse*”. Esta lúcida frase resume muy bien todo el embrollo sobre el particular: la asimilación al mandato no es plena, pero es la única institución a la que acudir para llenar lagunas, aunque no haya jurisprudencia definitiva sobre cuáles aplicar y cuáles no.

Para un detallado resumen jurisprudencial sobre la materia, véase ALBALADEJO: *El albaceazgo...*, págs. 37 a 39, y *Comentarios...*, tomo XII, vol. 2.º, págs. 14 a 18.

Respecto a la **jurisprudencia extranjera**, decir que la jurisprudencia **francesa** se limita a declarar que, en general, el ejecutor testamentario no representa a la sucesión ni a los herederos. Dicho ejecutor está investido de un poder general de intervención al lado de los herederos, pero aceptando, en todo caso, que se trata de un mandato.

En cuanto a la **italiana**, la referente al Código de 1865 seguía la teoría del mandato *sui generis*, aunque la posterior al Código de 1942 se inclina por aceptar la tesis difundida especialmente por MESSINEO, de que el ejecutor testamentario es **un oficio**, esto es, un administrador público de intereses privados. (Aunque hay que señalar que tal Código de 1942 introdujo novedades normativas desconocidas por el nuestro).

Las leyes civiles europeas (a excepción de la actual italiana), parten todas de la concepción de que el albacea es un **mandatario del testador** (véase a este respecto: **HELMUT COING**, *Derecho Privado Europeo*, tomo I, parágrafo 130, Munich, 1985), y también la mayoría de las legislaciones iberoamericanas, en particular la argentina.

En cuanto a **NOSOTROS** damos por buenas y suscribimos básicamente las palabras de **CÁMARA** antes transcritas, respecto del **mandato post mortem**; y es que, como certeramente ha escrito **ALBALADEJO** (*Comentarios*, XII, 2.º, pág. 13) entrar en la naturaleza jurídica del albaceazgo "*sería una tarea inútil y trabajo perdido, ya que lo que importa no es averiguar si es que el albaceazgo es o no un mandato, o si es otra cosa, o si no es exactamente igual a ninguna, aunque se parezca a una o a varias, sino que importa sólo averiguar qué reglas se le aplican en defecto de las suyas propias*", pues, en realidad, el albaceazgo lo que necesita no es tanto una naturaleza "homogénea" con otra figura, sino de la analogía "*no del todo, sino del punto cuya regulación se precisa...*".

El problema, pues, se traslada a determinar qué normas del mandato son de aplicación al albaceazgo y hasta qué pun-

to, y cuáles no. Pues, a decir verdad, **no disponemos de otra institución jurídica con regulación normativa precisa que colme la demanda analógica que el albaceazgo precisa.** Lo que ocurre es que la jurisprudencia, como vimos, no nos suministra datos precisos, pues resuelve temas concretos en sus fallos y su doctrina, sobre no ser terminante, es insegura y discutible.

Lo único, en fin, que no parece discutible es la aplicación analógica del mandato en “aquellos puntos cuya regulación se precisa” (por mucho que nos quedemos sin saber, de manera precisa, cuáles son esos extremos). Pues, como afirmaba SCAEVOLA, las analogías indudables que presentan ambas figuras jurídicas autorizan (nosotros diríamos que casi “obligan”) a proclamar la aplicación analógica de las normas del mandato (en cuanto fuese pertinente) para colmar las lagunas legislativas que presenta la regulación del albaceazgo; y de conformidad con lo dispuesto en el actual **artículo 4, 1.º del C. civil.**

En fin, en las legislaciones latinas se podrá hablar de “figuras afines”, de un “mandato especial” o *sui generis*; de que “no es rigurosamente exacta” la equiparación de ambas figuras, etc., etc. Pero lo que sí parece cierto es que la raíz, la idea, el concepto del encargo recibido por el albacea no se separa, en esencia, de un verdadero mandato. A diferencia, radicalmente, de las legislaciones anglo-norteamericanas en donde, apartándose totalmente de la idea de la *successio* romana, lo configuran como un oficio de derecho público.

Pero entremos ya a hablar del asunto primordial que nos ocupa.

IV. ¿Pueden los herederos, puestos de común acuerdo (némine discrepante), hacer la partición prescindiendo de la intervención del contador-partidor?

Sucinto panorama doctrinal y jurisprudencial.

A) La doctrina.

Como resumen ALBALADEJO-DÍAZ ALABART (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1989, págs. 219 y ss.), la mayor parte de la doctrina que se ocupa del tema ¡con cierto detenimiento!, se muestra **FAVORABLE A PERMITIR** partir a los herederos. Tal es el caso de GONZÁLEZ-PALOMINO (*Estudios Jurídicos de Arte Menor*, 1964, vol. II, pág. 294); LACRUZ Y SANCHO ("Elementos de Derecho civil", V, *Derecho de sucesiones*, 1981, pág. 152); ALBALADEJO (*Derecho civil*, V, 1.º, 1979, pág. 336; y *El Albaceazgo*, 1969, págs. 29 a 33); MENÉNDEZ-VALDES GOLPE (en *Revista de Derecho Notarial*, 1970, enero-marzo); RIVAS (*Derecho de Sucesiones*, II, pág. 707) y VALLET (*Comentarios...*, Edersa, 1989, pág. 353) con matizaciones.

269

LOS ARGUMENTOS en que se suele apoyar dicha opinión doctrinal, se pueden resumir en los siguientes:

a) Si los herederos, mayores de edad, plena capacidad civil y acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente **prescindiendo de las disposiciones del testador** (según reiterada jurisprudencia; sentencias del TS de fecha: 21 de enero de 1907; 7 de noviembre de 1935; 7 de enero de 1949; 28 de enero de 1964; 25 de febrero de 1966 y resolución DGRN de 12 de marzo de 1930..., etc.), es lógico, igualmente, que puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor.

b) Siendo la institución del contador-partidor un nombramiento hecho por el testador **en beneficio de los herederos** a fin de que el caudal relicto se reparte entre ellos en paz y con arreglo a las conveniencias de los interesados, esa

razón justificativa desaparece cuando son esos mismos interesados los que se ponen de acuerdo en el modo de partir. Es decir, como dice ALBALADEJO:

“... de hacer el reparto a su agrado y en las condiciones que les apetezca, y no tener que soportar una partición que les haga otro, con la que hasta pueden no sólo estar todos en desacuerdo, sino que, además, estén todos de acuerdo en preferir otra determinada. Parece innegable que la opinión de la totalidad de los interesados debe prevalecer sobre la del contador, que arreglaría con criterio suyo los asuntos de los demás, cuando no haya discrepancia en lo que quieren éstos para arreglarlos entre sí. Y, como estando todos de común acuerdo, se borra la posible discusión, el papel en la partición del contador ya no se justifica”.

270

c) La posible intención de los interesados para **apresurar la partición** que el contador no hizo todavía, pues, estando aquéllos conforme en el reparto de los bienes entre ellos, quieren que se verifique ya.

d) También puede ser causa que induzca a los interesados a que no parta el contador, el **evitar el desembolso** que supondría el pago de sus honorarios (*“salvo el caso –dice LACRUZ– acaso, de la cantidad que eventualmente hubiera fijado el testador, pues son los coherederos los que prescinden de su trabajo, y no el propio testador, quien a veces al señalar tal retribución intenta hacer un legado”*).

e) Que imponer a los herederos una partición hecha por el contador **es inútil**, porque, al día siguiente, pueden deshacer lo hecho previamente por el contador, mediante pactos entre ellos, y podrán hacer prevalecer lo que hubiesen querido y deseado; de manera que, ¿para qué obligarles a recomponer las cosas a su gusto, con necesidad de posteriores retransmisiones, más pagos de impuestos, etc., que tanto les puede perjudicar, justamente cuando el nombramiento del contador se verifica en su interés y para evitarles perjuicios?

f) Además, se pueden dar casos de **desaparición, ausencia, incapacitación**, etc., del contador, que justifique debida-

mente el prescindir de él (en este sentido y otros más, véase el trabajo de MENÉNDEZ-VALDÉS, antes citado).

g) En fin, puede ocurrir, incluso, **que los coherederos deseen permanecer en la indivisión**, y no hay razón para que haya de imponérseles la partición del contador.

Por el contrario, se muestran **OPUESTOS** a que los herederos, aunque estén todos de acuerdo, puedan partir ellos prescindiendo del contador, ciertos autores que casi se limitan a expresar su opinión en contra.

Así, ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, II, págs. 602 y ss., sin extenderse en problema y aun exceptuando el caso de heredero único interesado); ALFONSO DE COSSÍO (*Instituciones de Derecho civil*, II, 1957, pág. 999); DíEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, IV, 3.^a Ed. 1983, pág. 724); GARCÍA GARCÍA (“Inscripción de la partición conjunta de contador y herederos y de la partición de contador, con la aprobación de los herederos o con la intervención de éstos a otros efectos”, *RCDI*, 1977, págs. 287 y ss.) y MANUEL DE LA CÁMARA (*Comentarios del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 2488).

271

El único argumento de cierto peso que merece ser tenido en cuenta se reduce a **la interpretación literal**, que ellos entienden imperativa, de los términos en que se expresan los artículos 1.057 y 1.058 del Código civil, 81 de la Ley Hipotecaria y 213 del Reglamento Hipotecario, y de los que deducen una preferencia excluyente de particiones; de manera que sólo cuando el testador no haya hecho la partición ni hubiese encomendado a otro esta facultad, podrán los herederos, con los oportunos requisitos de capacidad y unanimidad, realizarla ellos solos, pero no en otro caso.

Tan sólo CÁMARA ofrece otros argumentos negativos (obra y pág. citadas), y comenta: “No es cierto que los herederos puedan prescindir de la partición testamentaria, entre otras razones **porque la partición ya está hecha** cuando la sucesión se abre. Otra cosa es que puedan, entre sí, intercambiarse bienes, de suerte que a la postre el resultado final sea otro, pero

ello será consecuencia de acuerdos traslativos de una modificación de la partición” (ya veremos después cómo los herederos, no es que puedan “modificar” la partición testamentaria sino que la pueden “ignorar”, cosa bien distinta). Y prosigue: “*Tampoco la razón aducida en segundo lugar (permanecer en la indivisión) es suficiente, porque **habría que demostrar si el pacto de indivisión** es también eficaz cuando hay contador partidor* (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, IV, pág. 731)” (igualmente, intentaremos demostrarlo más adelante). Y concluye: “*Por otra parte, la designación de contador en el testamento puede obedecer al **designio de proteger a algún heredero** al que se supone pueda ser víctima de la mayor habilidad, experiencia o prepotencia de sus coherederos*”; citando en apoyo de su parecer la STS de 19 de febrero de 1962 y la resolución de la DGRN de 28 de abril de 1945 según la cual los coherederos no pueden prescindir del contador-partidor a no ser que el testador les hubiere autorizado para ello. Todo lo cual se rebatirá cumplidamente.

B) La jurisprudencia.

Ha sido reiterado el criterio de que no se puede prescindir del contador en tales casos (para una reseña jurisprudencial completa, véase ALBALADEJO: *El Albaceazgo o Comentarios*, tomo XII, vol. II).

Sin embargo, este criterio jurisprudencial negativo **ha quebrado** en la importantísima STS de fecha **20 de octubre de 1992** (que después veremos).

No obstante, y dejando aparte esta última sentencia, hay que reconocer (siguiendo al citado autor) que, en realidad, los fallos jurisprudenciales “*contemplan generalmente otros temas, y no el actual, así que lo que dicen tales fallos no pretenden resolver éste, aunque literalmente lo alcancen...*”. Se trata, en fin, de fallos dictados en otro contexto y para fines distintos.

Los fallos que más parecen venir a cuento son: la resolución de 22 de octubre de 1897, y una sentencia de 19 de febrero de 1962 (que ahora se verán).

Con todo, no debe olvidarse la sentencia de **31 de mayo de 1913** que (en el supuesto de institución de **heredero único**, en el cual uno de los albaceas testamentarios contadores y ejecutores demandó al heredero para realizar las operaciones testamentarias después de concluido un pleito sobre nulidad de una cláusula testamentaria, del que se había desentendido el contador y después de haber cumplido el heredero totalmente las únicas mandas piadosas ordenadas por el causante) declaró: *“que no se infringía el artículo 1.057 C.c. al excluir de las facultades concedidas al actor –el albacea contador– el ejercicio de las facultades contenidas en dicho precepto legal, porque, al no existir el fin al que estaban dirigidas, resultan innecesarias al cumplimiento de las disposiciones testamentarias”*. En esta sentencia no había nin-

273

guna otra persona interesada más que el heredero. Curiosamente, y para un supuesto similar, la resolución DGRN de 28 de abril de 1945 se pronunció en sentido contrario (aunque no de manera rotunda, pues dejaba abierta la puerta de que el notario “haya puesto de relieve” determinadas circunstancias –fallecimiento, incapacidad o ausencia del contador– por las que se venga en conocimiento de la licitud y eficacia de la partición en estos casos). Es ocioso decir que la doctrina de esta resolución (criticada duramente por SANZ FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ-PALOMINO, LA RICA y ROÁN) ha dejado de tener virtualidad desde la reforma del Reglamento Hipotecario –1944-1946– por el inciso final del antiguo artículo 83 (hoy 81) de manera que el notario que perdió el recurso en el año 1945 lo habría ganado un poco más tarde; lo que demuestra el empecinamiento de la DGRN en las interpretaciones literalistas.

PERO pasemos ahora a reseñar los fallos jurisprudenciales que son del caso: aquellos que **afrontan en toda su desnudez y directamente** el asunto que nos ocupa:

* Respecto de la **sentencia de 19 de febrero de 1962**, no se trata de un caso “puro”, pues los herederos no prescindieron del contador, sino que fue el contador el que partió tomando en consideración un previo acuerdo de los herederos; no obstante, declaró que: *“los herederos sólo podrán disponer libremente de los bienes hereditarios, distribuyéndolos como les plazca, cuando no exista contador-partidor o haya fenecido el plazo otorgado a éste para realizar su cometido”*.

* En cuanto a la **resolución de la DGRN de 22 de octubre de 1897** es LA CLAVE Y CRUCIAL para conocer la postura reiterada (y aún no contradicha) de nuestro centro directivo sobre la materia: LA ÚNICA que, abiertamente y de manera frontal, se ha enfrentado con la cuestión que examinamos.

Esta resolución declaró lo siguiente:

274 *“Considerando que en el presente caso los herederos han prescindido en absoluto del Albacea nombrado por el testador, y que, independientemente de la conformidad de los mismos y de si quedan o no bien cumplidas todas las disposiciones testamentarias, es lo cierto que tal omisión constituye una infracción de disposiciones preceptivas del Código civil, contenidas en la sección 11.ª, Título III, Libro III, que no son renunciables por los particulares y dejan incumplida, en extremo que puede ser tan importante, la voluntad expresa del testador, que es ley en la materia. Considerando que aceptado el cargo de albacea es éste, por ministerio de la Ley, el único capacitado para representar la personalidad del testador y ejecutar su voluntad con eficacia legal, hasta el punto de tener que desempeñarlo con carácter obligatorio y no poderlo renunciar sino judicialmente, según el artículo 899 del Código civil; estándole prohibido delegarlo cuando no le ha autorizado el testador para ello, conforme al 909; disponiendo finalmente el 911 que solamente en el caso de que no haya albacea, o éste muera, renuncie, sea removido o deje transcurrir los plazos legales, corresponder a los herederos la*

ejecución de la voluntad del testador. Considerando, en virtud de lo expuesto, que obró correctamente el Registrador negándose a inscribir las particiones verificadas por quienes no estaban autorizados por el testador para este trabajo, aun cuando tuvieran el carácter de herederos, que para el cumplimiento de disposiciones de carácter preceptivo es indiferente, siendo totalmente ajeno a esta cuestión la de examinar si queda de todos modos bien cumplida la voluntad del testador, pues por bien ejecutado que se halle un acto, si no lo realiza el que puede y debe, resulta, por la sola razón de falta de personalidad y capacidad, enteramente nulo”.

(¡Aunque sorprende la ausencia de comentarios doctrinales a la misma! siendo decisiva.)

FINALMENTE la no menos importante (en realidad es **¡la más importante!** de todos los fallos jurisprudenciales sobre este particular) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 de octubre de 1992 sienta la siguiente doctrina:

275

“SÉPTIMO.— ... dicha partición, dice el recurrente, sería radicalmente nula, al haber sido hecha sin la intervención de ninguno de los dos contadores-partidores que, con carácter solidario, habían nombrado los causantes en sus respectivos testamentos. Aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario a lo que a continuación se expone, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (némine discrepante), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo mayoritario criterio doctrinal comparte esta Sala, por las consideraciones siguientes: a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición, que necesite de una protección especial), el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en bene-

ficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, **desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor**, b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, **prescindiendo de las disposiciones del testamento**, según reiterada doctrina de esa Sala, que hemos expuesto en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución (sentencias del TS 21-1-1907, 7-11-1935, 7-1-1949, 28-1-1964 y 25-2-1966); es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente). c) Este es el **criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos forales**, que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así, la Ley 344 del Fuero de Navarra (RLC 1973, 408, 456; RCL 1974, 1073 y NDL 22212) tanto en su redacción originaria, como en la coincidencia en ese extremo que luego le ha dado la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (RCL 1987, 1.2171 y LNA 1987, 976) y el artículo 57 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, aprobado por la Ley de la Generalidad 40/1991, de 30 de diciembre (RCL 1992, 456 y LCAT 1992, 46) (coincidente el referido artículo, en cuanto al extremo que aquí nos ocupa, con lo que antes establecía el art. 274.2 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña) (RCL 1960, 1.034 y NDL 4.575). **No parece existir razón (histórica, ni jurídica)** alguna para que el Derecho civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio cuando **el Código civil**, que tan poca atención normativa presta a la figura del contador-partidor, **no contiene ningún precepto en que expresa-mente la prohíba, ...**".

Con esta última sentencia el debate se ha reabierto, no sólo por quebrar la línea jurisprudencial anterior, ni por tratarse de la última referencia jurisprudencial, sino, sobre todo, porque, rompiendo con el raquítico y único argumento literalista, interpretativo de los fallos tradicionales, ha introducido criterios de interpretación histórica, lógica, sistemática y teleológica; como debe ser en buena hermenéutica jurídica, máxime tratándose de una figura como es el contador-partidor, de tan escasa regulación legal en el Código civil.

Resulta, por lo demás, sorprendente que la última resolución relacionada con esta materia, la de 6 de febrero de 1995 (que recoge la doctrina de las res. de 16 de julio del 44, 26 de marzo del 52 y 6 de abril del 62), sin embargo ¡no cite en los “vistos” la STS de 20-10-92!, y siga hablando de la partición del contador como una partición de “naturaleza **privilegiada** y unilateral” (cosa, esta última, obvia), pareciendo dar a entender, con aquel calificativo, que se mantiene en su tradicional criterio (aunque en el caso debatido se trataba de una partición conjunta entre el contador-partidor y cuatro herederos —uno menor representado por su madre—).

277

V. Los herederos son los continuadores de la personalidad jurídica del causante y ejecutores natos de la voluntad del testador

A) La coexistencia de facultades compartidas con los ejecutores testamentarios: formulación de la teoría.

Pues bien, a la vista de toda la anterior doctrina y jurisprudencia, **llama la atención** la ausencia de un argumento que, sobre ser de capital importancia, parece pasar desapercibido o sólo tangencialmente reseñado.

Sin embargo, y aun sin perder de vista la figura del contador-partidor, vamos nosotros a centrar nuestra opinión respecto a todo ejecutor testamentario en general.

En efecto, parece oportuno y prudente recordar que en un sistema sucesorio de claro corte romanista, como lo es el nuestro, los herederos son los ejecutores natos de la voluntad del testador.

En este sentido, PUIG FERRIOL (*Comentarios del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 2176 y 2177) comenta que los sistemas sucesorios de base o raíz romana “... vienen presididos por el principio de la *successio*, que se traduce en convertir al heredero –o herederos– en **el personaje central, en torno al cual gira todo el proceso sucesorio**, en el sentido de que el heredero o sucesor universal (cfr. art. 660 C.c.) se coloca en la misma posición jurídica de su causante y, por ello, las relaciones jurídicas transmisibles que en vida competían al causante de la sucesión, subsisten tras su muerte, pues se continúan en la persona del sucesor universal o heredero. De ahí que, en los sistemas sucesorios de base romana, el heredero deba reputarse como **EL EJECUTOR NATO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE DE LA SUCESIÓN** (cfr. arts. 911 y 1.058 C.c.).

278

De lo dicho se sigue que, en dichos sistemas sucesorios **el heredero normalmente desplaza –por innecesaria–** la figura de un tercero, que aparezca como executor de la voluntad del causante. Y, por tanto, la intervención del albacea o executor testamentario en el proceso sucesorio no deriva de la ley, sino que se hace depender exclusivamente de la voluntad del causante, como resulta del artículo 892 C.c., que le faculta –“podrá” dice el precepto– para nombrar uno o varios albaceas...”.

Hasta aquí, de acuerdo.

Pero, a continuación, dicho autor afirma: “Los cuales, por consiguiente, sólo aparecen en la dinámica del proceso sucesorio cuando el de cuius decide valerse de un tercero o executor testamentario, con el fin de **sustraer al heredero** o herederos algunas de las facultades que, según los principios que informan el proceso sucesorio, en los casos normales, corresponden a los herederos por su condición de sucesores en todo

el derecho de su causante" (en el mismo sentido BINDER, traducido por LACRUZ en su *Derecho de sucesiones*, y también ALBALADEJO).

SIN EMBARGO, nosotros no vemos por ningún lado esa pretendida merma a las facultades de los herederos, SALVO QUE EL TESTADOR EXPRESAMENTE LO HUBIESE DISPUESTO ASÍ en su testamento; y no creemos, como afirma ALBALADEJO, que *"es obvio que las facultades que se le entreguen al albacea —o tercero ejecutor testamentario, en general— se restan de las de los herederos"*.

¿Por qué es obvio, si lo obvio es, justamente, lo contrario: que al heredero no hay quien le reste facultades, salvo que el testador así lo dispusiese expresamente, tras nombrar al albacea (es decir, su solo nombramiento no basta para dar por entendido u obvio esa presunta "resta")? Sin olvidar que el testador tiene, igualmente, numerosos límites al respecto, que no es cuestión de examinar ahora y distraer la atención.

En efecto, NOSOTROS opinamos, por el contrario, lo siguiente: los **herederos** son los **ejecutores NATOS** de la voluntad del testador y tienen conferidas **POR LEY** todas las facultades necesarias para cumplir y dejar ultimada la sucesión del causante o testador; mientras que **los albaceas** o terceros tienen unas facultades cuya existencia, alcance y contenido se hace depender de la **VOLUNTAD DEL TESTADOR**. De lo que se sigue que, en el albaceazgo (o terceros ejecutores en general, ¡que aunque no lo repitamos siempre, así se debe entender!) se da un claro supuesto de separación entre titularidad y ejercicio de facultades.

De manera que la **titularidad** es en un principio del testador, y a su fallecimiento la ostentan sus sucesores a título universal, SUS HEREDEROS; pero, a su vez éstos, como ejecutores natos en cuanto continuadores de su personalidad jurídica, tienen **EX LEGE** las facultades de ejercicio. Lo que ocurre es que, además, dicho ejercicio (que no la titularidad) puede corresponder a los albaceas, comisarios, contadores-

partidores y administradores de la herencia (según los casos y el ámbito de sus facultades de ejecución), aunque NO con carácter único y exclusivo, sino que, al provenir tales facultades de ejercicio no de la ley sino de **LA VOLUNTAD DEL TESTADOR**, se **yuxtaponen** y se encuentran **COMPARTIDAS** con las de los herederos.

Es más, los albaceas tendrán todas las facultades que el testador les hubiese conferido o las de los artículos 902 y 903 C.c. si nada dijo aquél; mientras que los herederos las tienen **TODAS**, existan o no ejecutores testamentarios nombrados: en el primer caso las tendrán compartidas (ejercicio compartido) y en el segundo, no habiendo ejecutores, las tendrán exclusivas (ejercicio exclusivo).

En resumen, ¡LA FUENTE U ORIGEN! de las facultades de ejercicio de unos (los herederos) y otros (los albaceas) **son distintas**, lo que explica y justifica que transcurran por caminos distintos; pero ni aquéllas se superponen o anulan a éstas, ni viceversa; para decirlo gráficamente discurren de manera paralela. De modo que no se ve justificación para atribuir a tales ejecutores nombrados por el testador dicha facultad de ejercicio o ejecución con carácter exclusivo y en primer lugar, y a los herederos de aquél con carácter excluyente y en segundo lugar.

Téngase presente que los ejecutores voluntarios obran, en virtud de una “legitimación” **FORMAL**, en nombre propio pero, necesariamente, **en interés ajeno u operando sobre derechos ajenos**: los de los herederos y demás interesados en la sucesión; esto es, de los “titulares” **MATERIALES**.

En efecto, en tanto que estos ejecutores voluntarios sólo existen cuando el testador así lo quiera y sus facultades dependen de lo que el testador disponga en su testamento, tal testamento supone, en puridad, un **título FORMAL de legitimación** para que dichos ejecutores testamentarios existan y actúen.

SIN EMBARGO, la fuente u origen de las facultades de los herederos, es la misma LEY; el testador sólo les designa o

les nombra, pero la ley les otorga un status jurídico que ya no depende de la voluntad del testador, o mejor, un status jurídico que el testador no puede derogar.

Pues lo quiera o no el testador, nombre a éstos o a aquellos herederos, dé a unos más y a otros menos, los herederos son, por ley, continuadores de su personalidad jurídica y ostentan todas las facultades dominicales sobre los bienes hereditarios desde que aceptan la herencia.

Es decir, los herederos son no sólo los titulares formales de la sucesión sino, sobre todo, titulares materiales; y, como quiera que dentro de las titularidades materiales se engloban todas las posibles facultades dispositivas dominicales, incluidas la de ejercicio, esa “legitimación” formal para ejecutar de los albaceas o contador-partidor, sólo puede entenderse de manera compartida con las facultades de ejercicio que ostentan los herederos en virtud de su “titularidad” (omnicomprensiva, personalísima e intransmisibile).

281

Pues nunca una legitimación formal puede restar, menoscabar o anular facultades a quien sea no sólo titular formal sino, además y sobre todo, titular material de aquéllas.

En resumen:

La titularidad de los derechos reside en el heredero; el ejecutor está simplemente legitimado para su ejercicio.

Llegados a este punto conviene, antes de continuar, hacer una precisión conceptual, toda vez que se acaban de utilizar términos tales como “titularidad” y “legitimación”, que requieren una especial atención para la mejor inteligencia de lo expuesto.

No se pretende, sin embargo, un estudio pormenorizado de la cuestión, sino sólo una breve referencia en lo que sea pertinente a este trabajo.

Se descartan, pues, el estudio de otros conceptos relacionados, tales como “capacidad para disponer”, “poder de disposición”, etc., y se atiende sólo a los arriba enunciados.

En efecto, téngase presente que una cosa es la TITULARIDAD y otra la LEGITIMACIÓN, y no deben confundirse entre sí.

En este sentido, y en lo tocante a la primera, dice FERRARA que la **TITULARIDAD** no es más que “el fenómeno de **inherencia del derecho al sujeto**”. Y nuestra doctrina jurídica (que prefiere hablar más bien de “titular”) opina —así DE CASTRO— que **titular del derecho subjetivo es la persona a la cual éste le está atribuido**. La titularidad —según DE CASTRO— contempla la situación del sujeto de un derecho subjetivo desde el punto de vista de los poderes o facultades que tal situación le otorga. Por tanto, el titular de un derecho subjetivo puede ejercitarlo mediante la actuación de las facultades que éste implica; tiene, en consecuencia, “legitimación” para realizar los actos que signifiquen ejercicio de su derecho.

Por lo que respecta a la **LEGITIMACIÓN**, y siguiendo a **LADARIA CALDENTEY** (*Legitimación y Apariencia Jurídica*, Barcelona, 1952; que, arrancando de la figura germánica de la “gewere”, nos sitúa en GIERKE, luego en KRUKMAN y, por fin en CARNELUTTI y BETTI) diremos que por la legitimación se explica el que un no titular de un derecho (en nuestro caso, el ejecutor testamentario) pueda realizar eficazmente actos jurídicos sobre ese mismo derecho.

Así, la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su relación respecto al acto (tesis de CARNELUTTI); es decir, basada en la particular relación del sujeto con el objeto.

La legitimación aparece, pues, como uno de los presupuestos que, además de la capacidad, pero independientemente de ella, deben concurrir para la plena eficacia de los efectos de un acto.

SIN EMBARGO, como prosigue LADARIA, no se deben confundir los conceptos de “titularidad” y de “legitimación”; porque mientras **la titularidad** es la causa o fundamento de la legitimación directa, **no es la legitimación misma, ni es la única causa de toda legitimación**, ya que junto a la titularidad, son fundamentos de la legitimación: el poder, la autorización, la gestión de negocios, la sustitución, los pronunciamientos registrales, etc.

En efecto, se suele distinguir por el citado autor dentro de la legitimación la que lo es “directa” y la “indirecta”:

— La legitimación **DIRECTA** supone la plena coincidencia entre el autor del acto y el titular de la esfera jurídica en la que dicho acto produce sus efectos jurídicos, y **deriva de la titularidad** de un derecho subjetivo o de una facultad jurídica autónoma, de las cuales el acto es ejercicio.

En definitiva, como afirma LADARIA, es el reconocimiento, hecho al titular de una esfera jurídica, de la posibilidad de realizar, en nombre y por cuenta propia, un acto jurídico determinado.

— La legitimación **INDIRECTA**, en tesis de tal autor, supone el reconocimiento de la **posibilidad de realizar**, en nombre propio o ajeno, **un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que no se es titular; ¡pero respetando la titularidad!**

Por consiguiente, esta sería la posición de los ejecutores testamentarios; pues: bien se piensa que el encargo que reciben del testador reviste la naturaleza de un mandato *post-mortem*, o sea, algo parecido al mismo, o bien se opine que estamos ante un poder de representación o, en fin, que se trata de una autorización del testador reconocida por la ley en atención a su cargo u oficio, etc., etc.; sea como fuere, decimos, lo cierto es que los ejecutores testamentarios, al no ser titulares del derecho, sino que, por el contrario, sus actos producen efectos en la esfera jurídica de tales titulares (los herederos), la circunstancia de que puedan realizar eficazmente tales actos jurídicos (en este caso, actos de EJECUCIÓN O EJERCICIO) sobre ese mismo derecho, los convierte en verdaderos ostentadores de una legitimación formal e indirecta (nunca material ni directa, pues ésta pertenece única y exclusivamente al heredero).

En consecuencia, nos interesa poco saber cuál sea la naturaleza jurídica específica de su encargo; nos basta saber que tiene su origen en el testamento y viene amparado por un reconocimiento legal. Lo que realmente nos interesa es

dejar reseñado que si el titular del derecho subjetivo (el heredero) tiene legitimación para actuar las facultades que su derecho implica, es decir, realizar los actos que signifiquen el ejercicio de su derecho (tanto formales como materiales), el hecho de que exista un ejecutor testamentario con una simple legitimación indirecta, no le puede privar a aquél de lo que es consustancial con el status jurídico de heredero, titular de todos los derechos transmisibles recayentes sobre el patrimonio dejado por su causante y testador.

Ni siquiera, como vimos, puede el mismo testador derogar ese status jurídico de heredero, que se produce como consecuencia de la *successio* y que coloca a tal heredero en la misma posición jurídica de su causante (art. 660 del C.c.).

En base a todo ello, ¿cómo se puede afirmar que las facultades que se confieren al ejecutor testamentario se le restan a las del heredero?

284 ¿Qué clase de titularidad podría invocarse para ello? (Pues sólo una titularidad puede restar a otra titularidad: ej. usufructo y nuda propiedad).

No creemos que los ejecutores testamentarios ostenten titularidad alguna; pues la esencia de la titularidad es la inherencia del derecho subjetivo con la persona a la cual éste le está atribuido.

Además, las titularidades presuponen una “dificultad casi insuperable de su transmisión, correspondiente a la que existe respecto a la misma relación jurídica” (así, DE CASTRO).

En fin, que el ejecutor testamentario no ostenta titularidad alguna lo confirma claramente el artículo 20.4 de la Ley Hipotecaria, que hace innecesaria la previa inscripción a favor de “los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que, con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos”; excluyéndose, pues, de modo muy particular (entre otros posibles casos) los supuestos del comisario, contador-partidor y albacea. Pues tales cargos no actúan ni adquieren para sí, sino para el titular, para el heredero.

Ratifican este criterio los artículos 82 y 138 de la LH y 178 del RH.

Incluso, de no admitirse esta distinción y, por el contrario, admitir una titularidad meramente **formal**, de mera disposición patrimonial o, acaso, una titularidad fiduciaria, en el ejecutor testamentario, es más que dudoso que esta clase de titularidad *sui generis* pueda despojar de alguna facultad al titular material del derecho subjetivo. Pues ¿en base a qué principio, regla, fundamento o construcción jurídica se produciría ese pretendido despojo?

Habría que explicarlo.

Y si, como pensamos, se trata de una legitimación indirecta (la directa sólo está atribuida, repetimos, al titular del derecho subjetivo) ¿es que acaso esa legitimación tiene autonomía y vida jurídica propias? En absoluto. Este tipo de legitimación está fundamentada y, por tanto, subordinada a una fuente distinta de la titularidad propiamente dicha y debe ceder ante ella. Pues, si bien puede operar en la esfera jurídica del verdadero y único titular, ello es a condición de respetar tal titularidad del derecho subjetivo; y, por consiguiente, mientras dicho titular lo consienta y lo tolere.

Sólo de manera excepcional y, normalmente, de forma transitoria y carente de firmeza definitiva (al poder ser atacable judicialmente, cuanto proceda) puede una legitimación formal o indirecta basada en la apariencia o fundamentada en pronunciamientos registrales, desconocer al verdadero titular del derecho subjetivo, y ello, con la única finalidad de proteger a terceros, o sea, para salvaguardar la seguridad jurídica.

Pero no es éste el caso.

Claro que se podría alegar que —como ya dijera la STS de 3 de abril de 1915— en la sucesión testamentaria, la voluntad del testador es la ley de la sucesión; y si los herederos no siguen esta voluntad, sus actos son contrarios a la ley, por lo que adolecen de un vicio originario de nulidad, no convalidable.

Pero se podría responder a ello que, efectivamente, el testamento es la ley de la sucesión, pero no capricho del testador (después veremos con amplitud y detalle las sentencias del TS que permiten a los herederos *nemine discrepante*, apartarse, prescindir o desconocer las disposiciones del testador; que son abrumadora mayoría y que hacen a los fallos contrarios ser meramente testimoniales).

Y ello es así, insistimos una vez más, merced al fenómeno que implica la *successio* en los códigos de corte romanista, como lo es el nuestro.

286 Y es que, ¿cómo se podría entender, una vez aceptada la herencia, la existencia de una comunidad, aunque sea indivisa, sobre esa *universitas iuris* sin tener el ejercicio de los derechos que conforman aquélla? ¿Qué clase de propiedad o copropiedad sería esa? ¿Cómo va a poder restarle facultades a un propietario quien no es siquiera interesado en la herencia? ¿Cómo, en fin, va a impedir el simple nombramiento de una persona que sólo está legitimada para “gestionar”, “contar” o “partir” intereses y derechos ajenos, que los propios interesados (los herederos) gestionen lo que sólo a ellos interesa y pertenece?

Un claro ejemplo de ello lo vemos en el mandato, que legitima formalmente al mandatario para gestionar, realizar o ejecutar algo en representación del mandante, pero eso no impide que el propio mandante, el dueño de las facultades dominicales, quede limitado en las mismas, pudiendo, por *contra*, revocar el mandato y ejercitar él mismo las facultades que otorgó al mandatario. Pues bien, en el presente caso, ocurre algo similar pues una vez fallecido el titular original y material del patrimonio relicto (el testador) dicha titularidad material pasa derivativamente a sus herederos, los cuales, incluso, podrán dejar sin efecto y vigor aquella facultad de ejercicio, toda vez que se trata de una de sus facultades que, consustancialmente, conforman el contenido y configuración de tal cualidad de heredero. **De manera que aquella facultad durará tanto como permitan éstos en despojarse de ella.**

Y así se demuestra también en aquellas comunidades en donde el título constitutivo y las reglas que rigen aquéllas pueden quedar modificadas o sustituidas por otras nuevas si los nuevos titulares y comuneros así lo acuerdan unánimemente (esto lo veremos después más detenidamente).

Pues si hay algún “dogma de fe” jurídico en esta materia, no sería éste el formulado por el profesor ALBALADEJO (siguiendo a BINDER) *“es obvio que las facultades que se le entreguen a éste —al albacea testamentario— se restan de las de los herederos”*.

No; decimos. EL PRINCIPIO AXIOMÁTICO en esta materia sería otro: que los herederos son los ejecutores natos aun antes y más propiamente que los albaceas; y, en tal sentido, se puede afirmar que los albaceas serían una especie de FISCALIZADORES de la buena, fiel y exacta ejecución de la voluntad del testador, cuando ésta fuese ejecutada por los herederos, **sin perjuicio** de que los albaceas sean también ejecutores de la voluntad testamentaria.

Así, los herederos podrán ejecutar el testamento **simultáneamente y con independencia** de los albaceas y/o del contador-partidor; y el hecho de que el testador nombre (uno o varios) distintos ejecutores testamentarios, en cualquiera de sus modalidades, ni les niega ni quita a aquéllos un solo ápice al carácter de ejecutores testamentarios que ostentan, además de la titularidad, a partir de la muerte de su causante y testador.

En efecto, los albaceas ostentan dos tipos distintos de facultades: **unas**, de ejecución propiamente dicha, que comparten con los herederos; y **otras**, de **fiscalización, vigilancia y control** sobre la ejecución practicada o a practicar por los herederos.

A su vez, las facultades de ejecución compartidas pueden entrañar actos simplemente materiales, jurídicos o mixtos.

Pero, en todo caso, tanto las facultades particionales conferidas de manera añadida y expresamente por el testador al albacea, como las facultades de ejecución que, por esen-

cia, corresponden al comisario, contador-partidor, *no* se incardinan dentro de las facultades de fiscalización que, con carácter exclusivo, corresponden al albacea; sino que la facultad de partir es o corresponde, de manera compartida, tanto al albacea (investido de tales facultades expresas por el testador) como al heredero.

En definitiva, el albacea es un ejecutor testamentario, pero, a la vez, es más que eso: es el fiscalizador de la buena, regular y exacto cumplimiento de la ejecución de la voluntad del testador. Y como la partición es algo que atañe, pertenece o afecta única y exclusivamente a la esfera jurídica, privada y particular de los herederos, si éstos la practican por unanimidad y la dan por buena, al ser los únicos interesados y destinatarios de la misma, ninguna legitimidad ostenta el albacea con facultades de partir para oponerse a ella, invocando facultades de fiscalización y control. Y claro es que, respecto del comisario contador-partidor resulta más evidente lo que se acaba de decir, al ser un simple ejecutor con facultades compartidas con los herederos, y no ostenta (a diferencia del albacea) en modo alguno las facultades exclusivas de fiscalización, vigilancia y control.

(Esto se verá en detalle más adelante.)

Y todo ello, repetimos, SALVO que el testador así lo haya querido, para lo que no basta el simple nombramiento de tales ejecutores. Así parece deducirse además, de la STS de 20 de octubre de 1992 cuando dice y repite que:

*“... salvo que el testador lo haya **prohibido expresamente en su testamento**, los herederos... cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (némine discrepante) pueden prescindir de la intervención del contador-partidor...”*

El fundamento de ello, en línea con lo que acabamos de exponer (y sin perjuicio de lo que después se comenta ampliamente) estriba en que, como las facultades de ejecución de los albaceas tienen su origen en la voluntad del testador, ostentándolas no obstante y además los herederos por ley, para sustraer o restar a éstos las facultades que se confie-

ren a aquéllos, se hace preciso que el propio testador, en el mismo testamento (o acto testamentario) que nombra los ejecutores, prohíba **expresamente** a los herederos que ejerciten tales facultades: pues si, expresamente, no se lo prohíbe y les excluye, las seguirán ostentando conforme a la ley, y máxime cuando **toda norma o disposición que suponga restricción de facultades debe ser expresa, no se presume y debe interpretarse restrictivamente y no admite aplicación analógica, y de que, lo no prohibido expresamente, se ha de considerar permitido.**

(Respecto a si los herederos, unánimemente, pueden **incluso** prescindir o “ignorar” esa prohibición expresa del testador, hablaremos después.)

La consecuencia de todo lo anterior es que la **intervención del contador-partidor** se impondrá como **necesaria** en el supuesto de que falte y por lo tanto no concorra la imprescindible y necesaria **UNANIMIDAD** por parte de los herederos y demás interesados en la partición, pero no en caso contrario; pues, a falta de tal unanimidad, la partición y consiguiente adjudicación de los bienes hereditarios relictos deviene imposible, no podrá tener lugar, y los herederos se verían imposibilitados de verificarla.

Y ante este callejón sin salida, y con el fin de evitar la no deseable intervención judicial, la partición a realizar por el contador-partidor se antepone como precedente en orden a tal partición judicial, pero posterior a la que, de otro modo y de existir acuerdo unánime entre los herederos y demás interesados, pudieran practicar éstos (esto se desarrollará más adelante).

En todo caso, como el contador-partidor ostenta en principio facultades para practicar la partición, compartidas con los herederos y demás interesados en la misma (si bien el orden de legitimación y preferencia respecto de éstos será distinto según exista o no un acuerdo unánime entre ellos), se ha de entender, en principio, que puede el contador-partidor verificar la partición, mientras no haya sido **NOTIFICADO**

FEHACIENTEMENTE del acuerdo unánime alcanzado entre los herederos y demás interesados en la partición, relativo a la decisión de practicar por sí mismos las operaciones particionales y de prescindir del contador-partidor nombrado, requiriéndole a fin de que se abstenga de partir por él mismo, y acompañando la partición ya verificada por ellos (después trataremos este tema ampliamente y veremos cómo lo más seguro es que ni siquiera sea necesaria tal notificación).

Y la verdad es que las cosas **NO PODRÍAN SER DE OTRA MANERA**, pues, a la vista de todo lo anterior (y de lo que después veremos) resulta claro y evidente **que a diferencia del sistema inglés, que no admite que el sucesor o sucesores puedan NUNCA liquidar la herencia, y que encomienda esta misión a un administrador o ejecutor nombrado por el testador, o, en su defecto, por la justicia**, por contra, las legislaciones latinas atribuyen a la ejecución testamentaria una función secundaria y esencialmente subordinada a la voluntad del testador, por ser los herederos los ejecutores natos de tal voluntad.

290

Precisamente por **ser innecesarios conceptualmente**, no existe en nuestro Derecho una figura única de un tercero ejecutor testamentario de carácter general (como algunos pretenden ver en el albacea) que pueda homologarse, ni siquiera en el nombre, al del sistema inglés; sino que, como el ejecutor nato es el heredero, a él le compete el cumplimiento de la voluntad del testador (de manera exclusiva o compartida, según los casos).

Lo que ocurre es que, como en nuestro proceso sucesorio pueden ocurrir circunstancias o darse casos en que sea preciso **un ejecutor "ad hoc"** para el caso concreto, hay que prever tal extremo. Y estas circunstancias se han tipificado u objetivado por nuestro legislador, cristalizándolas en tres órdenes o esferas jurídicas fundamentales: -intereses o asuntos del testador (= albaceas); -intereses de los herederos (= contadores-partidores) o intereses de los acreedores (= administrador de la herencia mientras ésta se encuentre indivisa du-

rante la formación del inventario y término para deliberar: artículos 1.026 y ss.)

Y ello, sin desconocer otras figuras particulares, como ocurre con el administrador hereditario cuando la viuda queda encinta (arts. 965 y 967 C.c.) o con el administrador de la herencia en los casos de institución de heredero bajo condición suspensiva (arts. 801 a 804 C.c.). Y, aún en los territorios de Derecho foral, de marcada raigambre romana, cabe citar figuras afines, como el heredero de confianza (en Cataluña y Navarra) o el heredero distribuidor (en Baleares)...

Por lo demás, hemos de **recordar** y tener en cuenta, igualmente, **los orígenes y precedentes históricos** en nuestro Derecho de la institución del albacea y demás ejecutores testamentarios, figuras, en su origen, de marcado y especial cuño canónico; hasta el punto de considerar dichos cargos ROGUIN, como "invenciones de la Iglesia".

Todo ello hace, como muy bien dice ROCA SASTRE, que dichas instituciones no tengan un fácil y cómodo encaje en un sistema sucesorio como el nuestro basado en el Derecho romano.

Precisamente, en línea con nuestra postura, conscientes y congruentes con los principios que inspiran los sistemas sucesorios basados en el Derecho romano, los ordenamientos jurídicos **FORALES** que se han ocupado de regular pertinentemente esta materia, han introducido tal criterio en sus provisiones normativas (así la Ley 344 del Fuero de Navarra y art. 57 del Código de Sucesiones de Cataluña), que al posibilitar a los herederos, por acuerdo unánime, practicar la partición y prescindir del contador-partidor nombrado, vienen a reconocer implícitamente el carácter de ejecutores testamentarios a los propios herederos de manera simultánea y con facultades compartidas con el contador-partidor, y no de manera sucesiva en orden o excluyente.

B) Sistema latino *versus* sistema inglés.

En fin, muy por el contrario, en el SISTEMA INGLÉS, los herederos NUNCA entran en la posesión de los bienes hereditarios (hasta que no se les adjudica) **ni jamás** intervienen en el proceso de liquidación de la herencia.

Conviene, pues, una breve reseña de este sistema para acabar de comprender, en toda su esencia, lo referido anteriormente.

Para esta cuestión son clásicos los trabajos de BAUDOUIN (*De L'administration des successions ab intestat en droit anglais* -Loi du 9 abril 1929- París, 1928, especialmente págs. 8 y 11) y sobre todo BUNNAG (*De L'executeur testamentaire dans le droit anglais*, París, 1930, págs. 12 y 21).

También, CONTURSI LISI (*L'executore testamentario*, Padua, 1950, págs. 53 a 55) y el profesor H. GATTI (obra citada, págs. 41 a 48) realizan un resumen muy preciso.

292

Pues bien, como dice este último autor citado: "*Es después de la conquista de Normandía en el siglo XII, cuando la institución se introduce en Inglaterra, habiéndose mantenido hasta 1857 la competencia de la jurisdicción de la Iglesia en materia sucesoria, lo que permitió al ejecutor testamentario conservar un papel capital que no posee en ninguna otra legislación. En 1857, con la creación de la "Court of Probate", se le quita jurisdicción a la Iglesia, y la jurisdicción civil se interesa más y más en la función del ejecutor testamentario*". En este sentido, véase MICHAEL SHEEHAN (*The will in Medieval England*, Toronto, 1963, págs. 156 y ss.) confirma que la jurisdicción eclesiástica en Inglaterra sobre materias testamentarias, se configuró durante más tiempo y más consecuentemente que en el continente.

Ahora bien (sigue diciendo H. GATTI) "*Dentro del Derecho inglés los sucesores no tienen la propiedad ni la posesión de los bienes en pleno derecho; la saisine de los sucesores universales es totalmente desconocida; la idea de la continuación de la personalidad jurídica del difunto, que domina totalmente*

la evolución sucesoria en los llamados regímenes jurídicos latinos, es absolutamente desconocida en el Derecho inglés, el cual nos brinda el más puro y acabado ejemplo del sistema de la sucesión en los bienes, con su principio cardinal de que las deudas hereditarias se pagan con los bienes de la herencia, y que el sucesor, aun el sucesor universal reconocido en este derecho (legatario de residuo) nunca responde más de los bienes que recibe. Y si no responde no es sólo en virtud de un principio teórico, sino en mérito a la forma como se procede a liquidar la sucesión. Los bienes no pasan directamente del causante al sucesor, sino que pasan al ejecutor testamentario o a una división de la Suprema Corte de Justicia o al Administrador, y hasta tanto el ejecutor o el administrador liquide el patrimonio hereditario y pague la totalidad de las deudas, no existe el remanente líquido, que es a lo único que pueden aspirar los sucesores del causante”.

En el Derecho inglés (como resume VALLET, siguiendo a BUNNAG, en el CASTÁN, tomo VI, vol. II, 1973, págs. 341 y 342) los bienes no pasan directamente del causante a los sucesores; entre aquél y éstos se interpone un intermediario, que es el **ejecutor** o el **administrador**.

De manera que si una persona fallece **INTESTADA** (o si el testamento no designa ejecutor) es el presidente de una de las tres Divisiones de la Alta Corte de Justicia (la *Division of probate*) quien tiene la investidura de los bienes y ha de designar un **administrador**, otorgándole al efecto la “carta de administración” que le confiere el título de tal y las facultades liquidatorias.

Si el causante fallece **CON TESTAMENTO** en que designe **ejecutores**, son éstos los que se encargarán de funciones análogas a las del administrador, y para entrar en la posesión de los bienes necesitan de una homologación de su designación, la *probate*. Esta *probate* se otorga, después de determinados trámites reglamentarios ante los *registars* de la “División” y presentando al tribunal ciertos documentos (el testamento y los otros a los que el testador haga alusión) por la mencio-

nada *Probate Division*; y todo ello, en una ceremonia oficial imprescindible —como prueba del testamento y de su contenido— que hace pública la disposición testamentaria.

En **resumen**, la única prueba posible del título de *executor* es la citada *probate*: la homologación o confirmación pública de su designación o nombramiento privado por el testador.

En cuanto a sus **facultades**, éstas son amplísimas: desde el pago de la tasa sucesoria hasta las últimas disposiciones necesarias para el cumplimiento de la voluntad del causante, pudiendo el ejecutor entrar en posesión de los bienes, venderlos, gravarlos o arrendarlos.

Su figura —sigue diciendo BUNNAG— es la de un mandatario de la Justicia que recibe la propiedad legal (“legal title”) de los bienes del difunto, al tiempo que los poderes de disposición necesarios para liquidar la sucesión.

294

De suerte que tanto el administrador como el ejecutor tienen un **carácter público y social**, por lo cual, si el testamento no designa ejecutor o si no hay testamento, el tribunal lo suple nombrando un administrador.

—Y algo similar podría decirse del **DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA**.

En efecto, como resume PUIG BRUTAU (siguiendo a RHEINSTEIN) en *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 1.º, 1975, págs. 436 y 437, en este Derecho “el administrador y el ejecutor es un «*public officer*»”, precisamente un funcionario público o que actúa con tal carácter.

Si sus funciones no están determinadas cuando fallece, renuncia o incurre en causa de remoción, el tribunal nombra un sucesor, al que se llama administrador “*de bonis non aliter administratis*”. El aspecto de función pública tiene allí gran relieve, como ponen de relieve estas palabras de RHEINSTEIN: “el sucesor ha de ser tratado exactamente como cualquier individuo que suceda a otro en un cargo público... su posición, en términos generales, es como la de **un tesoro-ro del Estado** que sucede a su predecesor en relación de los fondos públicos”.

—En el **DERECHO MEJICANO** (según resume VALLET) sin llegar a darse al cargo de ejecutor testamentario un carácter público idéntico al del Derecho inglés, al menos se han conferido un carácter necesario y unas funciones muy amplias. Según observa GATTI (véase GATTI, *ob. cit.*, págs. 48 a 50) la existencia del albacea en el Derecho mejicano no depende exclusivamente de la voluntad del testador ni su presencia se da sólo en las sucesiones testamentarias; de acuerdo con el Código civil federal, existe siempre y necesariamente albacea. Las atribuciones de los albaceas son, por otra parte, muy variadas, comprendiendo, a tenor de la enumeración general del artículo 1.706, desde la presentación del testamento hasta la representación de la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella.

Bien se entiende, pues, que frente a las legislaciones latinas, en donde la ejecución testamentaria es una institución **voluntaria y de Derecho privado**; por contra, en las legislaciones anglosajonas, constituye una institución **necesaria y de Derecho público**.

De lo que se sigue que siendo en nuestro Derecho instituciones voluntarias, no necesarias ni obligatorias, y de Derecho privado, el cargo de contador-partidor es disponible, revocable y susceptible de ser prescindible su intervención por acuerdo unánime de los ejecutores natos por excelencia y continuadores de la personalidad jurídica de su causante: los herederos.

C) Apoyo en nuestro Derecho positivo de los principios anteriormente enunciados.

Desde luego, de *lege data* y con el Código civil español en la mano, la afirmación de que los herederos son ejecutores con facultades compartidas con los otros ejecutores que voluntariamente haya podido nombrar el testador, es algo que no nos cabe duda alguna, aun a riesgo de que estemos

equivocados o suframos gran ofuscación (perdónesenos la posible insolencia y atrevimiento). Nos explicamos. Examinando las facultades legales del albacea, reguladas en los artículos 902 y 903 del Código civil, resulta que los albaceas pueden:

1. ***“Disponer y pagar los sufragios...”***. ¿Acaso no pueden pagar los herederos al cura párroco, al sacristán y al enterrador? ¿O van a tener que esperar (con el difunto de cuerpo presente) que el albacea tenga conocimiento de su nombramiento, piensa si lo acepta o no lo hace, y decida finalmente encargarse de las exequias del testador?

2. ***“Satisfacer los legados que consistan en metálico con el conocimiento beneplácito de los herederos...”***. Si se requiere el beneplácito de los herederos, ¿quién es propiamente más ejecutor, el albacea o los herederos? Si para el pago de los legados en metálico el albacea requiere del beneplácito del heredero, con mayor razón requeriría del mismo para la entrega de legados de bienes inmuebles o de carácter real; sin embargo, eso no es así, ni en el artículo 885 del Código civil, ni por supuesto en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

3. ***“Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás...”***. ¿En qué quedamos, es ejecutor el albacea que no ejecuta y se limita a vigilar lo ejecutado por otros? ¿Quiénes pueden ser estos otros que pueden ejecutar lo que el albacea puede vigilar y fiscalizar?: nosotros decimos que los herederos en su condición de ejecutores puros y natos por excelencia. Además, ¿no quedamos que el cargo de albacea era personalísimo e indelegable? Luego si otros ejecutan, éstos otros no pueden ser más que los herederos.

4. ***“... Y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él”***. Pero la legitimación procesal de los albaceas no excluye la de los herederos. En este sentido, las SSTs 12-7-1965 y 22-3-1984... entienden que la legitimación procesal del albacea no excluye que pueden actuar en el litigio —como actores o demandantes— los herederos y demás interesados en la sucesión. Es decir, otra vez los herederos.

5. **“Tomar precauciones... con intervención de los herederos”**. Luego los albaceas pueden poco, si no es con intervención de los herederos. Desde luego, con la intervención de éstos (herederos): lo pueden TODO. Mientras que los albaceas pueden tomar precauciones... con intervención de los herederos, los herederos pueden tomarlas siempre y en todo caso y no necesitan de la intervención de nadie más que de sí mismos, porque son soberanos: ejecutores natos y continuadores de la personalidad jurídica de su causante.

6. a) Artículo 903 párrafo 1.º: **“promover la venta de bienes inmuebles”**. A estas alturas no sabemos muy bien lo que la palabra “promover” significa. Pero el hecho de que el albacea ejercite sus funciones “en interés ajeno”, y en vista del inciso siguiente, parecen convencer de que el albacea no puede realizar estos actos dispositivos por sí solo, sin ni siquiera comunicárselo a los herederos que, indirectamente, se verían perjudicados con dicha venta.

b) Artículo 903 párrafo 2.º: y... **“la de los bienes inmuebles con intervención de los herederos...”**. Nuevamente los albaceas pueden hacer muy poco sin intervención de los herederos. ¿Qué significa intervención? Para nosotros significa: consentimiento. En este sentido, ALBALADEJO, que habla de 1.º) comunicación a los herederos y 2.º) aprobación de éstos.

¿Qué clase de ejecutores con facultades exclusivas (si se entiende que de este modo las ostentan), pueden ser estos personajes, que para ejecutar lo dispuesto y ordenado por el testador en su testamento, necesitan del beneplácito, consentimiento o intervención de los herederos del causante; o bien, que se limitan a vigilar lo que ejecutan los herederos?

!!!REPÁRESE!!!, pues no deja de llamar la atención, que donde los albaceas tienen facultades **PLENAS** a ejecutar **POR SÍ MISMOS** (esto es, sin necesidad, en absoluto, de contar con los herederos y, a su vez, sin que éstos puedan inmiscuirse en ellas), son en **dos ámbitos concretos**: a) los legados para sufragios y obras piadosas en beneficio del **alma del testador** (art. 747 Código civil), y b) los legados en favor de **los pobres** en general (art. 749 C.c.).

Esta cuestión no puede pasar por alto y desapercibida, por no ser baladí, ya que encuentra justificación y entronque preciso con las funciones inherentes a su cargo en sus orígenes (antes referidos).

Y es que tales artículos son muy convenientes y oportunos a lo que aquí se afirma y sostiene.

Téngase en cuenta que los albaceas a que se refieren estos artículos son **los mismos albaceas** a que alude la sección undécima que lleva como rúbrica "*De los albaceas o testamentarios*". Y su colocación en distinto lugar (sección primera del mismo título y capítulo) es congruente con la materia que aquí se regula, referente a la capacidad para suceder.

Entonces, si son los mismos albaceas, ¿por qué en los supuestos de los artículos 747 y 749 pueden actuar por sí solos sin consentimiento ni intervención de los herederos, como ocurre en los casos de los artículos 902 y 903 del C.c.?

298

Parece evidente que estos dos casos son claramente dos **EXCEPCIONES** al régimen general de los artículos 902 y 903 C.c., justificadas por su especialísima misión y cometido; suponiendo los únicos residuos que se acomodan y **coinciden plenamente con su origen**, a la vez que lo revelan.

En efecto, ¿quién era el ejecutor nato en **Derecho romano**?: pues el heredero, ya que aquel Derecho no conoció la figura del ejecutor testamentario por ser incompatible con los principios sucesorios que informaran la *successio* (como ya quedó dicho).

Los albaceas fueron, en realidad (como también quedó dicho) una invención de **la Iglesia** y su aparición y arraigo tuvo lugar en un tiempo en que el Derecho romano estaba ausente (o muy debilitado).

Por ello, cuando ya en época de **las Codificaciones** nuestro Código civil opta por el sistema romano y extiende la regulación del albaceazgo más allá del antiguo núcleo que constituía su objeto original: las mandas piadosas, dicha regulación ya no pudo ser la misma que antes.

Se ha elegido el sistema romano, pero, a su vez, existe una tradición secular en torno a la figura del albacea. Por eso el Código civil no recoge sólo Derecho romano, sino también precedentes canónicos, etc.; PERO con una particularidad: las **facultades** del albacea con **funciones coincidentes plenamente con sus orígenes** se respetan, y se mantienen al efecto dos artículos (el 747 y el 749) en donde los albaceas tienen facultades **ÚNICAS Y EXCLUYENTES**; sin embargo, cuando el Código civil extiende aquella original regulación creando **nuevas finalidades** y, por consiguiente, nuevas facultades al efecto, entonces exige **intervenciones, acuerdos y consentimientos**: las de los herederos, al estar dichas nuevas facultades incrustadas en un sistema romanista.

De manera que para todo aquello que no sean finalidades piadosas, las facultades del albacea serán **COMPARTIDAS** con los herederos.

En **resumen**, con la Codificación, se respeta la figura del albacea (de clara inspiración canónica, contraria y ajena al Derecho romano) pero en su regulación, más amplia ahora, se le da un nuevo giro para adaptarlo al Derecho romano, por el que se ha decantado nuestro sistema sucesorio.

Por tanto, si los artículos 902 y 903 del Código civil no excluyen al heredero (como no podía ser de otro modo) sino que, por el contrario, exigen de éste intervenciones, acuerdos o consentimientos, y, a la vez, otorgan facultades a los albaceas, ¿qué clase de facultades serán éstas? Es claro que compartidas (lo que no significa que sean mancomunadas). Y ello es así, tanto más, si se observa que los artículos 747 y 749 sí que excluyen a los herederos respecto de las facultades a desempeñar por los albaceas en estos casos.

Pero existen más artículos en el C.c.:

7. Artículo 906: *“Los herederos... podrán... prorrogar el plazo del albaceazgo”.*

8. Artículo 907: *“Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo a los herederos”.*

Artículo 907.2: “Si hubieran sido nombrados... para darles (a los bienes) la inversión o distribución que el testador hubiera dispuesto..., **rendirán cuentas al juez**”; pero ¿a instancia de quién?, naturalmente de los herederos fundamentalmente.

¡¡¡Siempre los herederos!!! por medio.

Ya en los años 50, el profesor **CONTURSI LISI** (obra citada, págs. 193 y ss.) había escrito sobre la “**indispensabilidad del heredero**” en estos casos: la presencia del ejecutor (sujeto excepcional, que sólo la voluntad del testador agrega al sujeto normal, el heredero) tiene el efecto de **transformar el poder dispositivo del heredero sobre el patrimonio relicto, de absoluto en poder controlado**, con el fin de lograr el exacto cumplimiento de las disposiciones testamentarias. Por lo tanto —continuaba diciendo—, no puede aplicarse al ejecutor la calificación de titular de potestad que quita todo poder al heredero. El ejecutor, ni toma el lugar del heredero, ni es, por tanto, titular de los mismos poderes pertenecientes a éste ni excluye al heredero en su ejercicio.

Nosotros decimos aún más, y sostenemos que dichas facultades de ejecución testamentaria, las ostentan dichos ejecutores de manera **COMPARTIDA** con los herederos.

SIN EMBARGO, si alguien tiene dudas sobre el particular, el apoyo normativo más palmario, claro y evidente de tales facultades **compartidas**, nos lo brinda el propio legislador en el **artículo 885 del Código civil**.

9. Artículo 885 del Código civil.—El heredero está facultado para la **entrega de legados** siempre (sobre todo después de haber examinado los distintos párrafos de los arts. 902 y 903 del Código civil que ni permiten pensar, ni dan base a pensar lo contrario). Y que esto es así, resulta de la propia redacción del artículo 885 del Código civil, pero existiendo ejecutor llamado albacea, consideramos que ostentar con el heredero facultades de ejecución compartidas, si bien con independencia y al margen el uno del otro para ejecutar el concreto encargo; esto es: hacer entrega y dar posesión de la cosa legada al legatario ex-artículo 885 del C.c. Téngase

muy en cuenta y presente la conjunción disyuntiva “o” que dicho artículo utiliza. Los albaceas podrán hacer entrega de legados reales sólo cuando estén expresamente autorizados para ello por el testador (y los que consistan en metálico con el “beneplácito” de los herederos –art. 902.2.º–). No queda aquí la cosa; el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, haciendo encaje de bolillos y pretendiendo cuadrar el círculo, atribuye facultades de entrega a un personaje al que la ley sustantiva le dedica escasísimas líneas, ya que la misma ley sustantiva, como no podría ser menos, no autoriza en modo alguno a efectuar la entrega de legados, por ser esta función por propia definición, extraña y ajena total y absolutamente a su cargo y funciones; el personaje a que nos referimos es el contador-partidor, por supuesto (después nos ocuparemos del Derecho Hipotecario).

Y no quiere decirse que el artículo 885 del C.c. y la conjunción disyuntiva “o” que el mismo utiliza, ha de ser interpretado en el sentido de que la persona preferentemente autorizada y legitimada en orden anterior para hacer tales entregas es el albacea autorizado y en su defecto el heredero. No, decimos que no estamos de acuerdo. Eso es sacarse conejos de la chistera. Si ese fuere el sentido y alcance que el legislador pretendió dar al artículo 885 del Código civil, debería haber formulado y redactado dicho precepto correctamente, de manera inversa precisamente a como lo redactó. A nuestro entender, debería de haberlo redactado en términos más o menos parecidos a: “... *al albacea especialmente autorizado al efecto por el testador, y en su defecto al heredero*”. Y buena prueba de que ni la ley ni el legislador quisieron entenderlo así de manera torticera y contraria a los principios generales de Derecho sucesorio de corte romano que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, es precisamente la redacción que empleó en dicho artículo 885, y que es precisamente la contraria: atribuye dicha facultad al heredero siempre, y al albacea cuando esté especialmente facultado y autorizado por el testador. De haber querido

otra cosa o lo contrario la ley, el legislador, dando cumplimiento a la ley (valga la redundancia), le hubiere dado la redacción correcta correspondiente sin lugar a duda.

Pero, **vayamos un poco más allá** y demos un paso aún más. El planteamiento de esta nueva cuestión se podría formular de la siguiente manera: a pesar de que el legatario adquiere derecho a los legados puros desde la muerte del testador (art. 881 C.c.), y aun cuando tratándose de legados de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario *“adquiere su propiedad desde que aquél muere”* (art. 882 C.c.), **sin embargo**, el artículo 885 C.c.) le recuerda imperativamente que *“no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla”*.

302 (No hacemos cuestión –por no venir al caso– de aquellos casos excepcionales en que el legatario puede hacerlo por sí solo.)

Como se sabe, este precepto hace referencia a los legados “reales” y no a los meramente “obligacionales”, que sólo imponen al heredero la obligación de realizar una prestación a favor del legatario.

Pues bien, LA PREGUNTA (y ateniéndonos al problema que nos ocupa) que cabe formularse es cuál sea el FUNDAMENTO de la regla por la que el legatario “debe” pedir la posesión al heredero.

En este sentido, son conocidas las **dos posturas** sobre el particular:

A) La clásica (sostenida por ALBALADEJO, LACRUZ y gran parte de la doctrina, así como el TS en sentencias de 25 de enero de 1936, 3 de junio de 1947, 12 de abril de 1951 y 13 de marzo de 1952, y la DGRN de 19 de noviembre de 1952; entre otras) ha encontrado el fundamento de la regla en **la posesión “civilísima” del artículo 440 del C.c.** (transmisión al heredero de la posesión de los bienes hereditarios desde la muerte del causante). De manera –se dice– que el

legatario (de cosa determinada propia del testador) sería un propietario no poseedor, posesión que pertenece al heredero (art. 440 C.c.); por lo que supondría un despojo para éste que aquél entrara en posesión de la cosa legada por propia iniciativa. En resumen, siendo el heredero el que tiene la posesión (aunque sea “civilísima” y aunque no posea materialmente o de hecho o de otra forma, y sin perjuicio de que realmente sí posea) a él hay que pedírsela; ¿a quién, si no, habría que hacerlo?

B) Sin embargo, otros autores y algunas resoluciones de la DGRN (7 de abril de 1906, **19 de mayo de 1947**, 12 de julio de 1974 y 27 de febrero de 1982) parecen estimar inadecuada la anterior explicación. Por todos los autores, **ROCA**, alegando razones históricas y de Derecho romano, concluye que: “la posesión del heredero no es una razón decisiva a este respecto y lo demuestra el que puede efectuar la entrega cualquier albacea al que haya facultado al efecto el testador”. En consecuencia –concluye **ROCA**–, la necesidad de la entrega se explica, más que por razones de posesión hereditaria, por **motivos de garantía para el heredero**, pues éste ha de comprobar si el pasivo deja un haber líquido para el pago íntegro del legado o si se impone su reducción o su ineficacia total.

¡¡AHORA BIEN!!, **cabe responder** a esta última posición que, si bien es cierto que el hecho de que el heredero sea poseedor “civilísimo” no es suficiente porque, como se dijo, también pueden hacer la entrega del legado el albacea o el administrador de la herencia (que *no* son poseedores), sin embargo, tampoco es bastante sólo funciones de garantía, pues la misma garantía puede brindar la intervención de los albaceas o administradores de la herencia cuando tiene facultades para verificar dicha entrega (es, pues, reversible el argumento de **ROCA**). Además, ¿por qué cuando hay sólo herederos forzosos es necesario, según reiterada, uniforme e inconcusa jurisprudencia –que después veremos– el consentimiento de tales legitimarios para poder hacer entrega de los

legados, siendo innecesario el mismo cuando los herederos lo sean sólo voluntarios?

Así pues, las medidas de garantía o cautelares sólo se explicarían en el primer supuesto, pero no en el segundo; ¿es que los herederos voluntarios no tienen derecho a medidas cautelares en estos casos?

De manera que la **PREGUNTA ÚLTIMA** sería: si ninguno de los dos fundamentos anteriores son bastantes, por sí solos, para justificar la entrega del legado por el heredero, **¿cuál sería el fundamento último?**

La respuesta, se mire por donde se mire, nos hace volver la mirada siempre al mismo lugar: la última razón, la más poderosa de todas es que **el heredero es el ejecutor nato** de la voluntad del testador; y, como tal, no sólo es el poseedor "civilísimo" sino el mejor garante y fiscalizador de todo lo concerniente a la sucesión de su causante y protección de sus derechos, sean éstos legitimarios o no. Él es el titular de **la totalidad** de las facultades dispositivas dominicales sobre todos y cada uno de los bienes y derechos transmisibles que integran el caudal hereditario relicto.

EN CONCLUSIÓN, expuesto cuanto antecede, el pensar que los herederos, aun existiendo un albacea, no son a su vez ejecutores testamentarios, aunque sea con facultades compartidas, es negar lo evidente. Uno ya duda hasta de si los albaceas serán los ejecutores testamentarios que nos dice que son. Desde luego, existen unos ejecutores sobre el campo muy superiores a ellos y, a la vista de la Ley, campeones y ejecutores natos por excelencia: los herederos.

VI. Crítica-comentario de los argumentos negativos. Estudio de los argumentos favorables que confirman nuestra postura

Se pretende, a continuación, por una parte, realizar una crítica-comentario a aquellos argumentos que comúnmente se han tenido en cuenta para negar a los herederos la posibilidad de prescindir del contador-partidor nombrado por el testador (y antes reseñados); y por otra, exponer las razones que apoyan positivamente esta posibilidad confirmando, a su vez, nuestra opinión.

Bien entendido que no se agotan los razonamientos y argumentos favorables a nuestra postura, sino que se han recogido los más relevantes al efecto, considerándolos como bastantes.

Asimismo, no es que se propongan argumentos cuantitativos, uno tras otro, intentando “desequilibrar la balanza” en favor de la opinión que aquí se sustenta, pues basta con un solo argumento cualitativo, si es rotundo, para dejar demostrada una teoría.

Por eso, si nosotros hemos optado por exponer, aparte de los tradicionales, múltiples argumentos y razones (uno tras otro) ello se debe al hecho de que lo demostrado por vía de principio, debe ser comprobado por vía de consecuencia (cual si de una teoría matemática se tratase); intentando constatar que no hay lagunas estructurales en el razonamiento: cualquiera que sea el camino que se elija, todas las conclusiones tienen que confluir en lo mismo.

1. Crítica-comentario a los argumentos negativos.

A) La interpretación literalista es insuficiente y errónea.

Uno de los argumentos más esgrimidos por los autores, resoluciones y sentencias que se muestran opuestos a que los herederos, aunque estén todos de acuerdo, puedan partir ellos prescindiendo del contador, es la **interpretación litera-**

lista de ciertos preceptos tales como el artículo 1.058 C.c., el 911 del mismo cuerpo legal, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario y el 213 del citado Reglamento.

De estos preceptos sacan en conclusión que **los herederos** serán los ejecutores de la voluntad del causante y testador con carácter **supletorio y sucesivo**, y sólo **de manera excluyente y residual**: en los casos en que esos pretendidos preferentes ejecutores, por cualquier causa, no cumplieren su cometido, renunciasen a su cargo o éste quedare extinguido.

En el lugar oportuno se hará el pertinente comentario; aquí nos centraremos en el **ARTÍCULO 1.058 del Código civil** que dice:

“Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.”

306

Pues bien, nosotros creemos que el citado precepto **NO IMPONE** un riguroso orden sucesivo, de carácter imperativo prioritario y excluyente entre sí respecto a las personas legitimadas para practicar la partición de la herencia.

* Por un lado, el artículo 1.058 C.c. es **EXPLICATIVO, ACLARATORIO Y ENUNCIATIVO**: resulta claro, lógico y evidente que si el testador no practica la partición de la herencia, ni hubiese encomendado a otro su práctica (al comisario), no les queda más remedio a los herederos, en su calidad de tales y como únicos interesados, que verificar la partición y extinguir la comunidad hereditaria de la que son cotitulares.

* Señala, además, la **clase de capacidad** requerida por parte de los herederos para practicar y materializar las operaciones de partición o división del caudal hereditario.

En efecto, una interpretación en sentido **literalista** nos parece no sólo **injustificada** (pues el C.c. no contiene ningún precepto que expresamente prohíba a los herederos la práctica de la partición en estos casos, de ahí que el testador, como dijimos, si quiere excluir a los herederos debe, tam-

bién expresamente, realizar una prohibición en tal sentido; pues lo no prohibido se considera permitido) sino, sobre todo, **ERRÓNEA**.

Y es que tanto el **artículo 1.058 C.c.** (“Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”) como el **artículo 911 C.c.** (“En los casos del artículo anterior –casos en que el albaceazgo hubiese quedado extinguido– y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponder a los herederos la ejecución de la voluntad del testador”), tales artículos, decimos, **sobran**; tienen un carácter aclaratorio o **explicativo** de dudosa utilidad, y su desafortunada redacción encierra el peligro de conducir a una interpretación errónea, si se hace con carácter literal. ¡¡¡Por supuesto que, en tales casos que contempla, corresponder a los herederos del testador ejecutar la voluntad de éste o verificar la partición!!! ¿A quién le habría de corresponder y quién la habría de ejecutar si no fuese a los herederos? Lo que ocurre es que tales preceptos, en funciones explicativas, son sumamente peligrosos por vía de interpretación literal, pues **ACLARAN Y EXPLICAN LO QUE NO ERA NECESARIO ACLARAR NI EXPLICAR**, y con el riesgo de conducir al intérprete a conclusiones erróneas.

POR OTRA PARTE, así resulta de la **COLOCACIÓN E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA** del propio artículo 1.058, de los dos que le anteceden y del que sigue.

Veámoslo:

a) **El artículo 1.056 C.c.** (“Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”) se está refiriendo y regula la partición efectuada **por el testador**, que impone a los herederos “pasar por ella”, salvo que perjudique las legítimas de los herederos forzosos.

Pensamos que, entre otros supuestos posibles, se refiere al caso de que, habiendo sido instituidos por partes iguales los herederos, el testador, al efectuar la partición, adjudique bienes de mayor valor y cuantía a unos en detrimento de los otros; en cuyo caso, aclara el artículo 1.056 que no se podrá impugnar la particular partición verificada por el causante ni por lesión (en congruencia con el art. 1.075 C.c.), ni por ninguna otra causa, salvo que perjudicara la legítima del heredero que reclamara o impugnara, no obstante haber sido instituidos todos por partes iguales (a no ser, claro está, que “aparezca o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”). En definitiva, **se está dando preferencia a la partición y adjudicación sobre la institución y con el límite de las legítimas.**

Y es lógico: el testador, con arreglo a su propio criterio de valoración, pudiera considerar que los bienes adjudicados vía partición cubren la totalidad de la cuota en la que fueron instituidos los herederos, y esa voluntad y creencia han de ser respetadas y observadas por todos los herederos, los cuales quedan obligados a “pasar por ella” y a cumplirla, siempre y cuando las legítimas, a su vez, queden respetadas (por más que haya habido un error en la valoración por el testador o de posibles futuras fluctuaciones de determinados bienes hereditarios).

Ahora bien, ¿estarán **también obligados** los herederos a “pasar” por ellas, caso de que **por unanimidad**, decidan practicar **una distinta** a la efectuada por el testador? ¿Deberán y estarán obligados a pasar por la practicada por el testador **en todo caso**?

No lo creemos. Pues de dicho precepto no se deduce, en modo alguno, que la voluntad unánime en contrario de todos los herederos (siempre que sean los **¡únicos!** interesados en la partición, como después aclararemos) no pueda **apartar, prescindir o desplazar** la partición practicada por el testador, conviniendo una partición y unas adjudicaciones distintas a las ordenadas por el testador que practicó la suya.

Consideramos que los herederos *nemine discrepante* pueden practicar **otra** bien **distinta**.

Precisamente, los **autores contrarios** a nuestra opinión sostienen que, en estos casos, lo que los herederos pueden hacer es intercambiarse bienes entre sí, de manera que al final el resultado sea otro, pero ello –prosiguen– será consecuencia de acuerdos traslativos entre los herederos, que deben ser tratados como tales (por ejemplo, a efectos fiscales) pero no como una modificación de la partición; y ello, por la obvia razón que la partición ya la realizó el testador y ya está hecha cuando se abre la sucesión (CÁMARA). **PERO OBSÉRVESE** que lo que nosotros decimos no es que los herederos puedan “**modificar**” la partición hecha por el testador, sino que, aun conociéndola, la pueden ignorar: **prescindir**, desplazar o **apartarse de ella**, cosa bien distinta. Precisamente, la **JURISPRUDENCIA DEL TS** viene reiterándolo así, utilizando justamente la misma palabra: “**PRESCINDIR**”. En este sentido, cabe citarse: las sentencias de **1 de mayo de 1930**, **2 de marzo de 1935**, que textualmente dice que: “aun cuando los herederos deben atenerse a lo que el testador haya querido y prescrito, es obvio que, si de común acuerdo **prescinden** de sus disposiciones, podrá la situación jurídica que así creen llegar a tener **plena e indestructible eficacia**, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarla”, la de **7 de noviembre de 1935**, que sienta análogas afirmaciones, las de **30 de diciembre de 1944** y **28 de enero de 1964**, la cual vuelve a declarar que: “si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, **prescindir** de sus disposiciones y **crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia**, en defecto –los que en caso acontece– de personas que puedan válidamente atacarla”; y también las de **4 de marzo de 1966**, **3 de junio de 1967** y, en fin la de **20 de octubre de 1992**. En sentido similar las **resoluciones de la DGRN de 4 de abril de 1903** y **12 de marzo de 1930**. A continuación veremos esta doctrina jurisprudencial más detenidamente.

CONVIENE ADVERTIR, por otra parte, que es este **un argumento de mucho peso** en el asunto que tratamos: si los herederos unánimemente y sin terceros interesados que pudieran resultar perjudicados (o con el consentimiento de estos terceros interesados en la partición) pueden válidamente **apartarse** de la practicada por el testador, esto es, hacer caso omiso de ella (aun reconociendo su existencia) y practicar ellos otra distinta, **con mucha más razón** podrá apartarse de la practicada por el contador-partidor (y por mucho que se quiera equiparar la de dicho contador-partidor a la del testador, lo cual, por otra parte, no es del todo cierto, como ahora veremos).

310 Sin embargo, es este un argumento muy conocido (pero no por ello menos importante) al que nosotros no le vamos a prestar demasiada atención. Basta con que quede reseñado. **Lo que nos interesa destacar** es que si los herederos, según tan reiterada jurisprudencia, pueden, de forma unánime, **apartarse** de la partición practicada por el testador y de la verificada por el contador-partidor, esta otra y nueva partición que realicen los herederos, como distinta a la anterior a la que desconoce, se justifica y tiene su fundamento (en nuestra opinión) en que los herederos tienen —como venimos repitiendo— **facultades de ejecución compartidas** con los otros ejecutores testamentarios. Ambos grupos (herederos o los otros ejecutores) pueden practicar la partición.

Esto por lo que respecta al artículo 1.056.

b) En cuanto al **ARTÍCULO 1.057** (*“El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.*

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil

establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas”), y de acuerdo con cuanto llevamos dicho, se refiere a la partición practicada por el comisario, de la que podrán **prescindir** los herederos por unanimidad: pues si se puede prescindir de la del testador, con mayor razón de la practicada por la persona a quien el testador encomendó su práctica.

De manera que la solución es la misma: los herederos pueden practicar una partición **distinta**, debiendo requerir fehacientemente al comisario para que se abstenga de practicarla, si por unanimidad deciden ellos mismos *motu proprio* practicarla y prescindir de su intervención.

Entonces, ¿qué querrá decir y cómo se ha de entender el **párrafo 3.º** del artículo citado cuando dice: “*lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará...*”?; ¿qué quiere decir?

Pues, simplemente, que el hecho de que exista entre los herederos algún menor de edad o sujeto a tutela no será obstáculo que impida al contador-partidor acometer las operaciones de partición de herencia; limitándose este párrafo a señalar e indicar lo que, en tales casos, debe hacer el contador-partidor.

Así, mientras que la partición practicada por el testador tiene como **límite** las legítimas de los herederos forzosos, a la practicada o a practicar por el contador-partidor se le añaden tres más: **1)** la necesidad de ajustarse al testamento (pues, en caso contrario, cabe su impugnación); **2)** posibilidad de impugnarla también por causa de lesión en más de

una cuarta parte (art. 1.074 C.c.); **3)** y, finalmente, según nuestra opinión, que no exista un acuerdo unánime por parte de los coherederos en cuanto a la forma de partir y adjudicarse los bienes, decidiendo, igualmente y por unanimidad prescindir del contador-partidor. Pues, como bien observa ALBALADEJO, no basta con que los herederos decidan por unanimidad prescindir del contador-partidor si no convienen, igualmente y por unanimidad, la forma de practicar la partición y adjudicarse los bienes; pues, en tal caso, subsistiría el riesgo que la ley quiere prevenir y el testador evitar: la falta de acuerdo entre los interesados al practicar la partición.

Y lo que se acaba de decir es, además, para recalcar que la partición hecha por el contador-partidor no se puede equiparar plenamente a la verificada por el testador. Es incorrecto y no es verdad.

312 c) Finalmente, el **ARTÍCULO 1.059** (*"Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil"*), se refiere a la partición judicial, sólo a falta de acuerdo unánime entre los herederos.

EN CONSECUENCIA, el **ARTÍCULO 1.058** se refiere y regula la partición practicada por los herederos, y contempla los supuestos: de que el testador no hubiese hecho la partición; o que, habiéndola efectuado —y con arreglo a nuestra interpretación—, los herederos deciden apartarse de ella por unanimidad; que no hubiese el testador encomendado su práctica al comisario; o, habiéndola encomendado, los herederos, por unanimidad, deciden prescindir de su intervención (y, añadimos nosotros, siempre que haya unanimidad; tanto para practicarla ellos solos como para prescindir del contador-partidor nombrado, y aun de la del propio testador). Señala y aclara que si los herederos fueren mayores de edad y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

Es decir, NO señala un orden prioritario y excluyente, sino que, simplemente, se refiere a la partición practicada por los herederos, regulando la capacidad exigida por parte de éstos; y ello tanto si el testador practicó la partición de la herencia o nombró contador-partidor, como si no; exigiendo la unanimidad tanto para partir como para prescindir de la partición practicada por el testador o del contador-partidor por éste nombrado.

Y es que, en efecto, si el artículo 1.058 hubiese querido fijar ese pretendido orden prioritario, sucesivo y excluyente, en cuanto a las personas legitimadas, podrá realizar la partición, prohibiendo a los herederos practicarlas *motu proprio* existiendo contador-partidor nombrado y vigente su cargo, **lo DEBERÍA haber dicho, estableciéndolo de manera expresa y concluyente, en términos imperativos o prohibitivos, cosa que no hace;** y no lo hace porque es consciente de que las facultades particionales están o son compartidas entre el contador-partidor y los herederos.

313

Así, si el artículo 1.058 C.c. hubiese pretendido establecer, como obligatoria y excluyente en orden, la partición a practicar por el contador-partidor, se debería hacer expresado en términos más o menos parecidos a los siguientes:

“Cuando el testador no hubiera hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad de partir con carácter excluyente, prohibiendo a los herederos practicarla por sí, si éstos fueren mayores de edad... etc.”.

PERO lo cierto es que no lo hace, ni se expresa en tales términos; por lo que hay que entender que los herederos también, y de manera CONCURRENTE, poseen y ostentan facultades COMPARTIDAS para partir, DE MANERA SEPARADA, INDEPENDIENTE Y AL MARGEN de las del contador-partidor. Opinar lo contrario supone realizar una interpretación extensiva de las limitaciones y facultades dispositivas y dominicales de los herederos, inadmisibles desde todo punto de vista (como antes vimos). Supondría imponer una prohibición improcedente, que la propia Ley no contempla y ni recoge ni sanciona.

Y todo ello, salvo en los siguientes casos:

a) Que el **testador** imponga la partición a practicar por el contador-partidor nombrado, **prohibiendo expresamente** a los herederos practicarla por sí (toda norma o disposición que suponga restricción de facultades o que sea prohibitiva de derechos, debe ser expresa, no se presume, debe interpretarse restrictivamente y no cabe la analogía. Además, y como corolario de lo anterior: lo no prohibido expresamente debe considerarse permitido); aun en este caso, nosotros mantenemos serias reservas, como veremos.

b) Que aun cuando el testador no lo imponga, prohibiendo expresamente a los herederos verificar la partición, ésta se ha de realizar necesaria y obligatoriamente por el contador-partidor, con carácter prioritario y excluyente a la que pudieran realizar los herederos en los siguientes casos:

314 * Que entre los herederos exista o haya algún **menor de edad, incapacitado o ausente** (no obstante, después puntualizaremos lo relativo al menor o incapacitado).

* Caso de **inexistencia de acuerdo unánime** entre los coherederos para prescindir del contador-partidor y en cuanto a la forma de practicarla y adjudicarse los bienes (requisitos de carácter acumulativo).

* Y por último, **cuando existan otros beneficiarios o interesados** distintos de los herederos: legatarios, beneficiarios de cargas modales (impuestas o no al heredero), existencia de deudas cuyo pago haya de garantizarse, o fideicomisarios, existencia de fundaciones, etc.

Por tanto, y para **CONCLUIR** este particular, el **artículo 1.058 C.c.**, es **bifronte**:

1.º) Norma **aclaratoria y explicativa**, cuando las facultades de partir están compartidas entre el contador-partidor nombrado y los herederos interesados. En cuyo caso hay que entender que ni fija ni señala un determinado orden excluyente imperativo.

2.º) Norma **obligatoria e imperativa**, imponiendo un orden sucesivo y excluyente de personas legitimadas para veri-

ficarla, cuando la partición a practicar por el contador-partidor se imponga por tal carácter a la que de otro modo pudieran realizar los herederos; lo que ocurrirá en los casos señalados con las letras a) y b) anteriores (sin perjuicio de lo que después veremos).

Por último, reseñar e insistir que el artículo 1.058 representa, respecto de la figura del contador-partidor, lo que el artículo 911 C.c. permite y supone para los albaceas; y, en consecuencia, por analogía *legis*, dichos preceptos deberán ser interpretados de similar manera: con el mismo sentido y alcance.

Más adelante se dedica a los albaceas (aparte de lo dicho hasta ahora) su merecido comentario.

B) Pero, ¿se puede imponer a los herederos, como obligatorio y necesario, bien la partición de la herencia, bien permanecer en la indivisión de la misma?

315

Ya se ha respondido que los herederos pueden “prescindir” de la partición verificada por el testador, y, por tanto, con mayor motivo del contador-partidor nombrado por aquél; también se ha contestado a cómo una interpretación literalista de los preceptos en juego no es bastante (sino más bien errónea) para argumentar que los herederos *nemine discrepante* no pueden “apartarse” todo de lo hecho por aquél como de lo encomendado al contador-partidor, conviniendo una partición y unas adjudicaciones distintas.

Conviene ahora dilucidar si es o no sólido y pertinente otro de los argumentos que se han ofrecido para negar esta posibilidad a los herederos que actúan por unanimidad.

Nos estamos refiriendo a la observación de **DÍEZ-PICAZO** y **MANUEL DE LA CÁMARA**, quienes afirman que para que los herederos puedan prescindir de la partición testamentaria o del contador-partidor nombrado por el testador “**habría que demostrar si el pacto de indivisión es también eficaz cuando hay contador-partidor**”. Y esto lo dicen porque entre los ar-

gumentos favorables a que sí se puede prescindir, otros autores (con los que nos alineamos) suelen aducir también que si los coherederos desean permanecer en la indivisión, no hay razón para que se les haya de imponer la partición que pueda realizar el contador-partidor.

Pues bien, para empezar, nosotros plantearemos otra cuestión distinta, aunque próxima y relacionada a la planteada por estos autores, y es la relativa a si el testador puede o no obligar a los herederos a partir; imponerles la partición obligatoriamente a éstos, exista o no contador-partidor. Y concluiremos este asunto razonando si incluso el mismísimo testador puede, por contra, imponer y obligar a los herederos a permanecer en comunidad hereditaria indivisa (que son las dos caras de la misma cuestión).

Veamos:

316 **a)** *¿Se puede imponer la partición de la herencia como obligatoria a los herederos?*

Nosotros pensamos que aunque el testador pueda imponer y obligar a los herederos a permanecer y continuar en comunidad hereditaria indivisa, no podrá por el contrario imponerles la partición como necesaria y obligarles a partir contra su voluntad, y ello tanto si existe como si no contador-partidor.

Por lo siguiente:

1) Porque **los herederos**, cuando sean los únicos interesados, según reiterada jurisprudencia, **pueden prescindir de la partición practicada por el testador** en su testamento, pudiendo crear una situación totalmente nueva, plenamente válida y eficaz en defecto de personas que puedan válidamente impugnarla.

2) El artículo 1.051, **no dice lo contrario**, ni autoriza ni faculta a ello al testador. Dice dicho artículo: *“ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.*

Pero, aun cuando lo prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad."

3) En cuanto que imponerles a los herederos la partición como obligatoria supondría una **limitación a las facultades** dispositivas y dominicales **no contemplada ni permitida** por el artículo 1.051.

4) Las prohibiciones y limitaciones (testamentarias permitidas posibles, y, por tanto, lícitas y válidas) a las facultades dispositivas y dominicales han de ser **expresas**, establecidas por la ley u ordenadas por el testador en su testamento sobre la base de **un claro y expreso reconocimiento y amparo legal**. Y limitación no permitida sería la disposición testamentaria por virtud de la cual el testador obliga e impone a sus herederos a partir la comunidad indivisa hereditaria. Además tales prohibiciones y limitaciones permitidas, no cabe extenderlas a otros supuestos distintos de los expresamente contemplados y permitidos por la ley: prohibición de recurrir a la interpretación extensiva y a la analogía.

317

En efecto, el artículo 1.051 sólo faculta al testador para prohibir la división e imponer la indivisión dentro de los límites legales (art. 1.700, no superar el plazo de 10 años, y no perjudicar a las legítimas), no para obligar e imponer a los herederos la partición de la herencia en contra de la voluntad de éstos. En tal sentido, limitación ilegal a las facultades dispositivas y dominicales sería, la disposición testamentaria por virtud de la cual el testador impone y obliga a sus herederos a partir la herencia, prohibiéndoles expresamente permanecer y mantenerse en comunidad hereditaria y continuar en proindivisión. Y bien se considere la partición como acto declarativo, traslativo o determinativo, lo cierto y verdad es que, desde la aceptación de la herencia, todos los herederos integran en su conjunto la titularidad sobre todos y cada uno de los bienes y derechos que formen parte de la masa hereditaria, ostentando la totalidad de las facultades dispositivas y dominicales —entre las que se encuentra la fa-

cultad de decidir o no ejercitar la *actio partitio hereditatis*—aparte de la titularidad que cada uno de ellos ostenta —y que deriva de su cualidad de heredero—, respecto a su derecho hereditario *in abstracto* antes de la partición. Y como quiera que en tema de prohibiciones y de limitaciones a las facultades dispositivas y dominicales, éstas, además de ser expresas, han de tener un expreso y claro amparo y reconocimiento legal (por lo que no cabe extenderlas a otros supuestos distintos recurriendo a la interpretación extensiva y analógica) es por lo que no cabe decir ni argumentar que, dado que la ley no se lo prohíbe expresamente al testador, sí que puede éste (el testador) obligar e imponer a los herederos la partición de la herencia, prohibiéndoles mantenerse y conservarse en comunidad hereditaria proindivisa.

5) Y si el testador no puede imponer a sus herederos la partición de la herencia, parece claro a contrario, que los herederos, por unanimidad, sí que **podrán convenir, conservarse y mantenerse en la comunidad hereditaria indivisa**, permaneciendo en la indivisión dentro de los límites legales permitidos (art. 400 Código civil: “*Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.*”).

Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de DIEZ AÑOS. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención”).

6) Por otro lado, **si el testador puede prohibir la partición de la herencia** (art. 1.051), y obligar a los herederos a permanecer y continuar en comunidad hereditaria indivisa, ¿por qué los herederos en cuanto continuadores directos de la personalidad jurídica de su causante no habrían de poder convenir por unanimidad la misma situación de comunidad indivisa, en el supuesto caso de que el causante nada hubiere dispuesto al respecto en su testamento?

7) Si con arreglo al **artículo 1.067 del Código civil** (“*Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera*”).

de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que no verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber”), los herederos antes de la partición pueden vender su cuota indivisa abstracta o derecho hereditario *in abstracto*, ¿por qué no habrían de poder por acuerdo unánime conservarse en comunidad indivisa, e incluso partir la herencia prescindiendo del contador-partidor nombrado?

¿Por qué se les ha de imponer y obligar a los herederos a una partición que no desean? ¿Por qué se les habría de imponer y forzar a una venta que no desean otorgar? ¿Por qué no habrían los herederos de poder continuar en comunidad hereditaria proindivisa de una herencia que no desean partir?

8) Por lo demás, téngase en cuenta **ESPECIALMENTE** que **la decisión de partir** y ejercitar o no la *actio partitio hereditatis*, **corresponde** (salvo el caso de que el testador dentro de los límites legales prohíba la división de la herencia) **sólo única y exclusivamente al heredero**, con la capacidad que el artículo 1.052 señala, personalmente o por medio de sus representantes, **en cuanto continuador de la personalidad jurídica de su causante y titular del *ius disponendi* y demás facultades dominicales** (entre las que se encuentra la facultad de ejercitar la *actio comuni dividendo* o *partitio hereditatis*).

319

Ni el testador ni nadie puede imponer y obligar a los coherederos en cuanto comuneros y propietarios a partir la herencia contra su voluntad. La decisión de partir, y por tanto de ejercitar la *actio partitio hereditatis*, es propia, única y exclusiva del titular del *ius disponendi* y no del que pueda practicar la partición por encargo del testador: el comisario. Por otro lado, y salvo que el testador prohíba la partición, **las acciones de división son acciones voluntarias, de ejercicio facultativo y potestativo, e imprescriptibles, que sólo y exclusivamente corresponden ejercitar a su titular**. Se hace pues preciso distinguir entre titularidad y ejercicio. Y así:

* Los herederos en cuanto titulares, deciden ejercitar o no la acción de partición de herencia, y sólo a ellos corres-

ponde. **La decisión** o no de partir deriva de la **¡¡TITULARIDAD!!** y no del ejercicio; por tanto sólo a ellos compete el decidir si se practica o no la partición de la herencia de su causante.

* **El ejercicio práctico de la partición o materialización de las operaciones** particionales, **puede estar compartido** (que no la decisión) entre el comisario o contador-partidor y los herederos titulares. Y el hecho de que las facultades de ejercicio y práctica de la partición las tenga el contador-partidor, no significa que las dejen de tener y no las tengan los coherederos copropietarios de la *universitas iuris hereditatis*.

Algunos de estos argumentos se ampliarán luego.

320

EN RESUMEN, el testador en cuanto constituyente y titular con facultades dispositivas de la comunidad hereditaria indivisa sobre la que dispone para después de su muerte, puede establecer las normas organizativas, estatutarias y de desenvolvimiento que a bien tenga sobre dicha comunidad hereditaria. Y en su consecuencia la ley le legitima para que nombre contador-partidor encargado de practicar la partición de su herencia, por lo que éste *a priori* y en principio está facultado y legitimado para practicarla, sin consentimiento ni intervención de los herederos interesados; si bien estos herederos, en su calidad de tales, como continuadores de la personalidad jurídica de su causante y ejecutores natos con facultades compartidas con el contador-partidor, titulares a su vez de todas las facultades dispositivas y dominicales entre las que se encuentran las de disponer y partir, podrán *motu proprio*, bien por sí o por medio de sus representantes legales o voluntarios, practicar la partición de la herencia, en cuyo caso **podrán oponerse a que la practique el contador-partidor**, y a tales efectos **deberán notificarle suficiente y fehacientemente el acuerdo unánime** entre ellos alcanzado, relativo a la **forma de partir** y adjudicarse los bienes, **así como el de prescindir de su intervención**.

b) Veamos ahora la cuestión en sentido inverso: ¿Es QUE PUEDE EL TESTADOR IMPONER Y OBLIGAR A LOS HEREDEROS A PERMANECER EN LA INDIVISIÓN?

El artículo 1.051 C.c. faculta al testador a imponer y obligar a los herederos a continuar en comunidad hereditaria indivisa, prohibiéndoles la partición y división de la herencia. Sin embargo, en su **segundo párrafo** establece, que **aun cuando el testador prohíba la división**, ésta “**tendrá siempre lugar** mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad”. Nos remite pues al **artículo 1.700 del Código civil**, que regula las causas de extinción del contrato de sociedad civil. Pues bien, de dicho último precepto se deduce que aun cuando el testador prohíba la división de la herencia, los herederos por acuerdo unánime podrán prescindir, separarse y apartarse de la voluntad expresada por el testador en su testamento y proceder a la división de la comunidad hereditaria y partición de su herencia. Incluso uno solo de ellos podrá pedir la partición conforme al n.º 4 del artículo 1.700, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707 de dicho cuerpo legal (Código civil). Y si puede uno solo, pregunta: ¿Cómo o por qué no van a poder hacerlo todos los coherederos unánimemente?

Pues bien, si los herederos por acuerdo unánime pueden dejar incumplida la voluntad del testador expresada en su testamento (imponiéndoles la indivisión hereditaria y prohibiéndoles partir la herencia) y proceder a la división y partición de la herencia: ¿Por qué no van a poder continuar por acuerdo unánime en comunidad hereditaria indivisa, exista o no contador-partidor nombrado, y se lo haya o no prohibido el testador? ¿Por qué poderosas razones podría el testador obligarles a partir e imponerles la división y partición de la herencia contra su voluntad unánime? Y en definitiva, si los herederos pueden decidir practicar la partición de la herencia, si por acuerdo unánime así lo convienen, aun cuando el testador se lo hubiere prohibido, imponiéndoles la indivisión, ¿por qué no habrían de poder practicar los here-

deros la partición *motu proprio*, si por unanimidad lo acordaran y decidieran, aun existiendo contador-partidor nombrado por testador?

Por tanto, y contestando a CÁMARA, los herederos por acuerdo unánime podrán, aun existiendo contador-partidor nombrado y vigente el cargo, pactar válidamente la situación de comunidad hereditaria indivisa, para lo que se invoca y argumenta la misma razón que faculta a los herederos a partir la herencia, aun en el caso de que el testador expresamente lo prohíba, imponiéndoles y obligándoles a permanecer en comunidad hereditaria indivisa: el acuerdo unánime de todos los herederos interesados en la partición. Resulta **además congruente** con toda la doctrina sentada al respecto por el **Tribunal Supremo** (ya citada) que **faculta a los herederos** para prescindir y **apartarse del testamento**, disposiciones testamentarias y partición practicada por el causante, pudiendo constituir y establecer una nueva situación con plenitud de validez y eficacia...

El testador puede establecer en su herencia, comunidad indivisa entre los herederos después de su muerte y dentro de los límites legales, las normas que a bien tenga relativas a la organización y desenvolvimiento de la misma y entre ellas la de prohibir a los herederos ejercitar la acción de partición de la herencia imponiéndoles el mantenerse y permanecer en comunidad hereditaria indivisa (art. 1.051). Si bien tales normas quedarán derogadas y privadas de toda eficacia, por acuerdo unánime y en contrario de los herederos interesados, quienes podrán convenir y establecer otras normas de organización y desenvolvimiento distintas a las dispuestas y señaladas por su causante.

¿Cuál será la razón para que ello sea efectivamente así? La razón se encuentra y radica en el hecho de ser **el causante** el titular del patrimonio del que dispone para después su muerte, bien por actos *inter vivos* o *mortis causa* en favor de sus herederos y en cuanto titular con facultades dispositivas y dominicales del mismo y **en su condición de consti-**

tuyente de la comunidad hereditaria dispone y fija *a priori* las reglas de organización y desenvolvimiento que a bien tenga.

Si bien los herederos podrán *a posteriori* y en virtud de consentimiento unánime (cristalización del *consensus ad idem*), integrador de la totalidad de las facultades dispositivas, modificar y cambiar o bien derogar y dejar sin valor ni efectos, cuantas previsiones y reglas relativas a la organización de dicha comunidad hereditaria hubiese establecido el testador constituyente de dicha comunidad. ¡Otro tanto sucede en el ámbito de la comunidad ordinaria!, cuando ésta inicialmente se constituye por disposición de un solo titular o por acuerdo de varios constituyentes y en donde se fijan o acuerdan determinadas reglas organizativas (excluyendo derechos de retracto, prohibiendo el ejercicio de la *actio comuni dividundo*, pacto conviniendo la indivisión por algún tiempo, etc., etc.), que luego y *a posteriori* pueden quedar modificadas o derogadas por igual acuerdo unánime y en contrario de los que resulten ser cotitulares en proindiviso de la misma (constituídos): mismos constituyentes u otros distintos, cuando las cuotas indivisas se hubieran transmitido, bien total o parcialmente.

323

Después se volverá sobre este asunto.

C) El nombramiento de contador-partidor no debe llevarnos a criterios adivinatorios sobre lo que el testador pretendió al nombrarlo.

En fin, para terminar con los argumentos esgrimidos EN CONTRA de que los herederos, por unanimidad, puedan prescindir del contador-partidor nombrado por el testador, nos referiremos al que utiliza CÁMARA (*Comentarios...*, pág. 2488, y “Compendio de Derecho Sucesorio”, *La Ley*, 1990, págs. 422 *in fine* y 423).

En efecto, argumenta este magnífico jurista (aunque, en este particular, no estemos de acuerdo con él) que:

*“Por otra parte, la designación de contador en el testamento puede obedecer al **designio de proteger a algún heredero** al que se supone **pueda ser víctima** de la mayor habilidad, experiencia o prepotencia de sus coherederos”* (lo cual podría ocurrir, no cabe duda).

Curiosamente, el registrador de la propiedad JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (que también se muestra partidario de *iure conditio* de que los herederos pueden prescindir del contador-partidor) **aunque con fines bien distintos** (para apoyar su teoría negativa), proporciona una buena crítica a la anterior afirmación de CÁMARA. Así, este autor se esfuerza especialmente en criticar a PALOMINO y a LACRUZ (obra citada, págs. 293 a 303, especialmente) diciendo que:

324

“si el testamento sólo expresa el nombramiento de contador, es imposible deducir la voluntad del testador en cada caso concreto, por lo que hay que integrar tal voluntad con los citados preceptos legales” (se refiere a los artículos 1.058 C.c. —del que asegura que su letra es “clara y terminante”—; 83 (hoy 81) y 213 del Reglamento Hipotecario.

*“Por tanto —insiste antes— toda la argumentación de estos autores cae por su base desde el momento en que **se funda en cábalas** y seguridades acerca de lo que es **totalmente desconocido** en el caso concreto, como es la verdadera voluntad de cada testador sobre la necesidad o no de la intervención del comisario”.*

Pero, ¿qué es lo que decían PALOMINO y LACRUZ para merecer esta crítica-comentario? PALOMINO señalaba que su experiencia práctica como notario en relación con la “*voluntad real*” de los testadores, era que el nombramiento del comisario se hacía “*en interés de sus herederos, pero jamás en interés del comisario*”. Por su parte, LACRUZ entendía que:

*“el nombramiento de comisario es en la mente del causante, un medio para **alcanzar el fin de una partición pacífica y sin litigios**. El testador no ha querido imponer a los herederos una determinada fórmula de reparto de bienes —por*

*eso no ha hecho él la partición— ni piensa tampoco que el comisario es un taumaturgo que hallará mejor que él mismo la fórmula feliz que dé a cada uno lo suyo... aun contra su voluntad. El testador sabe que cuanto haga el comisario lo pueden deshacer al día siguiente los coherederos... El testador “lo único” que pretende es **que el caudal relicto se reparta en paz**, y con arreglo a las conveniencias de los interesados, y para eso, pero sólo para eso, adopta la medida que le permite el artículo 1.057 del Código civil” (Derecho de Sucesiones I, 1971, págs. 240 y 241).*

Pues bien, NOSOTROS, que nos alineamos con estos dos últimos autores, pensamos que GARCÍA GARCÍA en este particular sufre **un error de perspectiva**: lo que dicen PALOMINO y LACRUZ y que él ataca, no es que se hagan cábalas o ejercicios adivinatorios de lo que realmente quiso o dejó de querer el testador cuando nombró al comisario; NO, lo que afirman aquellos autores es que la FINALIDAD CONSUSTANCIAL DE LA INSTITUCIÓN del contador-partidor es **evitar litigios entre los coherederos y que la partición se haga en paz**; y lo que añade PALOMINO es que él, como notario en contacto diario con los testadores ha confirmado que, efectivamente, en la práctica ello es así.

¿Alguien duda de que la misión y razón de ser del contador-partidor es conseguir una partición pacífica y sin conflictos? En caso afirmativo, ¿en base a qué criterios o fundamentos?

Lo que sí es una verdadera cábala, adivinación o conjetura es vaciar de **su contenido natural** a una institución y aventurar unas u otras hipótesis de por qué el testador quiso nombrar un contador-partidor: que puede que uno de los coherederos sea menos habilidoso, más desprendido, con menos pericia, experiencia o posibilidades que los restantes..., etc.

En efecto, tanto los antecedentes históricos, la función de los ejecutores en un sistema romanista como el nuestro, el hecho de que los herederos sean los únicos interesados a

quienes importa la partición en defecto de otras personas que legítimamente puedan atacarla, la interpretación sistemática y teleológica..., etc., a que nos venimos refiriendo, y que a continuación ampliaremos, todo ello, decimos, ha cristalizado en una institución como el contador-partidor con perfiles, naturaleza, caracteres y finalidades muy precisas y tipificadas (muchas por vía jurisprudencial).

En rigor, desde una perspectiva finalista la voluntad del testador ha de ser interpretada sobre lo que manda y ordena el artículo 675 del C.c. en relación con la propia finalidad de la institución que regula el cargo de contador-partidor: el artículo 1.057 del citado cuerpo legal y fallos jurisprudenciales al efecto; sin que pueda prevalecer una interpretación conjetural o presunta de la voluntad del testador sobre la finalidad consustancial de la institución del contador-partidor. Pues si el testador nada dijo, ni prohibió a los herederos practicar la partición por sí mismos, ni atribuyó con carácter exclusivo y excluyente esta facultad al contador-partidor nombrado, resulta que, al estar englobada la facultad de partir como una más dentro de las facultades dispositivas y dominicales pertenecientes a los herederos como tales, en cuanto continuadores de la personalidad jurídica de su causante y cotitulares del caudal relictivo, se ha de considerar que dichas facultades las siguen ostentando, si bien en régimen compartido: los coherederos y el contador-partidor nombrado.

Y por lo que respecta al carácter de las facultades del contador-partidor nombrado se hace necesario distinguir según los casos: que entre los herederos y demás posibles interesados en la partición exista o no acuerdo unánime de partir y adjudicarse la herencia, en cuyo caso las facultades del contador-partidor son subsidiarias y posteriores en orden a las que ostentan los coherederos (caso de que exista unanimidad); o bien que entre éstos no exista acuerdo unánime sino discrepante, en cuyo caso las facultades del contador-partidor son preferentes y anteriores en orden, así como excluyentes a las de los coherederos.

Por lo demás, téngase presente que, para el Derecho, toda persona se presume capaz mientras no se declare judicialmente su incapacidad con intervención del ministerio fiscal, mediante el ejercicio de acciones de estado en el correspondiente juicio declarativo. En cuyo caso, y por tanto, **si el testador quiere proteger** al coheredero capaz, si bien débil de carácter o de “luces” respecto a los demás, y a tal fin imponer como obligatoria y necesaria la partición a practicar por el contador-partidor, **lo habrá de manifestar de manera expresa y concluyente**. No cabiendo presumir nada en caso contrario.

En todo caso, si el heredero “cretino” puede fastidiar todo *a posteriori*... por qué no permitírsele *a priori*, pues, con el paso del tiempo, lo único que le puede ocurrir al “tonto” es que se vuelva aún más tonto... y el engaño ser mayor... Y, desde luego, si en un caso de éstos el testador no prevé correcta y oportunamente una protección adecuada para una posible víctima, pensando que el contador-partidor a quien le “endosa” la papeleta lo va a solucionar mejor que él mismo, ya se comprende de dónde proviene la idiotez del coheredero....

Finalmente, de lo expuesto resulta que **no es necesario ni conveniente** que el testador disponga en su testamento “**cláusulas de no estorbar**” (en terminología de G. PALOMINO) ni otras similares o parecidas, con el fin de aclarar que el nombramiento de ejecutores se hace sólo para el caso de que los herederos no se entendieren. Es ésta, además, una cláusula **peligrosa**, que enturbia la cristalina posición jurídica del heredero como ejecutor nato, y puede hacer pensar al intérprete (de manera errónea), *a contrario sensu*, que si el testador ha incluido esta cláusula es porque sin ella no podría ser ejecutor el heredero habiendo sido nombrado un albacea, contador-partidor. De manera que esta presunta precaución (ideada, sin duda, como un alivio de práctica jurídica ante tanta empecinada jurisprudencia de interpretación literalista) podría conducir a resultados contrarios de los pretendidos y deseados.

Pues ¡ocurre justamente TODO LO CONTRARIO!: el testador tiene que y debe prohibir EXPRESAMENTE al heredero que ejecute, ya que, en caso contrario, podría aquél, naturalmente y por su condición de tal, ejecutar libremente su última voluntad.

2. *Estudio de los argumentos favorables que confirman nuestra postura.*

Cuestión preliminar.

Con **carácter previo** se ha de aclarar que **el albacea y el contador-partidor** son dos cargos **distintos** con funciones distintas.

En efecto, la escasa atención y parca regulación que el C.c. dedica al contador-partidor (arts. 1.057 y 1.058) obliga, a fin de **suplir deficiencias y lagunas**, el acudir, por vía analógica y de manera supletoria, a la normativa que respecto del albacea establece dicho cuerpo legal en sus artículos 892 al 911, ambos inclusivos. Es tan copiosa y reiterada la jurisprudencia en este sentido que, por sabida, se hace innecesaria su reseña.

Ahora bien, esto no obstante, creemos que **no** cabe sostener, respecto del contador-partidor, una aplicación analógica global y sin excepción alguna de dichos preceptos; pues, si bien es cierto que ambas figuras *in genus* son instituciones de ejecución testamentaria y de confianza, no lo son en la especie (como antes se dijo). El hecho de que sean distintas las facultades que les corresponde ejecutar y las funciones que tienen encomendadas uno y otro tipo de cargos, justifica que no quepa una aplicación total, automática y ciega por analogía de las normas del albaceazgo al cargo de contador-partidor; sino que, por el contrario, debe proceder e imponerse una aplicación analógica de dichas normas en lo pertinente y en lo que sea posible, atemperada y acomodada a las particulares circunstancias del cargo y función de contador-partidor, esto es, **una aplicación analógica pero selectiva** de las normas del albaceazgo.

Posición distinta es la del profesor ALBALADEJO, para quien el contador-partidor *“no es ya algo parecido a un albacea, sino pura y sencillamente un albacea más”*; es decir: *“un albacea con la misión concreta de contar y partir”*. Afirmar que por la especial misión que se le encomienda al contador-partidor no es lisa y llanamente un albacea (con aquella misión) es –concluye ALBALADEJO– *“como si se dijera que hay tantos cargos distintos entre sí como diferentes trabajos pueden encomendarse a los ejecutores testamentarios. No; todos son albaceas, y también el contador-partidor, porque todos ejecutan la voluntad del causante que los nombra, y eso es ser albacea: ejecutor de su última voluntad nombrado por el causante”* (opinión citada en *Comentario...*, tomo XIV, 1989, págs. 177 y 178, recogiendo la ya sostenida en *El Albaceazgo*, ... 1969).

Opinión que parece compartir VALLET (*Panorama de Derecho de Sucesiones*, 2.º vol., 1982-1984, pág. 279).

329

Desde luego, son mayoría los autores que no piensan así, y entienden que nuestro C.c. no refunde en los albaceas todas las funciones de ejecución testamentaria, sino que admite durante ese período la coexistencia de tres cargos o personalidades distintas: –Los albaceas (arts. 892 al 911); –Los administradores de la herencia (arts. 1.020 y 1.026 y ss.); –Y los contadores-partidores encargados de practicar las operaciones particionales; reconociendo, sin embargo, que nada impide que el testador reúna las facultades de todos ellos en una sola persona, PERO reconociendo, en todo caso, distintas y variadas diferencias entre unos y otros.

NOSOTROS, que somos de esta segunda opinión, no vamos a entrar en una pormenorizada discusión sobre el particular. Y, si traemos a colación el asunto, es sólo para lo que nos interesa en este trabajo. Baste pues, con un breve repaso de las diferencias que se suelen proponer para, a continuación, incidir en lo pertinente a este artículo.

Ya antes adelantábamos cómo ni por el sistema romano en que se incardina nuestro C.c., ni de los precedentes his-

tóricos (abonado todo ello por los oportunos preceptos de los Derechos forales que regulan más la materia) resulta necesaria (conceptualmente) y no existe (históricamente) en nuestro Derecho una figura única de un tercero ejecutor testamentario (distinto de los herederos) de carácter general (a diferencia, por cierto, del Derecho inglés).

En todo caso, se suelen señalar como **DIFERENCIAS** más salientes, las siguientes:

* El albacea es un cargo **testamentario**, porque sólo puede ser designado en testamento (art. 892 C.c.); el contador-partidor puede serlo en actos *inter vivos* o *mortis causa* (art. 1.057) siquiera aquella designación tenga que estar apoyada en un testamento.

* Las **facultades** del contador-partidor son sintéticamente dos: contar y partir; las de los albaceas, aquellas que el testador les hubiese encomendado (art. 901 C.c.) y si nada hubiese determinado aquél especialmente, las de los artículos 902 y 903 C.c.

* Puede ser albacea **un heredero** (el art. 893 no lo prohíbe); al paso que el contador-partidor nunca puede ser un heredero (salvo que renuncie a la herencia), toda vez que por tener y existir intereses contrapuestos con los demás herederos no se podrían garantizar los requisitos de imparcialidad, objetividad e independencia deseables en la partición.

* Los albaceas **pueden vender** con intervención de los herederos (art. 903 C.c.); los contadores-partidores, nunca.

* La entrega de **legados** corresponde al albacea autorizado para ello, no al contador-partidor (del desgraciado art. 81 del Reglamento Hipotecario nos ocuparemos en detalle más adelante).

* El cargo de albacea es **gratuito**, mientras que en el de contador-partidor suele mediar retribución (art. 908, inciso segundo).

* Y las que tendremos ocasión de exponer y que nos interesan a este estudio.

Hasta tal punto es así, que el albacea nombrado por el testador no podrá verificar la partición de la herencia, si a la vez no se le encomendó el encargo de acometer las operaciones divisorias y de partición del caudal relicto, en cuyo caso el albacea tendrá, además, el carácter de comisario, acumulando ambos cargos y funciones y ostentando además de las facultades de albacea las propias de contador-partidor. Pudiendo **ambos cargos recaer en personas distintas** o en una misma persona, en cuyo caso podrá esta persona aceptar y desempeñar un cargo y renunciar al otro.

Obsérvese, además, que si el contador-partidor fuese “un albacea con la misión concreta de contar y partir”, **los caracteres del cargo se enturbiarían y empañarían**. No, el albacea es un cargo acuñado con caracteres típicos y no se puede desvirtuar su naturaleza, capacidad, funciones, etc., de manera que unas veces (cuando sea un “simple albacea”) requiera y necesite unos determinados (por ejemplo, que pueda serlo un heredero...) y otras veces (cuando sea “un albacea con misiones concretas de contar y partir”) precise otros requisitos y le afecten incompatibilidades (no puede ser heredero, no puede vender...). De manera que si se entiende que el albacea al que se le encomendó, además, el encargo de partir no acumula dos encargos sino uno solo más amplio, su mano derecha tendría que olvidar lo que hace su mano izquierda; pues si el albacea es un heredero tendría que olvidarse de este carácter cuando actuase como contador-partidor, y después volver a echar mano de él si vuelve a actuar como albacea y olvidarlo, asimismo, si ejecuta como partidor... y así sucesivamente.

Se podría responder a esto que se trata de un juego de palabras ya que un coheredero no puede ser nunca nombrado albacea y contador-partidor a la vez; o que, en estos casos, serían albaceas “*con deducción de aquellas facultades de contar y partir*” (como entiende ALBALADEJO, apoyándose en la resolución de 5 de octubre de 1900 y en la sentencia de 23 de octubre de 1923. *Comentarios...*, tomo XII, vol. II, pág. 219, nota 132 “*quater*” in fine).

Pero si esa “deducción” de facultades se debe a su incompatibilidad para ejercerlas, ¿qué clase de albacea *sui generis* sería el contador-partidor que según y cómo podría unas veces no y otras sí ejercer su cometido, rompiendo la unidad de la institución y enturbiando sus caracteres consustanciales?

Parece, por contra, más razonable pensar que si el heredero no puede ser las dos cosas a la vez, o que sólo puede ser albacea y no contador, en estos casos, es porque, efectivamente, son dos cargos distintos con funciones distintas.

Y en cuanto a las citas aisladas jurisprudenciales ni son suficientes (porque hay tantas o más en sentido contrario, así, las del TS de 3 de diciembre de 1931, 5 de julio de 1947, 23 de noviembre de 1974 y resoluciones de la DGRN de: 18 de diciembre de 1893, 11 de octubre de 1982, etc., que parecen distinguir claramente ambos cargos, aunque apliquen supletoriamente las normas del albaceazgo al cargo de contador-partidor, como no podía ser de otro modo) ni, a veces, valen por lo que literalmente dicen. Piénsese, en este último sentido, en las sentencias de 31 de diciembre de 1909 y 13 de diciembre de 1929 (y demás que cita el propio ALBALADEJO en la nota 135 de la obra citada) las cuales, **aunque el testador no había nombrado albacea, califica de tal ¡al heredero administrador de la herencia aceptada a beneficio de inventario!**

En lo que sí hay **acuerdo unánime** es en la asimilación de ambos ejecutores testamentarios en cuanto a su **NATURALEZA JURÍDICA** (como antes quedó expuesto, a lo que nos remitimos).

Pues bien, expuesto todo lo anterior, y rebatidos los argumentos contrarios a nuestra postura, conviene ahora que vayamos desgranando una serie de argumentos nuevos **que CONFIRMEN** nuestra opinión; eligiendo aquéllos que, tradicionalmente, no han sido objeto de especial atención por los autores y jurisprudencia.

Además, al hilo de dichos argumentos, vamos a aprovechar la ocasión para ir desarrollando otras diferencias entre

los cargos de albacea y contador-partidor; pues, como antes señalábamos, no cabe una aplicación analógica global y ciega de los preceptos de aquéllos a éstos, sino selectiva en cada caso.

Veamos;

1. La posible renuncia de los herederos y demás interesados al cargo de executor testamentario.

Desde una **perspectiva o interpretación finalista** de la institución, cargo y funciones del contador-partidor, cabe decir que cuando el testador, haciendo uso de la facultad que el artículo 1.057 C.c. le concede, nombra contador-partidor y le encomienda acometer y verificar las operaciones de partición de herencia, hay base para interpretar y presumir cabal y racionalmente, que tanto el testador al nombrarlo como la ley al permitir su nombramiento, lo hacen **en beneficio e interés de los herederos** (procurando una partición pacífica entre ellos) **y demás interesados en la partición de la herencia** (caso de que existan). Y en cuanto que eso es así, cabe perfectamente pensar como lícita y válida la posible **RENUNCIA** a dicho beneficio por parte de los herederos y demás interesados en la partición por acuerdo unánime, posible a todas luces conforme al artículo 6, n.º 2 del C.c. Renuncia que tendrá lugar cuando los citados herederos y demás interesados en la partición hereditaria acuerden practicarla unánimemente, revocando, o mejor, prescindiendo del contador-partidor nombrado por el testador.

333

Respecto al **albacea**, sin embargo, **no creemos posible** que los interesados, aun de común acuerdo, puedan dejar sin efecto su nombramiento. Otra cosa es que tales interesados puedan, por su lado, ejecutar lo que el testador le encomendó a aquél.

En efecto, en cuanto al contador-partidor, téngase presente que la **partición de la herencia** se incardina dentro de la **esfera jurídico privada de los particulares**, es regulada por

normas de Derecho privado y sus normas son **dispositivas y disponibles** por los mismos interesados en ellas. De hecho, la doctrina considera aplicable a la comunidad hereditaria los artículos 394, 395, 397, 398 y 399 del C.c. relativos a la comunidad de bienes, siendo reiterada la jurisprudencia que establece tal carácter dispositivo a sus normas, al permitir a los comuneros establecer los pactos y condiciones que estimen por convenientes en orden a su regulación si es que están todos de acuerdo (a tal jurisprudencia nos remitimos; véase, asimismo, el art. 392.2 del Código civil). En todo caso, la partición y la práctica de la misma es una cuestión que pertenece y afecta única y exclusivamente a la misma.

334

Sin embargo, se ha de precisar que si bien lo que se acaba de decir es plenamente aplicable al caso de contador-partidor nombrado por el testador, no lo es, empero, con esa misma amplitud para el caso del **albacea**. Pues, en efecto, éste tiene un matiz si no público (imposible en un sistema romano como el nuestro) al menos **semi-público** (como lo demuestra, entre otras razones, la intervención de la autoridad judicial en algunas actividades y cometidos de aquél) gozando, además, de unas facultades más amplias y genéricas que las del contador-partidor. Por eso aclarábamos antes que los herederos gozan de facultades compartidas con los albaceas y podrán, juntos en su caso con los otros interesados, hacer su propia ejecución testamentaria, PERO sin poder prescindir del nombramiento del albacea, ni restarle facultades (ni a la inversa, en lo tocante al albacea respecto a los herederos).

Claro que **se podría responder** a esto que también en la partición de la herencia pueden existir interesados distintos de los herederos (beneficiarios de cargas modales, fideicomisarios, ... etc.) que imposibilite a éstos prescindir del contador-partidor. PERO a esto **hay que contestar** (como después veremos) que éste es el único supuesto de **excepción** (que confirma la regla contraria) en que los herederos “por sí solos” no pueden verificar la partición y prescindir del con-

tador-partidor. **Sin embargo**, aun en este caso, si todos están conformes: herederos y terceros interesados, sí que pueden prescindir.

Aunque esta doctrina **no cabe asimilarla al albacea** por lo ya dicho (y que dentro de poco ampliaremos). En este punto NO estamos de acuerdo con el profesor ALBALADEJO, que opina que se puede prescindir tanto del albacea como del contador-partidor, si todos los interesados de común acuerdo así lo deciden (*Comentarios*, tomo XII, vol. II, págs. 10 a 13 –véase también la precisión que hace en la nota 12: que el acuerdo unánime es necesario, no sólo para prescindir del albacea, sino, además, para realizar las operaciones de ejecución testamentaria; y que es cosa distinta a la unanimidad de los interesados, el ponerse de acuerdo interesados y albacea–). Y la verdad es que no le queda otro remedio al citado autor si quiere ser congruente con su teoría; pues si él piensa que se puede prescindir del contador-partidor y, a su vez, opina que el contador-partidor no es sino un albacea con facultades especiales de contar y partir, es ilógico, por incongruente, que se pudiera prescindir del uno y no del otro.

335

DISTINTA a la renuncia efectuada por los herederos (y demás interesados en la herencia, caso de que los haya) de un “beneficio” que sólo a ellos pertenece, es la renuncia al mismo cargo hecha por el propio albacea que regula, como una causa de extinción del abaceazgo, el artículo 899 C.c. Este artículo requiere para validez de la misma, la intervención o aprobación judicial; y la pregunta que cabe hacer ahora, en el asunto de que tratamos, es, ¿necesitarán los herederos que quieran prescindir, por unanimidad, del contador-partidor y por aplicación analógica del artículo 899 C.c. de la aprobación judicial que al albacea se le exige para renunciar al cargo?

Consideramos que NO, **al no existir identidad de “ratio”** entre ambos supuestos, pues los intereses a proteger, en uno y otro caso, son distintos: del testador o de los herederos,

respectivamente. **Además**, el artículo 899 se refiere y regula únicamente el caso de renuncia y no a otras causas de extinción como la que ahora contemplamos. **Finalmente**, la iniciativa, en este caso, parte del albacea ejecutor, mientras que en el supuesto de prescindir del contador-partidor (asimilable, como ahora veremos, al cumplimiento por parte de los herederos y correlativa imposibilidad en el cumplimiento por parte del contador-partidor), la iniciativa parte de los herederos interesados en la partición hereditaria. “**Item más**”, en tema de partición hereditaria, cuando ésta se verifique por los herederos en virtud de acuerdo unánime, la intervención judicial está ausente y queda fuera de lugar, pues dicha aprobación judicial tendrá sólo operatividad y virtualidad a falta de tal unanimidad y a instancia de parte interesada y legitimada para promover el juicio voluntario de testamentaría, o bien, *a posteriori*, cuando se pretenda impugnar la partición por algunas de las causas legalmente previstas: nulidad, rescisión, etc.; PERO nunca tendrá lugar *a priori* tal intervención judicial, habiendo acuerdo unánime entre los coherederos e interesados en cuanto a la forma de efectuar la partición y adjudicarse el caudal relicto.

Lo que demuestra, una vez más, que la partición pertenece a la esfera jurídico-privada de los herederos y personas interesadas en la misma y a quienes afecta, como tales. Lo que, asimismo, evidencia que el carácter semi-público del cargo de albacea, se diluye y se torna más privado en el caso del otro ejecutor testamentario: el contador-partidor.

Por lo demás —**aunque esto no sea objeto de nuestro trabajo**—, y al hilo de lo dicho, pensamos que la renuncia del contador-partidor a su propio cargo NO necesitará aprobación judicial si los coherederos e interesados, unánimemente, están de acuerdo con ella; si bien, en caso de disconformidad de alguno de ellos, no habrá más remedio que la aplicación analógica, en toda su amplitud, del citado artículo 899 C.c.

Artículo este, por cierto, que consideramos anacrónico y criticable. Pues parece muy duro que el albacea, cuyo cargo es gratuito (sin perjuicio de que exista remuneración por el testador) y voluntario, deba pasar obligatoriamente por un nombramiento en el que no tomó arte ni parte, toda vez que se entiende aceptado el cargo si el nombrado no se excusa en el plazo legal, a no ser que invoque una “justa causa al prudente arbitrio del juez” para desvincularse del encargo; y ello respecto de un cargo, como el albaceazgo, (o contador-partidor) de marcado carácter privado (a diferencia del sistema inglés, que tiene un carácter público). Además, imponer a alguien realizar una misión en contra de su voluntad, tiene todos los inconvenientes y prácticamente ninguna ventaja a efectos particionales. Si a eso se le suma que la “justa causa” que debe invocar para renunciar queda “al prudente arbitrio del juez”, es decir, de un criterio subjetivo y no objetivo, bien se entiende nuestro criterio contrario a tal artículo y que prefiramos una simple renuncia aun sin justa causa, como lo hace el **BGB alemán**, § 2.226 y el Código civil argentino (arts. 3.865 y 3.869). Todo ello sin olvidar lo cuestionable que pudiera ser jurídicamente obligar a una persona a desvelar su intimidad personal, so pretexto de invocar justas causas para renunciar a un cargo impuesto por otro, y sin perder de vista que los artículos 1.732.2 y 1.736 del C.c. no exigen, para el mandato, que el mandatario invoque causa alguna para extinguirlo por su renuncia.

Y es que, en realidad, este artículo 899 C.c. recoge una doctrina “por arrastre” de precedentes históricos, justificada en sus orígenes cuando el albacea era un ejecutor básicamente de mandas pías; de ahí que *Las Partidas* dijese que cumplir la voluntad del testador “es obra de piedad, como cosa espiritual”; pero difícilmente justificable hoy en día, habida cuenta del distinto contenido que reviste este cargo en las legislaciones modernas.

Quizás lo razonable sería que el albacea que renunciase, sin justa causa, a su cargo, perdiese simplemente lo que el testador le hubiere asignado; y tuviese que indemnizar daños y perjuicios sólo en el caso de que éstos se probasen cabalmente. Bastando, a estos efectos, la notificación fehaciente por parte de aquél a los interesados en la herencia; pues, en caso contrario, se podrían causar perjuicios a tales interesados, que podrían estar confiados en la actuación del albacea mientras se descuida la ejecución de sus bienes.

(Pero, como dijimos, es éste un asunto que no interesa a este trabajo. De manera que quede simple reseña del mismo).

2. Las normas de la partición son dispositivas, y, por tanto, disponibles y renunciables por parte de los herederos.

338 Ya dijimos antes que la partición de la herencia se incardina dentro de la esfera jurídico privada de los particulares, es regulada por normas de Derecho privado y tales normas son dispositivas y disponibles por los interesados, toda vez que pertenece y afecta única y exclusivamente a los herederos y demás interesados en la partición.

Conviene, ahora, que nos detengamos un poco más en esta cuestión, tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

a) Doctrinalmente.

Ya hemos visto con anterioridad cómo, por vía de consecuencia, no puede ser de otro modo; y también apuntamos que, por vía de principios, las cosas no pueden ser de otra manera. No obstante, se debe insistir en esto último pues por muchas vueltas que demos y por muchos argumentos que se expongan, **la raíz** del problema doctrinal es la misma.

En efecto:

En los sistemas de Derecho sucesorio de corte anglo-norteamericano, los cargos y funciones inherentes a los ejecuto-

res son concebidos como instituciones de derecho público, y vienen regulados por normas imperativas y de derecho necesario inderogables por voluntad privada y pacto expreso en contrario: carácter público. El ejecutor nato no es el heredero sino el *executor* (que no se identifica con el fiduciario en sentido estricto o *trustee*; véase PUIG BRUTAU, obra citada, págs. 437 y 438, a este respecto).

En los **sistemas de Derecho sucesorio de corte romano**, dichos cargos y funciones son concebidos como **semipúblicos** (albacea) o **privados**, como el de contador-partidor a nuestro entender, cuando actúe en interés y beneficio solamente de los herederos, únicos interesados en la partición que sólo a ellos afecta y pertenece. Siendo pues **instituciones voluntarias**, ni necesarias ni obligatorias, y de derecho privado; y en cuanto al cargo de contador-partidor-disponible y revocable, susceptible de prescindir de su intervención por acuerdo unánime de los ejecutores natos por excelencia y continuadores de la personalidad jurídica de su causante: los herederos.

339

b) Jurisprudencialmente.

Cabe decir lo mismo, pues reiterada jurisprudencia sanciona que los herederos puedan APARTARSE, incluso, de la misma partición verificada por el testador; cosa imposible si las normas que la rigiesen fueran imperativas e inderogables por los interesados.

Por eso, y dejando aparte los fallos que se refieren a la comunidad de bienes en general, algunas de cuyas normas (no todas, desde luego, habida cuenta de la especialidad que reviste la *comunidad hereditaria*) son aplicables al caso, nos centraremos en los que hacen referencia propiamente a esta materia.

Dicha jurisprudencia viene representada, básicamente, por:

Las **SSTS** de 21 de enero de 1907, 1 de mayo de 1930, 2 de marzo de 1935, 7 de noviembre de 1935, 30 de diciembre de 1944, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964,

25 de febrero de 1966, 3 de junio de 1967 y 20 de octubre de 1992.

En el mismo sentido las resoluciones de la DGRN de 4 de abril de 1903 y 2 de marzo de 1930.

No obstante, tan sólo reseñaremos las sentencias que cita en los “vistos” la tan importante de 20 de octubre de 1992.

Veámoslas:

**** La sentencia de 21 de enero de 1907 estimó que:**

“Aun cuando en las operaciones particionales y divisorias de una herencia deben llenarse todas las condiciones de forma y fondo necesarias para la determinación de los respectivos derechos de los interesados, esto no obsta para que, con ocasión de ellas, puedan los mismos celebrar cuantos contratos, válidos en Derecho, estimen convenientes para el mejor éxito y finalidad de aquéllas, sin que la circunstancia y ocasión de su celebración sea eficaz para desvirtuar en lo más mínimo la fuerza y validez de lo pactado, desnaturalizando su verdadero carácter; y como quiera que en el caso del presente recurso, convenidos el padre y los hijos, todos mayores de edad, en hacer la distribución o división de bienes de la herencia de su difunta madre y de los pertenecientes al primero, o sea, al padre, lo realizaron en la forma que consta en la escritura de 28 de mayo de 1897, por la que unos y otros se cedían mutuamente bienes y derechos, es indiscutible que, teniendo todos capacidad legal para contratar, y siendo legal lo pactado, celebraron no una simple aprobación de partición de herencia, sino un contrato válido, eficaz en Derecho y de carácter irrevocable, a no mediar el concurso de la voluntad de todos los contratantes.”

**** La sentencia de 7 de noviembre de 1935 consideró que:**

“Es doctrina constante de este Supremo Tribunal que para reclamar bienes hereditarios no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación

jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que pueden válidamente atacarla”; estimando que **“la voluntad del testador, si bien obliga a los herederos, no les impide formalizar y suscribir, con plena trascendencia jurídica, los convenios que estimen convenientes, a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios”**; por lo cual, declaró que **“el convenio particional consentido y autorizado por los recurrentes, no obstante conocer la existencia del testamento del año 1915, extremo en que se apoya el fundamento esencial del fallo que se discute, les impide obtener, sin contradecir sus propios actos, el reconocimiento de un Estado de Derecho que anule y desvirtúe el que ellos, libre y conscientemente, crearon”**.

**** La sentencia de 7 de enero de 1949 consideró que:**

“Tanto la doctrina legal como la científica han estimado que el aludido precepto (art. 1.058 del Código civil) contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad que por sí mismos o por contador designado por ellos efectúan la partición de los bienes que constituyeron la herencia, pues tal operación, mediante el concierto de sus voluntades, tiene carácter de contrato, en el cual, por virtud de lo que previene el artículo 1.255 del aludido Código sustantivo, pueden establecer válidamente quienes la otorgan cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por conveniente para la liquidación, valoración y distribución de los aludidos bienes hereditarios, y del cual nace obligación para todos los otorgantes, por imperio de la unánime conformidad requerida, y por lo mismo la nulidad o rescisión de lo así convenido sólo pueden acusarse por concurrir las circunstancias reguladas por los artículos 1.300 a 1.314 del Código o por la lesión de cuarta parte a que se refiere el artículo 1.074 del mismo Cuerpo legal.”

**** La sentencia de 28 de enero de 1964 dejó declarado que:**

“No obstante que la partición de una herencia debe guardar todos los requisitos de fondo y forma, dirigidos a la de-

terminación de los derechos de los interesados, ello no es obstáculo para que al practicarlas puedan los mismos celebrar cuantos pactos tengan por conveniente, los cuales serán válidos en Derecho y de obligatorio cumplimiento conforme a lo preceptuado en el artículo 1.058 del Código civil, que autoriza a los herederos con plena capacidad de obrar a distribuir la herencia en la forma que estimen les conviene”; considerando “que ha sido aplicado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala –sentencias de 21 de enero de 1907, 2 de marzo y 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949 y 21 de octubre de 1958–, en cuanto declaran que para reclamar bienes hereditarios **no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia en defecto –lo que en el caso acontece– de personas que puedan válidamente atacarla**”.

****** Y la sentencia de **25 de febrero de 1966** reiteró que: “Tanto la doctrina legal como la científica han estimado que el artículo 1.058 del Código civil contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad que por sí mismos efectúan la partición de los bienes que constituyen la herencia, pues tal operación, mediante el concierto de sus voluntades, tiene carácter de contrato, en el cual, por virtud de lo que previene el artículo 1.255 del Código civil, pueden establecer válidamente quienes las otorgan cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por conveniente para la valoración, liquidación y distribución del caudal hereditario, incluso la adjudicación al cónyuge supérstite en pago de su cuota legal usufructuaria de un capital en efectivo tal como previene el artículo 838 del Código civil cuando existe acuerdo mutuo, creándose para todos los otorgantes las consiguientes obligaciones derivadas de la unánime conformidad prestada al acto complejo que entraña la partición hereditaria.”

Y aún hay más, pues como comenta VALLET (*Comentarios...*, Edersa, tomo XIV, vol. 2.º, pág. 352) “... *Es posible apartarse de lo impuesto al testador por las normas legales imperativas, referentes a la preterición, legítimas o reservas con el consentimiento de los beneficiarios de éstas*”.

Conforme consideró la resolución de **12 de marzo de 1930, nada impide** que las personas a quienes corresponden las cuotas hereditarias que integran la masa relictas, **puedan dividirla en la forma que estimen más ajustada a las declaraciones testamentarias y a su propia conveniencia**, mientras no haya un precepto de interés público superior a las facultades que el Derecho subjetivo confiere a cada titular.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido la **inscripción de particiones** en las cuales, **los instituidos y los preteridos**, sin instar la anulación de la institución, se hubieran unánimemente distribuido la herencia conforme las reglas de la sucesión intestada (resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959); e incluso aplicó esa posibilidad en caso de preterición —en base al art. 1.058 del C.c., siendo todos los herederos plenamente capaces— admitiendo que se distribuyeron los bienes conforme libremente convengan (resoluciones de 30 de junio de 1910, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959).

**** Y en que, como ya declaró la STS de 3 de julio de 1969:**

“Al incidir una partición hereditaria EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS PRIVADOS DE TIPO DISPOSITIVO, los herederos que por sí mismos la practiquen, aun valiéndose de terceros técnicos, pueden, sin duda, acomodarla a sus peculiares intereses y conveniencias del caso, siempre, claro es, que actúen inequívocamente entre sí, como les faculta el artículo 1.058 del Código “y” presupuesta la capacidad negocial de todos los titulares del derecho hereditario.”

**** En el mismo sentido, la STS de 3 de julio de 1962.**

En resumen, y como dice VALLET (obra citada, págs. 348-9):

“Es natural que esa unanimidad, cuando todos los herederos son plenamente capaces, pueda sobrepasar lo meramente particional e incluir actos dispositivos más allá de lo propiamente divisorio y separarse de lo dispuesto por el causante e incluso por normas legales imperativas” (es decir, “de los límites legales impuestos a la voluntad del testador, pero a los cuales no se halla sujeta la de los herederos beneficiarios de ellos”).

Bien se entiende que si, dado ese carácter dispositivo que tienen las normas relativas a la partición hereditaria, los herederos pueden “apartarse” de la partición verificada por el mismo testador, **con mayor motivo** lo podrán hacer en el caso de que se haya nombrado **un contador-partidor** por dicho testador con tales facultades particionales.

344

Y el hecho de que el TS considere que los herederos se “**APARTEN**” de la partición verificada por el testador, esto es, que no la “alteren”, “modifiquen” o “anulen”, parece convencer de lo que venimos repitiendo: las facultades que ostentan los herederos respecto de la partición hereditaria, las tienen con **carácter COMPARTIDO** con cualesquiera ejecutores testamentarios voluntarios. Y este criterio jurisprudencial es muy poderoso (máxime teniendo en cuenta la casi nula regulación de los contadores-partidores en nuestro Derecho positivo, por lo que muy bien se podría decir que su reglamentación y cometido es, en realidad, una creación jurisprudencial...; por lo menos, a efectos prácticos y vinculantes).

3. Asimilación de los cargos de ejecución testamentaria al mandato: sus consecuencias.

Al hablar de la naturaleza de los cargos de ejecución testamentaria, habíamos aceptado (si bien reconociendo sus diferencias) la postura más reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo, de manera inveterada, en el sentido de considerar a tales ejecutores como **mandatarios post-mortem**

nombrados por el testador en su testamento, y que reciben de aquél “el encargo” de prestar un servicio o hacer alguna cosa.

Pues bien, interesa ahora hacer algunas consideraciones que apoyan nuestra opinión y perfilan otras diferencias entre los cargos de albacea y contador-partidor.

En efecto, nosotros pensamos que mientras el cargo de albacea obedece a un mandato **irrevocable**, el de contador-partidor (salvo en los casos que se imponga su intervención como necesaria) se asimila, más bien, a un **mandatario post-mortem de carácter revocable** por acuerdo unánime de todos los herederos e interesados en la partición.

****** Así, respecto al **CONTADOR-PARTIDOR**, creemos que el negocio jurídico o **gestión** que constituye el **objeto del contrato de mandato** (encargo que el ejecutor recibe del testador para su realización y cumplimiento), puede ser cumplido o ejecutado tanto por el mandante como por el mandatario; sin que el nombramiento de este último constituya obstáculo que impida al mandante ejecutarlo por sí mismo. A su vez, la conclusión del negocio único objeto del contrato de mandato, extingue éste. Luego los herederos en su condición de tales (mandantes después de la muerte del testator) podrán dejar sin efecto o, mejor, **prescindir** del contador-partidor nombrado; **o bien ejecutar y cumplir el encargo que el contador-partidor recibe del testador, por sí mismos**, en cuanto continuadores de la personalidad jurídica de aquél, en cuyo caso, una vez que practiquen la partición por sí y por acuerdo unánime prescindiendo del contador-partidor, el mandato quedará extinguido: es decir, el cargo de contador-partidor.

****** En lo tocante al **ALBACEA**, si bien **los coherederos no pueden hacer lo primero, sí podrán realizar lo segundo**. Pues, aun cuando se asimile su cargo al de un mandatario *post-mortem* de carácter irrevocable por los herederos (incluso mediando entre ellos acuerdo unánime revocatorio), sin embargo, nada impide que tales herederos, en cuanto principales ejecutores tras la muerte del testador y continuadores de

su personalidad jurídica, puedan por sí mismos ejecutar y cumplir los encargos legales (arts. 902 y 903 C.c.) y voluntarios (art. 901 C.c.) que el testador encomendó a los albaceas. De igual manera que no existe obstáculo que impida al mandante, dueño del negocio o principal (y tras su muerte, a sus herederos) ejecutar por sí mismo el negocio o gestión objeto del contrato de mandato, sin perjuicio de que, además, lo pueda ejecutar y cumplir el mandatario.

Lo que demuestra, otra vez más, que las facultades de ejecución inherentes a los cargos y funciones de los ejecutores testamentarios no son en modo alguno exclusivos de los especialmente nombrados (albacea o contador-partidor), sino que resultan **compartidas** entre éstos y los herederos, continuadores de la personalidad jurídica de su causante y, en cuanto tales, ejecutores propios y natos por excelencia del testamento, voluntad del testador y de los encargos que de éste se reciban.

346

PERO, ¿por qué los herederos pueden prescindir del contador-partidor y no del albacea?, (sin perjuicio, naturalmente, de que en ambos casos haya facultades de ejecución compartida). Ya antes adelantamos algo, pero conviene que se le dedique al asunto epígrafe separado, que abone aún más lo que se dijo.

4. Los herederos pueden prorrogar el plazo del contador-partidor y aun dejar sin efecto su cargo, pero esto último no lo pueden hacer respecto del albacea.

a) Prorrogar.

De conformidad con el **artículo 906 C.c.** los herederos y legatarios pueden prorrogar el plazo del albaceazgo: –por el plazo de un año más, si el acuerdo es por mayoría; y –por el que estimen necesario, si el acuerdo fuere unánime.

Téngase presente, además (como señalan ALBALADEJO –Comentarios..., Edersa, XII, 2.º, pág. 234–, y PUIG FERRIOL

—*Comentarios del Código civil*, M. Justicia, pág. 2200—) que si nada ha previsto el causante, los albaceas podrán pedir la prórroga indistintamente a la autoridad judicial o a los sucesores (es decir, no se establece la necesidad de pedirla preferentemente a uno o a otros); que, denegada por unos, podrá solicitarse y obtenerse de los otros, y que una segunda a ulterior prórroga podrá pedirse también a quien no hubiese concedido la anterior. En concreto, y en orden a la preferencia, cabe citar las sentencias del **TS de 24 de noviembre de 1906 y 5 de febrero de 1908**, en las que para el caso de que el testador no concedió prórroga, fundamentan la extinción del albaceazgo en que no se pidió ni a los herederos ni legatarios ni al Juzgado; lo que implica reconocer —dice ALBALADEJO— **al albacea** la facultad de haberla solicitado de unos u otros. Sin embargo, la **sentencia de 22 de febrero de 1929**, en lo tocante a un caso de **contador-partidor**, dijo que éste “*debió pedirla en primer lugar a los herederos, como continuadores de la personalidad jurídica del causante y según lo ordena el artículo 906, y, en su defecto, al juez, según el párrafo 2.º del artículo 905*”.

347

Obsérvese, por de pronto, ese distinto matiz jurisprudencial respecto a la prórroga, según se trate de albacea o contador-partidor; fundado, quizás, en el carácter semi-público del cargo del primero, y totalmente privado, que sólo a los herederos pertine, en el caso del contador-partidor. En todo caso, concediendo a los herederos una preferencia como ejecutores natos y continuadores de la personalidad jurídica del causante.

Retomando el hilo, y fuera de esto, entendemos que aquí sí que está justificada la aplicación de dicho precepto por analogía al cargo de contador-partidor.

Pues bien, lo que nos interesa resaltar en este trabajo es que si, por mayoría, pueden los herederos y legatarios (caso de que los haya) prorrogar el plazo del ejecutor testamentario, ¿por qué no van a poder, por unanimidad, prescindir del contador-partidor nombrado, siempre que, por el mismo

acuerdo unánime, decidan simultáneamente practicar la partición *motu proprio*? En definitiva, ¿por qué no habrían de poder prescindir de la intervención del contador-partidor por unanimidad? Pues, **si prorrogándoles el plazo evitan que el mismo cargo se extinga** por caducidad, prescindiendo por unanimidad del mismo, lo extinguen antes del vencimiento del plazo.

Sin embargo, a diferencia de la prórroga propiamente dicha, para prescindir del contador-partidor se hace menester, SIEMPRE, que el acuerdo entre todos los herederos e interesados haya sido adoptado por unanimidad ya que, en definitiva, son éstos los únicos a quienes la partición atañe y pertenece. A su vez, el criterio del *quórum* unánime, y no el simplemente mayoritario, es el que rige en Derecho español para la práctica válida de la partición, lo que implica que, a falta de tal unanimidad, no sólo no podrán los herederos prescindir del contador-partidor, sino que se impondrá como necesaria y obligatoria la partición a practicar por el mismo.

348

Todo lo dicho, además, demuestra que **los herederos** y demás interesados en la partición (caso de existir), **tienen poder de disposición sobre el mandato *post-mortem*** concedido por el testador a los ejecutores testamentarios particularmente, sobre el concedido al contador-partidor, pudiendo por unanimidad, no sólo prorrogar el plazo de vigencia del mismo, sino, además, dejar sin efecto o prescindir de tal contador-partidor. SIN EMBARGO, si ello es así respecto al contador-partidor, no ocurrirá lo mismo respecto del cargo de albacea.

Pero como vamos a ver esto inmediatamente, tan sólo indicar aquí, a modo de resumen esquemático, que respecto del **contador-partidor** es así porque éste obra en beneficio e interés único de los coherederos y demás interesados en la partición (caso de que los haya), y estas personas están perfectamente identificadas o determinadas, amén de ser las únicas interesadas en la partición, a quienes atañe y pertenece; siendo, en fin, sus facultades muy precisas y concretas. No

se podría decir lo mismo respecto del **albacea** porque, entre otras muchas razones (que se han ido ya desgranando), **obran en interés y beneficio de otros terceros extraños distintos**, que **pueden no estar determinados** como lo son y están los interesados en la partición; además, **los encargos** que recibe del testador así como los que la ley le encomienda y otorga, **son más amplios y complejos** que el simple encargo de practicar la partición (contar y partir), siendo muy especialmente, **fiscalizadores** de la buena, regular y exacta ejecución y cumplimiento del testamento y voluntad del testador por parte de los herederos.

En este sentido, escribe LACRUZ (*Elementos...*, V, pág. 403) que el albacea actúa frente a los herederos, con independencia de ellos, en **asuntos del testador**, cuya gestión le encomendó a él. “... *precisamente el albacea debe imponer la voluntad del testador contra los herederos acaso recalcitrantes y contra el interés de éstos*”.

349

b) Dejar sin efecto el cargo.

Ahora bien, si los herederos pueden prorrogar el plazo del albaceazgo, lo que NO PODRÁN es revocarlo o dejarlo sin valor ni efecto, porque, aun cuando los herederos sean continuadores de la personalidad jurídica de su causante, **el albacea NO ACTÚA EN NOMBRE, POR CUENTA Y ENCARGO DE LOS HEREDEROS, SINO DEL TESTADOR** (que fue quien le nombró por un mandato *post-mortem*: un mandato especial y *sui generis* sometido a reglas especiales), **Y EN INTERÉS DE TERCEROS INTERESADOS Y BENEFICIARIOS DISTINTOS DE LOS HEREDEROS.**

Frente a toda interpretación en contrario, el hecho de que la propia ley permita a los herederos ser albaceas (y, sin embargo, les prohíba ser contadores-partidores, salvo que renuncien a la herencia) convence que entre estos terceros interesados distintos de los herederos y estos mismos herederos no hay contraposición de intereses. Pues, si así fuese, como dijimos, no podría el heredero ser, además, albacea.

No es que el albacea actúe en perjuicio o beneficio de los herederos, sino **AL MARGEN DEL INTERÉS** de los herederos y aun contra sus “conveniencias y deseos” (que no “intereses” propiamente dichos). En efecto, los herederos ya han sido instituidos en lo suyo por el testador y en esto sólo tienen legalmente interés: un interés objetivamente determinado por el tenor del mismo testamento; si después resulta que existen otros terceros interesados que de no existir y no ser beneficiarios en algo hubiesen aumentado el caudal de los herederos, es cosa bien distinta del conflicto de intereses. Sería más propio hablar del “**DESINTERÉS**” que podría generar en el heredero, que a la vez sea albacea, dar cumplimiento a lo dispuesto por el testador respecto a esos terceros.

350 O, dicho de otra manera, una cosa es el interés legal, estricto y objetivamente medible que tiene el heredero según el tenor del testamento, y otra, bien distinta, la conveniencia o deseo de tal heredero en intereses ajenos a los suyos propios, que conllevaría, más bien, un desinterés por su parte en cumplir o ejecutar esos intereses ajenos.

Se podría argumentar, en contra de lo dicho, que el albacea, además de ser instituido heredero, puede ser nombrado legatario o beneficiario de otro modo, pero obsérvese que, en estos casos, no habría ni podría haber contraposición de intereses, sino intereses **CONCURRENTES**.

En todo caso, repetimos, el legislador ha desvanecido las dudas a este particular al permitir que el heredero pueda ser albacea.

Aparte de lo dicho, como quiera que el albacea actúa en asuntos propios del testador, en interés y beneficio de esos otros beneficiarios y extraños a la herencia, al margen del interés de los herederos (en el sentido que acabamos de explicar) se justifica el **carácter SEMI-PÚBLICO DEL CARGO DE ALBACEA**, y el que para renunciarlo, aun después de haber sido aceptado por éste, necesite aprobación judicial basada en una justa causa, por él invocada y apreciada por el libre y prudente arbitrio del juez (¡aquí radica una de las diferen-

cias fundamentales entre el cargo de albacea y el de contador-partidor!).

Por otro lado, el cargo de albacea lleva aparejada **UNAS FUNCIONES Y EL EJERCICIO DE UNAS FACULTADES** mucho más complejas y amplias que las del contador-partidor (arts. 901, 902 y 903) y, además, todo lo que el testador le haya conferido.

Y si bien el cargo de albacea es un cargo de confianza o basado en la misma, que le tiene el testador que le ha nombrado, nada impide que **EL HEREDERO** pueda ejecutar el testamento y la voluntad de su causante, en cuanto continuador de su personalidad jurídica y ejecutor nato por excelencia de la voluntad del testador, incluso habiendo albacea nombrado, en cuyo caso las facultades serán o estarán compartidas. **SIN EMBARGO**, aunque ostente el heredero facultades de ejecución compartidas con el albacea, no podrán tales herederos, ni por acuerdo unánime, prescindir del albacea; esto es, revocar y dejar sin efecto el nombramiento hecho por el testador en su testamento, pues **¡se mantendría EL RIESGO que la ley ha querido prevenir y el testador evitar!**, a saber: que el testamento y la voluntad del causante no se ejecute bien, fiel y totalmente de la forma que el testador dispuso y encomendó al albacea. Pues, ciertamente, si les estuviese permitido a los herederos, actuando por acuerdo unánime, prescindir y revocar el nombramiento del albacea, se correría el peligro de que aquéllos dejaran de cumplir o de que quedase incumplida, en todo o en parte, la voluntad del testador en todo aquello que a los herederos les fuera perjudicial, no les agradase o conviniera o fuera gravoso para ellos.

Se podría **OBJETAR** en nuestra contra que como quiera que uno de los herederos puede ser albacea, al no exceptuarlo la ley, ese mismo riesgo de dejar incumplida la voluntad del testador existiría si fuese nombrado por el testador para ocupar el cargo de albacea uno o varios de los herederos instituidos, atisbando el posible conflicto de inte-

rés que pueda nacer del desinterés en cumplir el heredero-albacea lo que no le agrade o le fuera perjudicial.

Sin embargo, tal posible afirmación **no es cierta ni exacta** por lo siguiente:

1.º El conflicto de intereses entre el coheredero y los demás interesados en la partición, caso de que el heredero fuese nombrado contador-partidor, si legalmente fuese posible (que no lo es, dejando aparte el supuesto de renuncia), existiría inevitablemente y sería cierto desde el instante mismo de su nombramiento. Mientras que entre el heredero nombrado albacea y el encargo encomendado a éste por el testador en beneficio de quien corresponda, no se puede hablar de un conflicto de intereses existente y cierto, sino potencial, difícilísimo por otra parte, y que nacería de un desinterés en cumplir. Es más, creemos que ese posible conflicto de intereses no tendría lugar nunca jamás. En efecto, el desinterés que podría mostrar el heredero en cuanto albacea, para entregar un legado por ejemplo, no se puede jamás elevar a la categoría de conflicto de intereses, y los beneficiarios en el cumplimiento de la ejecución de la voluntad del testador tendrían posibilidad, medios y acciones para reclamar contra el heredero-albacea. Sus intereses nunca quedarían desprotegidos. El cargo de albacea no es susceptible de generar tal conflicto de intereses cuando el heredero haya sido nombrado por el testador para ocupar tal cargo. Y así lo ha entendido, además, el legislador.

2.º Que para renunciar a su cargo, el heredero nombrado albacea y que hubiera aceptado, necesitaría alguna justa causa al prudente arbitrio del juez (art. 899 C.c.).

3.º Que, fuera del supuesto anterior, la intervención judicial es buena cautela, que asegura y garantiza la buena y fiel ejecución y cumplimiento de la voluntad del testador por parte del albacea.

4.º Porque el cargo de albacea es un cargo de confianza, cuyo riesgo eventual de infidelidad a la confianza puesta en él por el testador, ya ha sido asumido por éste desde el momento mismo de su nombramiento.

5.º Los albaceas, en el caso del n.º 2 del artículo 907, están obligados a dar y rendir cuentas al juez.

Todo lo hasta aquí dicho sirve, vale y es de aplicación respecto del ejecutor testamentario llamado albacea, sin que quepa aplicar por analogía lo expuesto para el cargo de **CONTADOR-PARTIDOR**.

En efecto, los herederos, al contrario que respecto a los albaceas sí que podrán revocar, destituir o, mejor, **PRESCINDIR** de la intervención del contador-partidor dejando sin efecto el nombramiento para tal cargo **SIEMPRE QUE, siendo los únicos interesados en la partición y no prohibiéndolo el testador** (nosotros pensamos que aun en este caso), **por acuerdo unánime** así lo decidan: siempre, claro está, que simultáneamente exista acuerdo, también unánime, en la forma de hacer la partición y adjudicarse los bienes y derechos que integran el caudal relicto. No bastando el mero acuerdo unánime de los coherederos para prescindir del contador-partidor y llegue a faltar ese mismo acuerdo para repartirse los bienes, ya que, como dice **ALBALADEJO**, se mantendría el riesgo que tanto la ley como el testador quieren evitar: de que luego, al partir, exista desacuerdo entre los herederos interesados.

353

Y a esta afirmación se llega, además de lo que llevamos expuesto a lo largo de este trabajo, por las siguientes consideraciones que interesan a este epígrafe:

Porque los herederos son los únicos interesados en la partición (no existiendo ningún otro distinto, pues, en tal caso necesitarían también de su unánime acuerdo); los únicos afectados a los que pertenece e importa. Por eso, **en el supuesto de acuerdo unánime no se puede hablar de que exista conflicto de intereses con nadie**, pudiendo destinarse la herencia de la manera que tengan por conveniente (reuniendo, claro está, los requisitos de capacidad necesaria legalmente para practicarla, y pudiendo hacerlo *motu proprio*, personalmente o por medio de sus legales representantes), prescindiendo del contador-partidor nombrado, y al margen del mismo y sin su intervención.

Precisamente por eso, el cargo de contador-partidor no puede recaer en persona que sea heredero (habida cuenta del conflicto de intereses que existiría entre el heredero nombrado contador-partidor y los demás coherederos e interesados en la partición), pues no aseguraría ni garantizaría los principios de independencia, imparcialidad y objetividad exigibles de cualquier contador-partidor en la ejecución de la voluntad del testador respecto a sus aspectos económicos; quedando comprometidos y puestos en entredicho tales criterios de imparcialidad y objetividad que se han de predicar y se hace necesario exigir del contador-partidor. Y no es necesario que dicho conflicto “de hecho” se dé; baste con que pueda darse para justificar tal medida.

354

En suma, no evitaría el riesgo de que el heredero nombrado contador-partidor partiera con arreglo a su propio criterio y en beneficio e interés particular, adjudicándose bienes como heredero en perjuicio y detrimento de los demás instituidos.

Pues bien, ese riesgo cesa y decae la posibilidad de perjudicar a los demás, cuando los herederos de forma unánime hacen desaparecer ese conflicto de intereses real o potencial. Lógicamente, basta con que falte el acuerdo de uno solo de los herederos (o demás interesados, si los hay) para que se imponga como necesaria la intervención y práctica de la partición por el contador-partidor nombrado. No olvidemos que nuestro ordenamiento jurídico adopta en esta materia de partición hereditaria el principio de la UNANIMIDAD y no de la mayoría; y es precisamente la existencia de acuerdo unánime lo que explica y hace vislumbrar la inexistencia del conflicto de intereses entre los coherederos y, a su vez, el argumento que hace decaer o desaparecer la razón justificativa de la precisa intervención del contador, necesaria, desde luego, en caso contrario.

5. El cumplimiento por parte de los herederos de la voluntad del testador extingue el cargo de contador-partidor.

Como es sabido, entre las causas que el **artículo 910 C.c.** establece para la extinción del albaceazgo, no se encuentra la más evidente y lógica, cual es el CUMPLIMIENTO por parte del ejecutor testamentario de la voluntad del testador. Aunque, como es la más natural, viene reconocida por reiterada jurisprudencia (baste con citar las sentencias del TS de 3 de enero y 9 de junio de 1962; 22 de abril de 1967 y 25 de enero de 1971, como más recientes).

Ahora bien, cabe que ese cumplimiento, según llevamos expuesto y razonado, lo puedan llevar a efecto los propios herederos, al tener facultades compartidas con los demás ejecutores testamentarios. En primer lugar, porque el **artículo 910 no establece un sistema de "numerus clausus"**, respecto a las causas de extinción, sino que establece las más corrientes o usuales (piénsese, por ejemplo, en otras causas como: la anulación del nombramiento, el cumplimiento de la condición resolutoria puesta al albacea, su excusa con justa causa -cosa distinta de la renuncia, etc...-); por lo que no cabría invocar que, puesto que el artículo 910 no prevé esta posibilidad para los herederos, la misma les está prohibida (ocurriendo, empero, todo lo contrario: que lo no prohibido se entiende permitido). Y en segundo lugar, y sobre todo, porque el cumplimiento por parte de los herederos es una causa extintiva del cargo, **subsumida en** la que dicho precepto señala como **IMPOSIBILIDAD**; pues imposible le será al contador-partidor partir la herencia, si tales operaciones de partición y adjudicación de los bienes hereditarios fueron acometidas por los herederos. Pues, deviniéndole al contador-partidor, y *a posteriori*, dicho cumplimiento como imposible, le quedará extinguido el cargo y las funciones que para tal finalidad ostentaba.

Debe matizarse, sin embargo, como venimos repitiendo, que según el cargo de ejecución de que se trate, el cumpli-

miento de los herederos, como causa de extinción, juega un papel distinto:

** En el caso del **comisario o contador-partidor**, como quiera que tal cargo lleva consigo aparejado unas funciones y facultades concretas (contar y partir), resulta evidente y fácil de comprobar y demostrar que tal encargo se ha cumplido. Por lo tanto, cumplido el encargo, el cargo queda extinguido; pues ejecutado el concreto encargo vinculado al cargo y agotadas sus funciones, éste ya no tiene razón alguna de continuar y seguir vigente.

356 ** En el caso del **albacea**, debe tenerse presente todo lo dicho con anterioridad al analizar los perfiles distintos existentes entre éste y el contador-partidor. Decíamos que, aun cuando los herederos eran los ejecutores natos de la voluntad del testador y, en su condición de tales, como continuadores de la personalidad jurídica de su causante, no existe obstáculo que les impida ejecutar y cumplir la voluntad del testador, no podrían prescindir o dejar sin efecto el cargo de albacea; pues, aparte de que el encargo que recibe el albacea del testador es mucho más amplio que el que recibe el contador-partidor, y aparte de que no se pueda prescindir de él porque no se garantizaría la independencia e imparcialidad y surgiría una colisión o conflicto de intereses, **sin embargo**, en el presente caso, aun cuando los herederos cumplan el encargo y ejecuten la voluntad del testador, el cargo de albacea sigue vigente por la **poderosa razón** de que el albacea, además de ejecutor, es, con la misma intensidad, **¡FISCALIZADOR del regular, riguroso y exacto cumplimiento** de la voluntad del testador por parte de los herederos!, y, en general, del testamento (siempre que su cargo se encuentre vigente).

Nuevamente vuelve a estar presente y se hace necesario incidir una vez más en la aplicación por analogía pero con suma cautela, prudencia y en lo pertinente de las normas del albaceazgo al cargo del contador-partidor.

6. *¿Se puede tolerar que el contador-partidor cumpla mal pudiendo los herederos ejecutar bien?*

Es muy abundante la jurisprudencia que señala que el contador debe atenerse al partir a lo establecido en el testamento, aplicándolo (véase dicha jurisprudencia, reseñada por ALBALADEJO, en *Comentarios...*, Edersa, tomo XIV, vol. 2.º, págs. 256 y 257). Lo cual es evidente y obvio, pues, como señala la sentencia del TS de 23 de noviembre de 1899, las atribuciones del contador “siempre y en todo caso están limitadas por lo expresamente ordenado por el testador, ya que lo contrario sería anular la voluntad del mismo, y aun equivaldría a dejar la formación del testamento al arbitrio de terceros, lo cual prohíbe el artículo 670 del C.c.”. Lo que ocurre es que **el contador-partidor puede equivocarse o cometer errores** sin que medie malicia por su parte. Pues bien, en estos casos, sin que medie malicia por su parte, la STS de **21 de noviembre de 1939** establece que se ha de pasar por la partición del contador “en tanto los tribunales no acuerden su rescisión en el juicio correspondiente por haberse, faltado a la ley o a la voluntad del testador”; y la de fecha **25 de abril de 1963**, afirma que vale la partición del contador “salvo notorias extralimitaciones de las cláusulas testamentarias”.

357

En definitiva, como resume ALBALADEJO (*Comentarios...*, Edersa, tomo XII, vol. II, págs. 322 a 328, y también en el tomo XIV, vol. II, págs. 266 a 271):

“La extinción del albaceazgo y cesación de los albaceas en sus funciones se produce –según el criterio que viene manteniendo nuestra jurisprudencia– no sólo en el caso de que el encargo haya sido cumplido por aquél con total acierto y corrección, sino también en el de que en tal cumplimiento hayan incurrido en ERRORES DE VALORACIÓN DE BIENES, OMISIONES DE ÉSTOS, ADJUDICACIONES INDEBIDAS, etc...; y el rectificar lo mal hecho, si lo hay, dará lugar al ejercicio de las oportunas acciones o reclamaciones por parte de o contra quien

corresponda (herederos, otros interesados), **pero que ni los albaceas pueden rectificar** ni dirigirse para ello contra nadie (así, contra el beneficiado por una adjudicación excesiva) **ni los perjudicados pueden demandar al albacea** (así, el que recibió bienes de valor realmente inferior al que le corresponde, reclamarle complete su hijuela)."

Doctrina aplicable por analogía al contador-partidor.

Si bien, aclara el citado autor, que la **imposibilidad de rectificar** se refiere al caso de que se haya **cesado en el cargo y cumplido las respectivas funciones**; pues, mientras no se hayan concluido, o (en el caso concreto de la partición) "*mientras que la partición esté en trámite, cabe rehacer lo que aun ultimado, no tiene, ciertamente, todavía carácter definitivo. Concluida, el contador puede complementarla* mientras esté en plazo, **pero no alterarla**, pues aunque no haya consumido el tiempo máximo de su cargo, éste se extingue no sólo por el transcurso del mismo, sino por la ejecución de su misión, y cesado en su puesto, carece ya de atribuciones".

358

Sea como fuere, lo cierto es que la jurisprudencia no se muestra tan generosa en sus fallos, insistiendo reiteradamente en que concluida su misión por el albacea o contador-partidor y entregados los bienes a los herederos sólo cabe para remediar las adjudicaciones indebidas, las omisiones de algunos bienes o los errores de valoración de los mismos, acudir a tribunales, no para proceder contra el albacea o contador-partidor, sino contra los herederos: **STS: 17 de diciembre de 1919, 11 de enero de 1928, 8 de octubre de 1932, 14 de febrero de 1952, 3 de enero de 1962, 15 de febrero de 1965 y 30 de octubre de 1970; y resoluciones de la DGRN: de 29 de noviembre de 1911, 28 de marzo de 1944, 18 de diciembre de 1951 y 30 de marzo de 1954.**

Pues bien, ¿cómo puede ser tolerable que los herederos, aun de común acuerdo, permanezcan maniatados mientras el contador-partidor comete errores, omite bienes y adjudica mal? ... y así hasta que termine de hacer la partición, para después tener ellos que enmendar tales despropósitos, errores u omisiones.

Enmiendas que quizás le sean **muy gravosas o de resultados irreparables** (piénsese en la pérdida de tiempo y dinero que supone el entablar una acción de rescisión ante los tribunales, o de anulación por preterición de herederos; o en la pérdida del negocio ya apalabrado y pendiente para consumarse de que el contador parta bien, o a la venta que se tiene comprometida de lo que se va a heredar y nunca hereda o hereda tarde y mal... etc.).

Y lo más gracioso del asunto es, ¡que todos los herederos (y los demás interesados, cuando los haya) estén unánimemente de acuerdo en prescindir del contador-partidor y repartirse los bienes!, y no se les permita hacerlo.

Aunque lo que no tiene ninguna gracia es que, encima, el contador-partidor deba cobrar sus honorarios por partir; pues sólo cuando parta se sabrá si hay error u omisión, etc., pero será demasiado tarde... pues aquéllos ya se habrán distraído del patrimonio relictos. Y por muy asustadizo que sea un heredero, el contador-partidor siempre le podrá recomendar calma y sosiego, y que espere hasta el final, que su cargo está vigente y que su misión no ha concluido... aunque ya sabemos cuál fue el final... Y **que no se alegue** la obligación del albacea (o contador), artículo 907, de **dar y rendir cuentas a los herederos** o al juez (según los casos), pues esto, sobre suceder *a posterior*, bien puede ser un acto protocolario, ya que como asegura, entre otras, la STS de **11 de abril de 1967**: “la práctica de las operaciones particionales constituye el modo más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta del encargo que el testador les ha conferido”. Y así, entre esta solemne declaración (no dice que los albaceas las rindan “bien”, fiel y exactas) y las cuentas que se les rinden, se quedarán los herederos petrificados al comprobar la amplitud de lo que ya intuían y ahora contemplan y corroboran extensamente. El camino que les espera ya se sabe, si el contador rinde cuentas y los herederos no están conformes: reclamar ante los tribunales en vía ordinaria (si se rindieron privadamente) o en vía contenciosa (si se rindieron en un acto de jurisdicción voluntaria)

(*vide* ALBALADEJO, *Comentarios...*, 1979, Edersa, tomo XII, vol. 2, págs. 262 y 263).

Claro que la responsabilidad del contador (o albacea) por los daños que cause su mal cumplimiento (que no incumplimiento, pues ha practicado la partición) y a exigir por los herederos se basaría, fundamentalmente, en los artículos 1.101, con carácter general, y en los artículos 1.718 o 1.726 C.c., relativos al mandato, en particular. Pero, ¿qué pensarán los autores que niegan que a estos ejecutores testamentarios les sean aplicables por analogía y en lo pertinente las normas del mandato?; o, ¿pensarán que en otros casos no y aquí sí?; ¿con arreglo a qué criterio?

Para nosotros, la cuestión no tiene duda alguna, y para la jurisprudencia parece que tampoco (si es que los asimila a mandatarios *post-mortem* del testador).

360 Desde luego, se podría contestar que antes de que se consume el desastre, el heredero atento y diligente, siempre podrá pedir **judicialmente la REMOCIÓN** del cargo del executor testamentario. Pues bien, de momento le espera un **procedimiento declarativo-ordinario de mayor cuantía**, y aún las cosas se le pueden poner más negras.

En efecto, el Código civil NO dice cuáles sean esas **causas que dan lugar a la remoción**; y, ante este silencio, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que rellenar tal laguna (véase la reseña que hace ALBALADEJO en *Comentarios...*, tomo XII, vol. 2.º, págs. 338 a 353). Menos mal que dicha jurisprudencia ha establecido entre otras: “*La conducta **dolosa** en el desempeño de su misión*” (ahora, a probar el dolo) (SSTS de 4 de febrero de 1902, 5 de julio de 1947 y 23 de febrero de 1973); y “*La negligencia o mala administración*” (sentencias de 18 de febrero de 1908 y 23 de febrero de 1973; sólo dos, pero algo es algo).

Sin embargo, el heredero todavía no puede cantar victoria, si se tiene en cuenta que ¡la misma jurisprudencia es contradictoria en este punto!, ya que las sentencias del TS de 4 de febrero de 1903, 3 de octubre de 1991 y 5 de julio

de 1947 dicen que la **negligencia** del albacea **no** es causa de remoción, y la de 23 de febrero de 1973 matiza que para que la negligencia sea considerada como causa de remoción debe ser **rayana en el dolo**, o casi equivalente o que se aproxime mucho a él.

7. La posibilidad de venta del derecho hereditario en abstracto.

Como es bien sabido, los herederos, de conformidad con el **artículo 1.067 C.c.**, pueden disponer de su cuota hereditaria o derecho hereditario *in abstracto*, mientras permanezcan en comunidad hereditaria indivisa y, por lo tanto, **antes de la partición**.

Así lo sancionó ya la **sentencia del TS de 15 de febrero de 1947** al decir que: “*La partición de la herencia no es necesaria para la venta de un bien hereditario, cuando en el negocio intervienen todos los interesados que asumen la titularidad completa del derecho que se enajena*”; y también la **resolución de la DGRN de 6 de abril de 1957**, al ostentar todos los interesados (en el caso debatido, los herederos y el cónyuge viudo) la “*plenitud de facultades sobre los mismos bienes*” indivisos; citando como aplicable también al caso el artículo 399 del C.c. relativo a la comunidad de bienes (cuyas normas, como ya se dijo, son dispositivas si media acuerdo unánime entre los comuneros o partícipes –véase el artículo 392.2 del C.c.–, y aplicables, en gran medida, a la comunidad hereditaria). Asimismo, la **STS de 5 de julio de 1958** afirma que los artículos 399, 440 y 450 del C.c. son aplicables a la comunidad hereditaria.

Y si ello es así, la pregunta se hace inmediata: si los coherederos, en estado de comunidad hereditaria, pueden y están legitimados para vender su derecho o porción indivisa, incluso a un extraño, ¿por qué no habrían de estar legitimados para practicar la partición de la herencia por sí mismos si así lo acordasen por unanimidad, haya o no contador?

¿Acaso estas facultades dispositivas les quedan cercenadas por el hecho de que el testador nombre contador? En absoluto (pues ya hemos dicho que pueden disponer de bienes concretos de la herencia indivisa a favor de extraños; independientemente de que haya o no contador-partidor). Y si no les están cercenadas las facultades dispositivas, que es lo más, pudiendo vender su derecho hereditario en abstracto, con mayor razón podrán lo menos: verificar la partición *motu proprio*, exista o no y esté o no vigente el cargo de contador-partidor. **¡¡O, ¿es que va a resultar el heredero, por el mero hecho de serlo, de peor condición que el extraño?!!**

362

Pero hay más; pues puede ocurrir que todos los coherederos vendan sus respectivas cuotas hereditarias indivisas a unas personas extrañas que no sean herederos, en cuyo caso entendemos que **se extingue** el cargo de contador-partidor y que no estará legitimado éste para practicar la partición de la **nueva** comunidad indivisa ordinaria entre ellos resultante; ya que, en tal caso, el contador estará legitimado para partir y extinguir la comunidad existente entre los coherederos (ya que para tal fin le nombró el testador), pero no entre los nuevos cotitulares de la nueva comunidad ordinaria resultante entre extraños. Pudiera incluso ocurrir que todos juntos o por separado, vendieran las cuotas hereditarias indivisas de las que cada uno son titulares a un extraño y única persona e incluso a un solo heredero. En este caso, ¿se extingue o no el cargo de contador-partidor? Creemos que sí, porque nada tiene que partir, ni existe comunidad alguna que extinguir ni que liquidar.

Y concluimos: siendo la facultad de partir y de practicar la partición, actos de fijación de derechos, de menor entidad que la de disponer, y pudiendo como efectivamente pueden aun existiendo contador-partidor nombrado y vigente su cargo, disponer cada uno por separado de su cuota indivisa, y todos en su conjunto íntegramente y de la totalidad de la herencia, incluso en favor de varios extraños o de uno solo, ¿por qué razón no van a estar legitimados para extinguir la

comunidad hereditaria indivisa entre ellos existente, y practicar la partición por acuerdo unánime prescindiendo del contador-partidor nombrado? Simplemente, no encontramos razones para negarles tal posibilidad.

8. *¿Por qué no se les habrá de permitir a los herederos hacer por vía directa lo que sí podrían realizar por vía indirecta?*

Exista o no contador-partidor, hemos argumentado en otra parte de este trabajo que los herederos pueden convenir mantenerse en comunidad hereditaria indivisa aun cuando el testador se lo prohíba; y que éste no podrá imponerles ni obligarles a partir la herencia contra su voluntad si por unanimidad así lo acordaran. Pues bien, puede ocurrir en tales casos, que los herederos permanezcan en situación de comunidad indivisa hasta un tiempo después de caducado el cargo del contador-partidor, al haber transcurrido el plazo de vigencia del mismo; y en tal caso y a partir de ese momento, si quieren partir, lo tendrán que hacer *motu proprio* y por sí, pues el cargo de contador-partidor ya está extinguido, y éste no estaría legitimado a practicarla él por sí mismo. Entonces: si esto es así, y resulta que por vía indirecta habiendo de propósito convenido por unanimidad la indivisión durante el tiempo preciso (el de vigencia del cargo del contador-partidor) a fin de poder practicar la partición por sí mismos sin necesidad de que intervenga el contador-partidor: ¿Por qué no se les ha de permitir lo mismo hacer directamente aún vigente y no caducado el cargo de contador-partidor? ¿Por qué no se les habrá de permitir hacer por la vía directa, lo que sí podrían hacer por vía indirecta? Tampoco aquí encontramos razones.

VII. Excepciones a lo expuesto

En realidad tales excepciones ya han quedado expuestas a lo largo del trabajo, pero conviene que nos detengamos en las DOS ÚNICAS que parece reconocer la jurisprudencia. Naturalmente, damos por sentado que todos los herederos sean mayores de edad, tengan la oportuna capacidad y estén unánimemente de acuerdo para prescindir del contador-partidor y, además, para realizar la partición de una forma precisa.

Quede claro, pues, esto último.

Pues bien, si se observan los fallos jurisprudenciales que, con buen criterio y mejor tino, permiten que los herederos se aparten de la partición verificada **por el testador** mismo (ya no por el contador-partidor) y acometer ellos la que mejor les conviniere: 21-01-1907; 07-11-1935; 07-01-1949; 28-01-1964; 25-02-1966; 20-10-1992 (y algunos otros, que se comentarán después, a propósito de la crítica de la resolución de la DGRN de 22 de octubre de 1897), comprobamos que hay dos límites a esa facultad de los herederos de realizar por sí mismos las operaciones de partición hereditaria, a saber:

1.º) La existencia de **otros posibles interesados o beneficiarios** en la partición, “**que pueden válidamente atacarla**”, al no haber contado los coherederos con tales interesados al realizar aquélla.

2.º) Que el **testador lo haya prohibido EXPRESAMENTE** en su testamento.

Nosotros estamos plenamente de acuerdo con la primera de ellas; pero mantenemos nuestras reservas respecto a la segunda.

En efecto, la existencia de **otros BENEFICIARIOS O INTERESADOS** en la partición, distintos de los coherederos, que no hayan sido tenidos en cuenta al practicar aquélla, sí parece una excepción correcta, y está en la línea con lo que nosotros sostenemos. La razón es muy simple y ya quedó aludida; la existencia de estos otros interesados (legatarios, bene-

ficiarios de cargas modales o de otra clase, fideicomisarios, fundaciones, existencia de deudas cuyo pago ha de garantizarse especialmente, etc.) les convierte a ellos en interesados directos en la partición, lo que justifica que ésta sólo la pueda hacer y verificar con carácter exclusivo y excluyente, y anterior en orden, el comisario; y todo ello, **con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad** en la resolución del conflicto de intereses que exista (basta la posibilidad potencial) entre los herederos y los otros interesados, al tiempo de realizar la partición de la herencia.

Obsérvese que el coheredero no puede ser contador-partidor, salvo que repudie la herencia, justamente por este motivo. De la misma manera, permitirle a los coherederos prescindir del contador-partidor nombrado por el testador, habiendo otros interesados, les colocaría en la misma posición; serían juez y parte, y el conflicto de intereses devendría inevitable.

Por eso, decíamos que este conflicto (real o potencial) decae y desaparece, cuando todos, herederos y beneficiarios, plenamente capaces y por unanimidad, se ponen de acuerdo para prescindir del contador-partidor y en la forma y manera de hacer la partición y repartirse los bienes hereditarios.

Esta razón es de tan magna entidad que sobran cualesquiera otras.

Naturalmente, no hay ni que decir que el cónyuge viudo, caso de que exista, tiene que concurrir a la partición, por el mismo motivo y para completar las facultades dispositivas de los coherederos y demás interesados.

Ahora bien, ¿qué decir de la otra excepción?

¿PODRÁN LOS COHEREDEROS PRACTICAR LA PARTICIÓN POR SÍ MISMOS SI, POR UNANIMIDAD, ASÍ LO ACORDAREN, PRESCINDIENDO DEL CONTADOR-PARTIDOR NOMBRADO, AUN EN EL SUPUESTO CASO DE QUE EL TESTADOR EXPRESAMENTE LO PROHIBA?

Dice ALBALADEJO (*Comentarios...*, Edersa, tomo XIV, vol. 2.º, pág. 225), que entre los argumentos utilizados por los autores a fin de justificar el que los herederos puedan veri-

ficar la partición de la herencia, si por acuerdo unánime así lo deciden, prescindiendo del contador-partidor, él no ha utilizado el siguiente: si *“después de hecha la partición por el contador, los herederos podrían por pactos entre ellos deshacer la situación y establecer la que les plazca, imponerles lo hecho por el contador es inútil, porque finalmente los herederos podrán hacer prevalecer lo que hubiesen querido”*, en cuyo caso, *“¿para qué obligarles a recomponer las cosas a su gusto, con necesidad de posteriores retransmisiones, más pagos de impuestos, etc.?”* Y dice el profesor ALBALADEJO que no lo utiliza, *“porque dándolo por bueno se justificaría que prevaleciese la partición hecha por los interesados, hasta en el caso de que el testador hubiese establecido que prohíbe la que no sea del contador...”*.

366

Nosotros no estamos muy de acuerdo en que se les vete a los herederos la posibilidad de partir, aun en el supuesto de que el mismo testador lo prohíba, y así lo hemos hecho constar a lo largo de este trabajo. Y ello, por lo siguiente:

1.º Tal prohibición **podría ser contraria al orden público** según la normativa sucesoria que recoge nuestro ordenamiento jurídico, basado en un sistema como el romano en el que los herederos son los continuadores de la personalidad jurídica del causante y, por ello, ejecutores **natos y puros** por excelencia de su voluntad testamentaria (y aun no testamentaria, en los casos de sucesión parcial intestada), aunque las facultades de ejecución las compartan con los ejecutores **“voluntariamente”** nombrados por el testador, pero que, en todo caso, no dejan de tener y ostentar, como hemos tenido ocasión de exponer a lo largo de todo este trabajo.

Téngase presente, además, que todas las limitaciones que afectan al testador respecto a la disposición de sus bienes, están establecidas precisamente en beneficio de tales herederos (por ejemplo, en materia de legítimas) y, por lo tanto, no afectan a los destinatarios en cuyo favor se establecen. En consecuencia, si el testador no las respeta, sus disposiciones en contrario sí serían contrarias al orden público que,

sin embargo, no impediría a los coherederos, de unánime acuerdo, partir como quisieren y bien les conviniera. Luego, lo que también afectaría al orden público sería una disposición del testador que impidiera a los herederos esto último: facultades que naturalmente y por Ley tienen y ostentan.

Y es que **el testamento es la Ley de la sucesión, pero NO CAPRICHOS DEL TESTADOR**. Y una imposición prohibitiva en tal sentido sería algo muy parecido a la imposible regla de “poder reinar después de muerto”.

2.º Porque la partición de la herencia se incardina dentro de la **esfera jurídico privada de los particulares** (a diferencia del Derecho inglés), regulada por normas de Derecho Privado **de carácter dispositivo y aun disponibles**; toda vez que la partición sólo interesa y beneficia a los coherederos (y demás interesados, cuando los haya, en los términos que hemos dejado explicado). Téngase presente, como se dijo, que a la partición hereditaria se le aplican determinadas normas, como supletorias, de la comunidad de bienes, cuyo carácter dispositivo sanciona reiteradísima jurisprudencia, a la cual nos remitimos (baste, sin embargo, con recordar la citada al principio de este epígrafe, en donde se autoriza a los herederos para que prescindan de la partición verificada por el testador; de manera que si se puede prescindir de esto ¿cómo no se va a poder prescindir del contador-partidor nombrado por aquél?).

367

En resumen, la partición y la práctica de ésta es una cuestión que pertenece y afecta, única y exclusivamente, a los herederos y demás interesados en la misma.

3.º Que, en cuanto que tal prohibición del testador está impuesta **en beneficio de los herederos**, consideramos que puede ser válidamente renunciado dicho beneficio, al amparo del artículo 6, n.º 2 del C.c.

4.º Que así resulta de una interpretación histórica, sistemática y teleológica (art. 3 C.c.), es decir, objetiva, racional y cabal, tanto de la voluntad genérica del testador al instituir el cargo de contador-partidor y establecer y prohibir a

los herederos (en beneficio suyo), como de la **finalidad de la propia institución** del contador-partidor, regulado por el artículo 1.057 C.c. Sin que quepa atribuir al encargo finalidades presuntas, tácitas o conjeturales. Así se expuso en su lugar oportuno, al que nos remitimos.

5.º Que a esta misma conclusión se puede llegar en virtud y por **aplicación analógica del artículo 1.051 en combinación con el artículo 1.700**, ambos del C.c. Pues, en efecto, si los herederos por unanimidad pueden practicar la partición aun cuando el testador se lo hubiere prohibido imponiéndoles permanecer y continuar en indivisión, ¿por qué no habrían de poder, igualmente por unanimidad, partir por sí mismos prescindiendo del contador-partidor, aun cuando el testador les prohíba partir por sí y les imponga como necesaria y obligatoria la que deba practicar el contador-partidor nombrado por él?

368 Creemos que entre otros supuestos existe identidad de ratio, lo que justifica su posibilidad. También esta cuestión se trató anteriormente en epígrafe separado, y a él nos remitimos.

6.º En fin, no se debe desconocer ni olvidar lo que antes se expuso y la jurisprudencia reconoce, respecto al carácter de **mandatario *post mortem*** que reviste el encargo del contador-partidor y la aplicación supletoria de las normas del mandato en este particular (con todas las diferencias y precisiones que se quieran). En concreto, la posibilidad de realizar el “encargo” los mismos interesados y titulares materiales de las facultades dispositivas; y las facultades de “conducción” y dirección que de ese “mandato” ostentan los coherederos.

VIII. Conclusión

Con el último de los argumentos expuestos, damos por concluida nuestra opinión sobre el objeto del presente trabajo, en el aspecto civil o sustantivo (después examinaremos el Derecho hipotecario).

Con todo, y a fin de ofrecer una fórmula omnicomprendensiva de todo lo que se acaba de razonar, se ofrece la siguiente conclusión al respecto:

Los herederos con plena capacidad para administrar y disponer, podrán *motu proprio*, personalmente o por medio de sus representantes legales o voluntarios, extinguir la comunidad hereditaria y practicar la partición de la herencia de su causante si, existiendo contador-partidor y vigente su cargo, por unanimidad así lo acordaren, prescindiendo igualmente por unanimidad de la intervención del contador-partidor nombrado excepción hecha y a salvo el caso de que el testador expresamente lo prohíbe (no estamos muy de acuerdo, y hacemos constar nuestras reservas), imponiéndoles como obligatoria, preferente, anterior y excluyente en orden la que deba de practicar el contador-partidor por él nombrado en alguna de las normas previstas en el artículo 1.057 del Código civil; y a salvo los casos en los que aun no prohibiéndolo expresamente el testador, la partición la deba de practicar como necesaria, obligatoria y excluyente el contador-partidor nombrado en los supuestos de: falta de acuerdo unánime entre los herederos, sea alguno de éstos menor de edad, incapaz o se encuentre en situación de ausencia legal, salvo que lo pacten igualmente por unanimidad junto con los herederos sus representantes; y por último, la existencia de otros posibles beneficiarios igualmente interesados y distintos de los herederos.

Aun así, en los dos últimos supuestos dichos (menores, incapaces, ausentes y existencia de beneficiarios interesados), si los herederos y/o interesados concurren legalmente representados a la partición; y/o en el último supuesto, junto con el de los herederos mediar acuerdo unánime de estos inte-

resados y beneficiarios junto con el de los herederos, o se acreditare fehacientemente el cumplimiento de la atribución o de la asignación establecida en favor de dichos interesados beneficiarios, podrán igualmente los herederos efectuar las operaciones particionales, si por unanimidad así lo acordaren, prescindiendo de la intervención del contador-partidor nombrado por el testador.

No obstante esta última afirmación, **respecto a los MENORES E INCAPACITADOS**, creemos más prudente exigir la **autorización o aprobación judicial** para poder prescindir del contador-partidor testamentario.

En efecto, en materia de patria potestad y tutelar, **es el juez quien decide en última instancia**. En concreto, el padre puede “proponer” pero no “imponer” al juez el nombramiento de tutor por aquél propuesto. Por tanto, por igual razón en este caso, no ha de prevalecer forzosa, obligatoria y necesariamente la presunta voluntad del padre, deducida del hecho del nombramiento de contador-partidor en su testamento.

370

Y si, en interés del menor o incapaz, el juez puede nombrar tutor a persona distinta a la designada por el padre, con igual o mayor razón, en los casos que comentamos, cabrá considerar que el **juez**, con o en virtud de **acuerdo unánime de todos los herederos y representantes legales del menor o incapaz**, podrá igualmente autorizar y/o aprobar el prescindir del contador-partidor nombrado por el testador.

En este sentido, sería el juez quien, en **beneficio o interés** del menor o incapaz, apreciara si es más conveniente para los mismos que la partición la verifique el contador-partidor nombrado por el testador o que lo hagan los herederos de mutuo acuerdo con los representantes legales de aquéllos. Lo cual sería incluso justificable en la medida que pudiera haber **discrepancia** o disconformidad entre el contador-partidor y los representantes legales del menor o incapaz, respecto al modo de partir y adjudicar los bienes hereditarios, previamente anunciado o hecho saber por el contador-

partidor a los interesados; evitándose así, además, la posible contienda o **impugnación** posterior (cuando esto fuere posible y procediere).

La autorización y/o aprobación judicial sería buena solución para evitar todo ello.

Esta circunstancia, unida al hecho de que (como señala la STS de 20 de octubre de 1992) en términos generales, el nombramiento del contador-partidor se entiende hecho por el testador "*en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir)*", "**SALVO supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición, que necesite de una protección especial)**", todo ello, decimos, hace que el nombramiento del contador-partidor se tiña de **una especial consistencia y funciones** cuando en la partición **existe un menor o incapacitado**, que hagan conveniente la intervención del órgano judicial para prescindir de aquél.

371

Pues, **si bien es cierto** que la partición realizada por el contador-partidor testamentario no necesita de la aprobación judicial para que surta todos sus efectos jurídicos, cuando entre los herederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, toda vez que el artículo 1.049 de la LEC se considera derogado por el artículo 1.057 del Código civil, que no exige este requisito (así, SSTS de 21 de noviembre de 1930 y 15 de octubre de 1957; y resoluciones de la DGRN de 5 de octubre de 1893, 21 de enero de 1898, 24 de junio de 1902, 25 de mayo de 1906, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908, 2, 18 y 26 de agosto de 1909, 22 de julio de 1912, 29 de abril de 1913 y 7 de marzo y 30 de junio de 1914), y **aun reconociendo:** que la partición realizada por el/los padre/s que ostente/n la patria potestad en representación de los menores o incapacitados **no** necesita aprobación judicial (art. 1.060.1 del C.c.) y que en los supuestos de defensor judicial (art. 1.060.2 del C.c.) y en los de tutor (art. 272 del C.c.) se precisa autorización judicial previa; autorización que muy bien se podrá referir al total

contenido de las operaciones particionales a realizar o realizadas **SIN** el contador-partidor testamentario, evitando así una autorización/aprobación *ad hoc* para prescindir de tal contador-partidor; **SIN EMBARGO**, por las razones expuestas, y considerando, **además** (según también señala la tan citada sentencia del TS de 20 de octubre de 1992) que para prescindir del contador-partidor testamentario se requiere el acuerdo unánime de los herederos “**todos mayores de edad y con capacidad civil plena**”, todo ello nos convence de que sea oportuna o conveniente la autorización judicial al efecto cuando existan menores o incapaces.

372

Rechazamos, no obstante, y por las razones que se acaban de exponer un poco más arriba, la opinión de que en estos casos no se pueda prescindir del contador-partidor, no obstante contar con la aludida autorización del juez (y consentimiento unánime de los demás coherederos mayores de edad y los legales representantes del menor o incapaz, naturalmente).

En resumen, aunque existan argumentos para poder sostener la no necesidad de la intervención judicial para que los representantes legales de los menores e incapacitados puedan convenir unánimemente con los restantes coherederos e interesados, el prescindir del contador-partidor y realizar ellos mismos la partición, parece oportuno, para evitar discusión y contienda, contar con dicha intervención, si el interés del menor o incapaz así lo demanda o, por la discrepancia unánime con el contador-partidor, así lo solicitan los representantes legales. Y, mediando la misma, no vemos inconveniente en que se prescinda del citado contador-partidor si es que el interés unánime de los herederos así lo pretende.

IX. Crítica-comentario de la resolución de la DGRN de 22 de octubre de 1897

Y llegamos, así, a la famosa resolución de la DGRN de 22 de octubre de 1897, que se reseñó al principio del presente trabajo y que, como ya se dijo, es la única que de manera descarnada y frontal se ocupó del asunto de que tratamos.

Se trataba el caso de un albacea, nombrado, además, contador-partidor, en donde los herederos procedieron a hacer la partición y adjudicarse los bienes, prescindiendo de dicho nombramiento.

Pues bien, en realidad su crítica ya ha quedado hecha a lo largo de este artículo y no es cuestión ahora de ir “des-huesándola” jurídicamente párrafo a párrafo.

No obstante, deben refrescarse y reiterarse algunas ideas.

A) Respecto a la referencia que dicha resolución hace al ALBACEA, ya se ha comentado que las disposiciones normativas que regulan esta institución no son aplicables ciegamente y en su plenitud al otro ejecutor testamentario: el contador-partidor; sino que, por el contrario, lo deben ser con mucha cautela y precaución y en lo pertinente, al tratarse de **cargos distintos**.

Por ello, cuando la comentada resolución dice que en caso de que los herederos hayan “prescindido” del albacea, *“tal omisión constituye una infracción de disposiciones preceptivas del Código civil contenidas en la sección 11, tít. 3.º, libro 3.º”*, dicha afirmación, decimos, no se puede aplicar a los contadores-partidores.

Por lo pronto, la rúbrica de la sección del C.c. a que hace referencia lleva por título: **“De los albaceas o testamentarios”** (nótese el “arrastre” histórico de la institución, que recuerda la terminología que utilizaban *Las Partidas*), y se regula después de la sección décima que lleva por rúbrica: **“De las mandas y legados”** (¿otra coincidencia histórica en donde se encomendaba al albacea o testamentario dar

cumplimiento a las mandas y legados ordenados por el testador?); rúbrica que, por cierto, está mal reseñada, pues debería haber dicho: sección 11, **capítulo II** (al que omite), tít. 3.º, libro 3.º. Mientras que la referencia al “COMISARIO” (término equivalente al de “contador-partidor”, según la gran mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia del TS) tiene ecos más bien forales y se verifica nada menos que en la **sección segunda del capítulo VI**, que lleva por rúbrica: “**De la Partición**”; ¡cuatro capítulos más tarde!, y 145 artículos después; tras las normas que se ocupan de la sucesión intestada y de las normas comunes a las herencias por testamento o sin él.

374

¿Qué tienen que ver las normas relativas a los albaceas con las precisas normas que regulan la partición de la herencia? Pues nada; y, **a menos que** se entienda que el contador-partidor o comisario es un simple albacea con facultades limitadas de contar y partir —según entiende el profesor ALBALADEJO y VALLET—, esta referencia de la resolución de 1897 en nada afecta al comisario. Téngase presente que el testador puede conferir más o menos facultades al albacea, pero si nada ha establecido aquél, tiene las que legalmente determinan los artículos 902 y 903 C.c., esto es, que están tipificadas imperativamente tales facultades legales; luego si el testador se limita simplemente a nombrar contador-partidor, sin determinar especialmente sus facultades y, a la vez, se entendiera que el contador-partidor es un simple albacea, ¿por qué no iba a ostentar este peculiar albacea tales facultades legales de los artículos 902 y 903 del C.c.? Pues no las ostenta, ya que su cargo y su misión son distintas (nos remitimos a lo comentado antes con detenimiento).

Por otro lado, y por muy “**preceptivas**” que sean las disposiciones de la sección 11, capítulo II, tít. 3.º, libro 3.º, por contra, las de la sección segunda del capítulo VI relativas a la partición de la herencia (tanto verificada por el testador como, con más razón, la verificada por el contador-partidor) son **DISPOSITIVAS**. Es tan abundante la jurisprudencia en este

punto, como vimos, que no necesita mayor comentario; a su lugar pertinente nos remitimos.

Sin embargo, lo que sí requiere algún comentario y atención es la genérica afirmación, de “brocha gorda”, que hace tal resolución; pues tal y como se formula puede dar pie a meter en un mismo saco todas las disposiciones del albaceazgo, para declararlas “**disposiciones preceptivas**”.

En realidad, ¿existe alguna norma precisa que, con carácter “preceptivo”, impida a los herederos prescindir del albacea? No existe. Y, sin embargo, por las razones que antes apuntamos, nosotros pensamos (en contra de ALBALADEJO) que, efectivamente, no pueden prescindir de él. En efecto, si bien se mira, en la regulación que del albaceazgo hace el Código civil, existen dos clases de normas: permisivas, las unas; y preceptivas o prohibitivas, las otras.

Así, entre las **normas permisivas** se incluirían, entre otras, la que deja al arbitrio del testador señalar el número de albaceas a nombrar (art. 892); o le autoriza para concederles más o menos facultades (894, pfo. 1); o para determinar la forma mancomunada, sucesiva o solidaria de desempeñar su encargo (art. 894, pfo. 2); la que le autoriza para fijar el plazo del albaceazgo (art. 904); o para prorrogarlo (art. 905); o bien para fijar su remuneración (art. 908) y también la que le permite a aquél delegar el encargo (art. 909)...

Normas **prohibitivas o preceptivas** serían las que establecen necesariamente su nombramiento en testamento (art. 892 y STS 22 de marzo de 1983); las que regulan la capacidad para ejercer el cargo (art. 893); la que establece que es un cargo voluntario (a diferencia de la legislación anglo-norteamericana), tanto desde el punto de vista del testador como del albacea (art. 898); la que impone la obligación de desempeñarlo una vez aceptado (art. 899, inciso primero); o requiere justa causa al prudente arbitrio del juez para renunciarlo (art. 899, inciso segundo); todas aquellas normas que exigen intervención, conocimiento o consentimiento de los herederos para ciertos actos a ejecutar por los albaceas

(art. 902, 903...); la obligatoriedad de que la prórroga no exceda de un año en el supuesto del artículo 906; la obligación de rendir cuentas (art. 907, pfo. 3); el carácter personalísimo e intransmisible del cargo de albacea a sus herederos (como se deduce del art. 909 y ya declarara la STS de 27 de marzo de 1896...); y, en fin, las que prohíben al albacea llevar a efecto cualquier disposición del testador contraria a las leyes (art. 901, *in fine*).

¡Y naturalmente!, aunque nada se diga expresamente, prohibitivo sería que los herederos pudiesen prescindir del albacea (¡¡¡que no del contador-partidor!!!).

376

La **razón fundamental** (aparte de lo que ya quedó expuesto en su oportuno lugar) es que el albacea no sólo ejecuta, sino que **FISCALIZA**, controla o vigila lo que otros ejecutan, referente a la voluntad del testador. Pues aunque el Código civil no nos brinde una definición del “Albacea o Testamentario”, ya B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos...*, 4.^a edición, Madrid, 1875, tomo III, pág. 596) los define, diciendo que:

*“En la acepción más lata se llaman testamentarios aquellas personas que tienen a su cargo **hacer cumplir y ejecutar** lo que el testador ha ordenado en última disposición”.*

Y así lo han entendido la práctica unanimidad de los autores. Por todos, ALBALADEJO (*Comentario...*, Edersa, tomo XII, vol. 2.º, pág. 6) dice que:

*“El papel del albacea es, sí, ciertamente, “**ejecutar**”, pero en un amplio sentido que engloba, no exclusivamente el **poner él por obra** lo que el testamento **dice**, sino asimismo **vigilar** que lo pongan los demás en la parte que les toca, el **velar o mirar** para que sea efectivamente puesto, así como el **promoverlo...**”*

Justamente tales afirmaciones, entre otras razones, invalidan la opinión que dicho autor sostiene a continuación, y que le hace afirmar que los herederos, de común acuerdo, pueden prescindir de la ejecución del albacea y llevar ellos a cabo la que quisieran (obra citada, págs. 10 a 13).

¡¡Y por esa misma razón!! (entre otras muchas ya explicadas antes), **decíamos que sí se puede prescindir del contador-partidor nombrado por el testador: el contador-partidor no fiscaliza ni vigila; cuenta y parte, y ahí se acaba su misión.**

Ya se abundó antes en este particular extremo.

B) Respecto a la afirmación de que en estos casos de que los herederos prescindan en absoluto del albacea y contador-partidor es **“dejar incumplida, en extremo que puede ser importante, la voluntad expresa del testador”**, es **contradictoria** con otra afirmación vertida más abajo, en donde le importa poco a la resolución de la DGRN que se cumpla o no tal voluntad; pues dice: **“siendo totalmente ajeno a esta cuestión la de examinar si queda de todos modos bien cumplida la voluntad del testador”**.

Pues bien, dejando aparte las diferencias tan reiteradas que separan los cargos de albaceas y contador-partidor, y centrándonos en este último personaje, cabría preguntar al redactor de la citada resolución: ¿en qué quedamos?, ¿es o no “ajeno a esta cuestión” que quede bien cumplida la voluntad del testador?

Nosotros pensamos que, en absoluto, se es ajeno a esta cuestión en materia **referente al contador-partidor**. También se dejó razonado cómo siendo el contador-partidor una institución que tiene por contenido consustancial con su existencia, evitar litigios y que la herencia se reparta en paz entre los coherederos, resulta que si todos los coherederos (y demás interesados, en su caso) se ponen de acuerdo en prescindir del contador-partidor y repartirse los bienes hereditarios, queda en este caso bien cumplida la voluntad del testador; pues, desaparecen los motivos que fundamentan el nombramiento del contador-partidor, al ser ellos los únicos interesados en la partición; a quienes pertenece e interesa.

También se razonó (y siguiendo igualmente a la sentencia del TS de 20 de octubre de 1992) cómo el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador

“en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigios entre éstos acerca de la forma de partir)”; sin que valgan, según quedó ya expuesto, interpretaciones presuntas, tácitas o conjeturales respecto a otra posible y oculta (no expresa o palmariamente clara) voluntad del testador.

Y cómo, en fin, a la vista de todo ello, el cargo de contador-partidor queda extinguido cuando los herederos **renuncian a dicho beneficio**, y **prescinden** de él o **ejecutan ellos mismos** lo ordenado por el testador (en cuyo caso, el cumplimiento por parte de los herederos y demás interesados, supone una correlativa imposibilidad de cumplir por parte del contador-partidor).

Para todo ello nos remitimos, asimismo, al oportuno lugar de este trabajo.

378 C) En cuanto a las referencias de la tan aludida resolución de 1897 a los **artículos 899, 909 y 911 del C.c.**, cabe decir lo mismo que al principio: tales artículos se refieren al albacea y su aplicación al contador-partidor no es absoluta (reiteramos nuestra remisión al lugar en que esto se comenta).

D) En realidad, la “piedra angular”, el “*alma mater*”, la esencia de la resolución de 22 de octubre de 1897, si mucho no nos equivocamos, lo constituyen las últimas frases de la misma, que dicen:

“PUES POR MUY BIEN EJECUTADO QUE SE HALLE UN ACTO SI NO LO REALIZA EL QUE PUEDE Y DEBE, RESULTA, POR LA SOLA RAZÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD, ENTERAMENTE NULO”.

Éste es el único argumento de peso a rebatir. Pero si se tiene en cuenta que esa afirmación es totalmente gratuita y se **basa únicamente en una interpretación literal** de los artículos 1.057 y 1.058 del C.c. (como otras posteriores resoluciones de la DGRN se encargaron de aclarar; pues siempre se basan en lo mismo; por todas, véanse las de 28-04-45 y 06-04-62) nos encontramos que el obstáculo a remover tiene un peso ligero.

En realidad, dicha afirmación “jurisprudencial” obedece al erróneo principio axiomático según el cual las facultades que se le confieren al albacea (y, en general, a todos los ejecutores testamentarios) se le restan de los herederos. De lo que se concluye, de manera equivocada a nuestro entender, que los herederos están impedidos para ejecutar (y desde luego para prescindir de los ejecutores) cuando aquellos cargos están vigentes.

Desde luego, llama la atención el que se diga que los herederos tienen “FALTA DE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD”.

Precisamente, son los herederos (en virtud de la *successio*) y no los ejecutores testamentarios los continuadores de **la personalidad** jurídico-patrimonial de su causante y testador; y, por tanto, **los capacitados** para ejecutar todo lo concerniente a la última voluntad de aquél, al ser los portadores de todas las facultades dominicales y dispositivas concernientes a su herencia.

379

Pues una cosa es que el albacea o el contador-partidor estén “**legitimados**” formalmente para la ejecución de las facultades de **ejercicio** y otra, bien distinta, es que esa legitimación testamentaria les confiera una personalidad y capacidad que sólo pertenece a los “**titulares**” materiales de esa facultad de ejercicio.

En este punto nos remitimos en bloque a lo dicho especialmente en el epígrafe **V**, y, sobre todo, a la doctrina, a las resoluciones de la DGRN y a la jurisprudencia del TS recogida en el epígrafe **VI, II** (argumentos favorables), **2.º**.

A modo de resumen, y **por lo que respecta especialmente al albacea**, diremos que, aceptado el cargo por el albacea, éste se constituye por voluntad del testador, reconocida legalmente, en persona capacitada y legitimada para representar **formalmente** (en virtud del testamento) la personalidad jurídica del testador; pero los herederos son, a su vez, conforme a la ley, los representantes **materiales** de esa personalidad jurídica, sus continuadores en la misma, en virtud de la *successio* que se produce. Y, en su consecuencia, los

ejecutores natos por excelencia de la voluntad del testador, toda vez que (conforme a la misma ley) son los titulares plenos de todas las facultades dispositivas del caudal hereditario, entre las que se encuentra la facultad de ejecución testamentaria.

Por eso, salvo que el testador **expresamente** disponga lo contrario (y aun en este caso tenemos nuestras reservas) no hay resta que valga a esas facultades concedidas por la ley y consustanciales a la cualidad de heredero. Por tanto, si todos los herederos están unánimemente conformes respecto a la ejecución de la voluntad testamentaria y el testador se ha limitado simplemente a nombrar albacea, surgirán unas **facultades compartidas** entre éste y aquéllos. Y, en consecuencia, **los herederos podrán ejecutar el testamento simultáneamente y con independencia del albacea** (y lo mismo respecto del contador-partidor, del que, incluso, podrán prescindir), al ser los únicos **titulares** de todas las facultades legales, aunque, al ser **el ejercicio de las de ejecución** compartidas (la titularidad ¡nunca!), también puede el albacea por su parte ejecutar lo ordenado por el testador.

De manera que, EN RESUMEN, los herederos son los ejecutores puros y natos, aun antes y más propiamente que los albaceas; y, en tal sentido, se puede afirmar que los albaceas serían una especie de FISCALIZADORES de la buena, fiel y exacta ejecución de la voluntad del testador cuando ésta fuera ejecutada por parte de los herederos, sin perjuicio de que los albaceas sean también ejecutores de la voluntad testamentaria. Y que el hecho de que el testador nombre (uno o varios) distintos ejecutores testamentarios, en cualquiera de sus modalidades (albacea, contador-partidor o administrador de la herencia) no les niega ni quita ni un solo ápice al carácter de ejecutores testamentarios que, por ley, los herederos ostentan, y cuya titularidad también a partir de la muerte de su causante y testador.

Así, los herederos son, pues, en estos casos, ejecutores legales testamentarios en concurrencia con los ejecutores vo-

luntarios nombrados por el testador, únicos titulares de todas las facultades dominicales concernientes al caudal hereditario, pero que ostentan el ejercicio de las facultades de ejecución compartidas con dichos albaceas y/o demás ejecutores voluntarios nombrados por el testador.

Cualquier interpretación en contrario tendría que **explicar** en base a qué principios jurídicos se puede abrir una brecha tan considerable a un sistema sucesorio como el nuestro, basados, claramente, en principios de Derecho romano, que supondría una **quiebra excepcional de nuestro Derecho sucesorio**, totalmente injustificada, a nuestro modo de ver.

X. Especial referencia al Derecho registral o hipotecario

Llegados a este punto, conviene llamar especialmente la atención en la regulación que hace la legislación hipotecaria respecto a la materia que comentamos.

En circunstancias normales, dicha reglamentación (tan sólo el art. 14 de la Ley Hipotecaria se dedica a la materia; todos los demás preceptos sobre el particular son normas del Reglamento Hipotecario) debería haber pasado desapercibida o, al menos, haberse circunscrito a aspectos menores de mecánica registral.

Sin embargo, ello no ha sido así en nuestro Derecho patrio; y **el Reglamento Hipotecario** es objeto de un protagonismo más que criticable en el asunto que nos ocupa, al **introducir un caprichoso desorden y contradicción en la materia**.

En efecto, nosotros creemos que, en este punto (y en otros muchos que, aunque abundantes, no vienen al caso) **el legislador hipotecario se ha excedido** en su cometido, llegando a soluciones excesivas y desconcertantes, superando los efectos sustantivos y las propias intenciones del legislador civil.

Con lo cual, **el problema es muy grave** y se agranda puesto que lo dimanante de la ley, con carácter sustantivo, sin

estar repetido en un reglamento, puede sufrir los avatares interpretativos de toda ley y admitirse sin pegarse a la letra estricta de la misma; pero no es tan fácil cuando el precepto reglamentario ordena, para todo caso, a los funcionarios a los que va dirigido, una precisa actuación o reglamentación, porque la interpretación de la ley ya la ha hecho el reglamento.

Lo que ocurre es que **el problema se ahonda** aún más cuando, como ocurre en este caso, el Reglamento Hipotecario no es ya que interprete la Ley sustantiva, es que introduce un nuevo personaje (como en el caso del contador-partidor) que no sólo no está contemplado por la Ley civil para tales menesteres, sino que su cometido es totalmente extraño a las facultades que se le confieren reglamentariamente.

382 Y, hecha esta **advertencia**, que después se desvelará en toda su intensidad, conviene que nos centremos de nuevo en la cuestión.

Así, y examinada hasta aquí la cuestión desde el punto de vista del Derecho sustantivo o civil, pasaremos a continuación a **su examen desde el punto de vista registral o hipotecario**, a fin de cerciorarnos de que la postura por nosotros aquí defendida tiene igualmente cabida y encaje preciso en la Ley y en el RH.

Para ello, nos vamos a centrar en el estudio de los **artículos 14 de la LH y 79 y 81 de su Reglamento**, limitando nuestro análisis y atención **sólo** y exclusivamente a aquellos **aspectos pertinentes** que atañen y guardan relación con la cuestión aquí debatida y que es objeto del presente trabajo.

Intentaremos encontrar una interpretación armónica y coherente entre las normas sustantivas y registrales, congruente con la postura por nosotros aquí defendida.

Y prescindiremos del análisis del artículo 80 del RH, por no considerarlo de interés en relación con la cuestión que centra nuestro estudio.

A) Consideración general del problema: el artículo 885 del Código civil en relación con el artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 885, a nuestro entender, legitima al heredero (entendemos gravado particularmente con el legado), y a los herederos en su conjunto y totalidad, para que verifiquen la entrega de los legados, estén o no autorizados por el testador al efecto, de manera que tal legitimación le viene dada **por ley**, lo que resulta congruente en un sistema sucesorio como el nuestro basado en el Derecho romano, en donde por muerte del *de cuius*, los herederos son los continuadores de su personalidad jurídica y, en cuanto tales, los ejecutores natos del testamento y demás disposiciones testamentarias. Lo hemos expuesto y defendido hasta la saciedad en este trabajo.

El artículo 885 del C.c. legitima, asimismo, y con carácter alternativo (en modo alguno excluyente ni sucesivo) al albacea; pero a éste no por el mero hecho de serlo, sino en cuanto que esté **especial y expresamente facultado al efecto por el testador**, quien le habrá de otorgar tal facultad por la vía del artículo 901 del C.c. Es por tanto esta facultad de verificar la entrega de legados por parte del albacea, no una facultad legal, sino voluntaria, al serle concedida por el testador, si bien con reconocimiento legal, al permitírselo el artículo 901 del C.c. Y estas facultades que la ley le otorga al heredero siempre y al albacea cuando esté facultado para ello, no supone que el Código civil establezca un orden de legitimación preferente otorgado a uno u otro en tales circunstancias; sino que, muy por el contrario, las tienen compartidas, como no podrían ser menos.

Así consideramos que debe ser, al señalar el artículo 885 en primer lugar al heredero sin excepción y (según su redacción) al emplear la **conjunción disyuntiva “o”**, que faculta al legatario para dirigirse alternativa e indistintamente al heredero siempre, “o si lo prefiere”, al albacea si está ex-

presamente facultado por el testador; legitimando en su consecuencia a uno o a otro, a quien el legatario se hubiera dirigido para reclamar la entrega y posesión de legado o, mejor, de la cosa legada. **Si el Código civil hubiera querido establecer un orden de legitimación y de preferencia** en cuanto a las personas legitimadas para verificar la entrega de legados, imponiendo un orden prioritario y excluyente, anteponiendo como persona preferente al albacea autorizado al efecto por el testador, lo debería haber dicho de manera clara y expresa. Debería haber comenzado su redacción citando la persona que quiere legitimar en orden anterior y preferente para a continuación, emplear en lugar de la conjunción “o” alguna otra expresión, tal como “a falta de”: ...

“Debe pedir su entrega y posesión al albacea cuando se halle autorizado para darla, y a falta de tal autorización, al heredero”. No lo hizo así, y no lo hizo por ser congruente con los principios del sistema sucesorio que inspiran la legislación sustantiva sobre la materia, esto es, el Código civil. Y como quiera que no lo hizo, entendemos que **LOS CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN que el Código civil español establece en materia de entrega de legados** son los siguientes:

1. Legitima al heredero/s siempre y en todo caso.
2. Al albacea por el mero y simple hecho de serlo, nunca.
3. Al albacea autorizado con facultad expresa para verificar la entrega, también le legitima. Le legitima en concurrencia simultánea con el heredero, de manera indistinta e independiente el uno del otro, al no imponer un orden de actuación prioritario y excluyente entre ellos.
4. **Al contador-partidor no le legitima nunca.** Por ser la entrega de legados, **una función extraña y ajena** al cargo del contador-partidor.

Ahora bien, **el RH en su artículo 81**, por un lado introduce innovaciones, al legitimar a un personaje como el contador-partidor para la entrega de legados, cuando es ésta una función extraña y ajena a su cargo y cometido; y por otro, establece e impone un orden prioritario y excluyente

en cuanto a las personas legitimadas para verificar la entrega, infringiendo e incumpliendo el Código civil al pretender una modificación derogatoria del mismo, que **ATENTA GRAVEMENTE AL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA.**

Se podría haber hecho bien, modificando en primer lugar y para ello la norma de rango legal (Código civil), aunque ello atentara a los principios generales inspiradores de nuestro sistema sucesorio; para luego, y en segundo lugar, regular a gusto y como bien tuviera en el ámbito hipotecario. Pero no se hizo así.

Pues bien, el **ORDEN DE LEGITIMACIÓN** que el **artículo 81** del RH en su interpretación literal establece **en materia de entrega de legados**, es el siguiente:

Con carácter preferente, anterior en orden y excluyente al heredero o herederos, legitima a las siguientes personas:

1. Al contador-partidor siempre en primer y anterior lugar, esté o no facultado por el testador; si bien una resolución de la DGRN de fecha 12 de julio de 1974, exige que el contador-partidor esté facultado expresamente por el testador para hacer la entrega (esto se ampliará más adelante).

2. Al albacea sin facultad para hacer la entrega, no le legitima nunca. Si estuviese facultado al efecto, le legitima siempre con igual carácter preferente, anterior y excluyente al heredero o herederos. Es más, existiendo y concurriendo a la vez contador-partidor y albacea facultado, cuando dichos cargos sean ocupados por personas distintas, el artículo 81 del RH legitima a ambos en concurrencia simultánea, sin orden de preferencia entre ellos y de manera indistinta el uno del otro.

Los **herederos sólo estarán legitimados para verificar la entrega de legados en último lugar en orden**, cuando no existan ni contador-partidor ni albacea facultado al efecto por el testador, a no ser que dichos cargos estén caducados, en cuyo caso sí los legitima. No existiendo contador-partidor, y sí albacea sin facultades para verificar la entrega de legados, los herederos son las personas legítimas para hacer la entre-

ga de los mismos. De manera que en una interpretación literal del artículo 81 del RH, los herederos por no estar legitimados por el RH, no pueden hacer entrega de legados cuando exista contador-partidor o albacea especialmente facultado, cuyos cargos están vigentes y mientras que continúen y lo sigan estando.

386 Dicho precepto reglamentario, **NO SÓLO DEROGA Y MODIFICA** una norma con rango de ley como es el Código civil, infringiendo el principio de jerarquía normativa de las normas jurídicas y vulnerando los principios generales del Derecho sucesorio que inspiran el mismo basados en el Derecho romano, **SINO QUE, ADEMÁS, LEGITIMA A UN NUEVO PERSONAJE** llamado contador-partidor, para realizar la entrega de legados dispuestos por el testador en su testamento, aun cuando éste no hubiera expresamente facultado a aquél para realizar la entrega de legados... algo realmente asombroso. Por tanto, el contador-partidor nombrado **se encuentra facultado** para entregar los legados en todo caso, pensamos que salvo que el testador se lo prohíba, aunque no se encuentre autorizado por el testador ni por la ley (el art. 885 del Código civil no legitima al contador-partidor, lo que resulta comprensible con el cargo y funciones del contador-partidor por propia definición), pues simplemente a ello le autoriza el Reglamento Hipotecario y basta.

A ello hay que añadir que **la facultad que gratuitamente el Reglamento Hipotecario otorga al contador-partidor** para entregar legados **es extraña y ajena al cargo y funciones del mismo**, que por propia definición tiene: contar y partir. Además, mientras que respecto del albacea el RH le exige estar expresamente facultado para hacer la entrega, al contador-partidor nada le exige, pudiendo este personaje hacer la entrega de legados, esté o no facultado a tal fin por el testador.

De una **interpretación LITERAL del RH** resulta que introduce importantes innovaciones no previstas ni autorizadas por el Código civil en modo alguno y a espaldas del mismo; así como una derogación modificativa de dicho cuerpo

legal, alterando el orden y preferencia de las personas legitimadas para la entrega de legados, desnaturalizando con ello los principios sucesorios que inspiran el Código civil en esta materia, lo que supone una infracción grave al principio de jerarquía normativa. En definitiva, el RH pretende colar de rondón, de noche y por la ventana trasera, lo que no puede introducir de día y por la puerta principal, pero en todo caso de manera incorrecta; pues **previamente se debería haber procedido a modificar las normas substantivas y de rango legal contenidas en el Código civil, del que el RH es SIMPLE TRIBUTARIO**. No se ha hecho bien y, en su consecuencia, procede acudir a otras interpretaciones distintas de las que resulta de la pura y simple literalidad del artículo 81 del RH. En realidad, este precepto ha de ser siempre interpretado en función de los preceptos y de los resultados interpretativos a que se llegue en el ámbito del Derecho civil puro.

387

En todo caso, **no entendemos**, por muy fuertes razones que éstas sean, **el porqué y el para qué derogar principios y normas legales por vía reglamentaria**. Se debería haber mantenido la legitimación del heredero siempre, aunque lo fuera en concurrencia con los otros dos ejecutores testamentarios. ¿Qué ha de importar el que la entrega la verifiquen los herederos o los albaceas indistintamente? Es más, corresponde propiamente al heredero más que al albacea el realizar la entrega de legados.

Si la legitimación del heredero planteaba problemas en la práctica, por su posible desinterés, bastaba con legitimar en concurrencia simultánea, si bien con independencia, al albacea facultado para ello.

Repárese hasta qué punto es el heredero el executor de la voluntad del testador y del testamento, que entre las facultades legales del albacea no están las de entregar legados; luego, ¿quiere ello decir que el hecho de que el testador faculte al albacea para la entrega de legados, deje de tener tales facultades el heredero? En modo alguno, a nues-

tro entender, ¡pero si nadie se las ha quitado! Luego, ¿cómo iba a ser posible? **Es más**, repárese que el albacea para el pago de legados en metálico, necesita del beneplácito (consentimiento) del heredero, aunque el albacea esté facultado para la entrega de legados y cosa inmueble de forma específica por el testador. Luego, aun en tal caso, si el albacea necesita el plácet del heredero para pagar legados en metálico, ¿cómo se puede entender que no haya de estar también legitimado para la entrega de legados?

Pero hay más, y se podrían decir muchas más cosas. Así y a título de ejemplo:

El **artículo 859 del C.c.** dice en su **1.^{er} párrafo**:

“Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él sólo quedará obligado a su cumplimiento”. Entendemos que cumplimiento significa hacer entrega de la cosa legada al legatario. Pues bien, de entender que el albacea autorizado por el testador para la entrega de legado, está legitimado en orden preferente anterior y excluyente al heredero, este heredero no podría entregar la cosa legada, con lo que no puede cumplir las obligaciones de entrega por sí que el artículo 859-1.º le impone, al estar legitimado en orden preferente y excluyente el albacea facultado para la entrega. La pregunta se hace inmediata: ¿qué ocurriría si el albacea incumple y no verifica la entrega? ¿Responderá el heredero del incumplimiento que supone la falta de entrega?; de ser así, se le estaría al heredero injustamente sancionando, haciéndole personalmente responsable del incumplimiento de obligaciones que por ley tiene asumidas y que sin embargo no puede ejecutar ni cumplir al objeto de exonerarse de toda responsabilidad, entregando el legado con el que fue gravado por el testador, al impedirsele, y vetarle para ello el RH.

POSIBLES INTERPRETACIONES.

Pues bien, en esta situación, con el **Código civil en una mano y el RH en la otra**, ¿qué cabe hacer y pensar? Suge-

rimos y apuntamos algunas respuestas que, aunque con esfuerzo, son las únicas que no hacen añicos los principios sucesorios fundamentales y se acompasan con la regulación sustantiva que establece el C.c.:

1. Que la redacción del artículo 81 del RH, se trata de un lapsus o error por vía reglamentaria. Y lo que procede, por tanto, es prescindir de su aplicación de plano a todos los efectos.

2. Darle aplicación, si bien de manera atemperada y acompasado a las normas de Derecho sustantivo a las que se ha de subordinar; y por tanto, interpretar dicho artículo 81, no aisladamente ni junto a otros de carácter hipotecario, sino de manera armónica, coherente y en relación con los principios y preceptos básicos en su conjunto incluidos dentro del Código civil.

Dando aplicación en todo caso a las normas sustantivas y a los resultados interpretativos que se alcancen, vía finalista, sistemática, histórica, etc., así como a los principios generales del Derecho en un sistema sucesorio como el nuestro de base romano, que considera al heredero continuador de la personalidad jurídica y executor puro y nato con los otros posibles executores, voluntariamente nombrados por el testador, sin perjuicio de ostentar facultades compartidas.

En efecto, **según nuestra postura**, se puede interpretar que respecto del contador-partidor, el RH le legitima para la entrega de los legados, con carácter preferente y excluyente a los herederos: * cuando la partición deba de verificarla y la verifique el mismo contador-partidor, por existir otros interesados en la partición distintos de los herederos instituidos (fideicomisarios, beneficiarios de cargas o fundaciones); * o bien porque los herederos no se opongan a que la efectúe el contador-partidor; * o faltara el acuerdo unánime necesario entre ellos para practicarla por sí mismos y prescindir del contador-partidor nombrado; * o bien porque el testador le atribuya al contador-partidor la facultad de partir con carácter excluyente y exclusivo a los herede-

ros, prohibiéndoles a éstos practicarla por sí mismos (criterio éste que nosotros no compartimos).

Y respecto del albacea, **tratándose de legados específicos de bienes inmuebles** (salvo que esté especialmente autorizado y facultado por el testador para partir, en cuyo caso lo estaría como comisario y por lo que respecta a sus facultades de partidor se aplicaría lo dicho con anterioridad para el cargo de contador-partidor), como aquél no ostenta facultades para partir, cabría entender que sólo estaría legitimado para entregar legados y otorgar la escritura junto con el legatario, antes o después de la partición de la herencia, no existieran legitimarios; y *a posteriori*, si en la herencia estuvieran interesados legitimarios, después de que los herederos practiquen la partición por sí mismos, aun existiendo contador-partidor, si por unanimidad hubieran acordado tanto partir como prescindir del contador-partidor nombrado. Lo dicho se aplicaría, tratándose de la entrega de legado de cosa específica, y salvo que a la partición entre los herederos concurren también los legatarios de cosa específica, y aquéllos les hicieran a éstos (los legatarios) la entrega de los legados, prestando su consentimiento, pues no tendría ya nada que entregar el albacea facultado. Lo aquí dicho ahora, así como que el albacea en unos casos **podrá** y en otros **deberá** (la mayoría de ellos, por existir legitimarios) hacer entrega de los legados **después de practicar la partición los herederos, parece resultar apoyada en la doctrina de la DGRN, en resoluciones** de fechas, 7-4-1906, 27-2-1982 y 20-9-1988, al resolver que, existiendo legitimarios, con carácter previo a la entrega de legados por el albacea, se debe proceder a la liquidación y partición general de la herencia, ya que sólo así se puede, con certeza, saber si dichos legados son o no inoficiosos, a no ser que los herederos forzosos o legitimarios concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad a que ésta se efectúe sin cumplir con dicha formalidad.

Si los legados fueron de parte alicuota, consideramos que los herederos, exista o no contador-partidor y/o albacea, po-

drán junto con los legatarios de parte alícuota, y con los requisitos y condiciones tantas veces dichos a lo largo de este trabajo, 'practicar por sí mismos la partición, si por acuerdo unánime entre todos los interesados en la misma (herederos y legatarios) así lo decidieran y acordaran, tanto para partir como para prescindir del contador-partidor nombrado si lo hubiera, o del cargo de partidor, si el nombrado lo fue y es con el carácter de comisario (facultades del albacea más las del contador-partidor); y si no lo hubiera, como quiera que el albacea no está facultado para partir, no estará legitimado para la entrega de legados, con lo que no será de aplicación el artículo 81 del RH sino el artículo 80 del RH. Y en su consecuencia, la escritura se otorgaría por todos los interesados en la partición, esto es, todos los herederos y legatarios de parte alícuota, siendo esta escritura el título inscribible en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 80 del RH.

PERO, para mejor entender la cuestión, veamos su HISTORIA, ya que la redacción literal del artículo 81 la tiene. Lo que ocurre es que el legislador, para evitar situaciones perjudiciales en los interesados, ha producido unos males mayores que los que ha pretendido solucionar. En efecto, como dice ROCA SASTRE, lo natural es que sea el heredero o herederos los que deban realizar la entrega de legados, pero lo cierto y verdad es que muchas veces los herederos muestran escaso interés en la aceptación de ciertas herencias, hecho éste que lamenta y pone de manifiesto la **resolución de la DGRN de 19 de mayo de 1947**; en cuyo caso, si el heredero se resiste, y no existe albacea o, existiendo, no se encuentra facultado para realizar la entrega por el testador, al legatario no le quedará otra solución ni otro camino que el de acudir a la vía legal. Ante esta situación, la **resolución de 19 de mayo de 1952** preconiza una solución más sencilla y práctica para la entrega de legados de *lege ferenda*. La fórmula sencilla y práctica sí que vino, pero de la mano del Reglamento y, en todo caso, de manera incorrecta e ilegal (nos remitimos a lo dicho anteriormente).

A nuestro entender, la derogación legal por vía reglamentaria resulta clara si analizamos el número 2 del artículo 902 del Código civil. En efecto: si los albaceas, para satisfacer los legados en dinero necesitan el beneplácito de los herederos, con mayor razón necesitarían contar con este beneplácito para realizar la entrega de legados que tengan por objeto bienes inmuebles.

Por tanto, en una **correcta interpretación histórica, sistemática y finalista del artículo 81 del RH**, cabe decir que si los herederos aceptan la herencia de su causante y por unanimidad se encuentran dispuestos a entregar el legado de cosa inmueble específica al legatario, no debe de existir obstáculo que les impida verificar la entrega, aun cuando exista y esté vigente el cargo del contador-partidor o albacea expresamente facultado por el testador para hacer la entrega de legado, toda vez que decae y se desvanece la razón justificativa que motivó la redacción del artículo 81 en su tenor literal; siempre que, además, y en caso de existir legitimarios distintos de los herederos se acometan y practiquen previamente las operaciones de adjudicación y partición de herencia, salvo que estos legitimarios presten su conformidad expresa a la entrega de dichos legados.

392

En este mismo caso y supuesto, entendemos que si todos los directamente interesados en la partición, tanto herederos como legitimarios legatarios (distintos a su vez de otros legatarios voluntarios), por acuerdo unánime deciden partir la herencia *motu proprio* y prescindir del contador-partidor, por igual acuerdo unánime lo podrán hacer sin que deba de existir obstáculo alguno que lo impida.

En este sentido, y siguiendo nuestra propia línea argumental, entendemos que la frase “**EN DEFECTO**” que utiliza el artículo 81 del RH, se refiere a casos no sólo de inexistencia de tales cargos, sino también a los casos de que, existiendo y estando facultados, tales cargos se hubieran quedado extinguidos por concurrir cualquiera de las causas de extinción previstas en el artículo 910 del Código civil.

En efecto, entre las causas de extinción del cargo de albacea, cabe citar el cumplimiento (que el art. 910 no recoge) así como la imposibilidad, como ya tuvimos ocasión de examinar en su oportuno lugar, y aplicable tanto al albacea como al contador-partidor.

Pues el cumplimiento por parte de los herederos, acordando por unanimidad partir y prescindir del contador-partidor, determina que el cumplimiento o encargo que el contador-partidor recibe del testador deviene imposible, y por tanto, constituye una causa de extinción del cargo del contador-partidor con arreglo al artículo 910 del Código civil.

Lo mismo cabe decir para el **albacea** facultado para la entrega de legado.

Téngase presente que, como quiera que la entrega de los legados (poder y posesión) en vía civil y extrarregistralmente, se podrá efectuar de cualquier modo, sin que sea necesario el otorgamiento de escritura pública ya que su otorgamiento no es requisito formal *ad solemnitatem*, y sí tan sólo necesario a efectos registrales (art. 81 RH), si la entrega y posesión la efectúan anteriormente los herederos en vía civil y de cualquier otro modo, la entrega ya se ha efectuado por lo que quedará extinguido el encargo concreto respecto del albacea y el encargo o cargo propiamente (si los herederos por mutuo acuerdo deciden partir, por unanimidad prescindiendo del contador-partidor, y acordando igualmente por unanimidad la entrega de los legados dispuestos por el testador) respecto al contador-partidor, deviniéndoles a éstos su cumplimiento de entrega como imposible (art. 910), y quedando extinguidos bien el encargo o el cargo por causa de imposibilidad de cumplimiento. Por lo que en tales supuestos y casos, podrán y estarán legitimados los herederos para otorgar junto con el legatario la escritura pública de entrega de legados y a efectos registrales, al haber quedado ya extinguido el concreto encargo respecto del albacea o el cargo respecto del contador-partidor. Así creemos que se habrá de interpretar la frase “o en su defecto”, en el sentido de

que se refiere a los supuestos de falta de nombramiento (de albacea o contador-partidor) o de falta de autorización respecto del albacea nombrado por el testador e igualmente hay que considerar que se refiere y contempla todo y cualquier otro supuesto de los concretos cargos o encargos: "o, en su defecto por el heredero o herederos".

Si los legados ordenados por el testador fueran de parte alícuota, lo mismo cabría decir. Y lo mismo sucedería si concurren o están interesados en la partición junto con los herederos que lo sean voluntarios solamente legitimarios a quienes el testador les hubiera atribuido su legítima por otro título distinto del de heredero; en cuyo caso, si todos ellos prestan su consentimiento unánime sin excepción alguna, y con tal unanimidad deciden practicar la partición de la herencia de su causante, entregar y recibir legados, pagar y cobrar legítimas, prescindiendo a su vez, igualmente y por unanimidad y según los casos, del contador-partidor nombrado y/o del albacea especialmente autorizado y facultado al efecto.

394

En todo caso, de no prosperar nuestra interpretación (y de considerar que existiendo los cargos de contador-partidor y/o albacea facultado para la entrega de legados y vigentes los mismos, corresponde a éstos, y que quedan en su consecuencia legitimados anteponiéndose con carácter preferente, anterior y excluyente en orden a los herederos, siempre y en todo caso para realizar tal entrega de legados), habría de considerarse que todo ello constituiría una simple excepción (de difícil justificación jurídica) a la norma o principio general vigente en el tema relativo a la ejecución de los encargos o voluntad del testador con carácter general para cualesquiera otros supuestos de ejecución distintos de los de entrega de legados, esto es: que las facultades de ejecución del testamento y de la voluntad del testador, corresponden siempre y en todo caso a los herederos con carácter general, y excepcionalmente con facultades de ejecución compartidas, entre éstos (los herederos) y los otros ejecutores tes-

tamentarios nombrados, o sea, los albaceas y/o contador-partidor.

EN REALIDAD, y si bien se mira, cabe pensar que el artículo 81 del RH en sus letras b y c, **simplemente** establecen u otorgan UNA LEGITIMACIÓN FORMAL Y REGISTRAL para el otorgamiento de escrituras de partición y/o entrega de legados, **a las personas que practiquen tales operaciones**, es decir, **A SUS AUTORES MATERIALES**; sin imponer en modo alguno un orden riguroso, preferente, sucesivo, excluyente entre ellos. Legitimando, en su consecuencia, para el otorgamiento de escrituras en que se documenten tales operaciones, a sus autores materiales que efectivamente las practican, pero no necesariamente al contador-partidor, si él no ha verificado la partición de la herencia.

Y lo que realmente ocurre es que dicho artículo reglamentario legitima en primer lugar y en orden (que no sucesivo ni excluyente) al contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega, **porque el artículo 81 considera que, estando nombrados por el testador en previsión de la falta de entendimiento unánime entre herederos y/o demás interesados**, lo normal que ocurra será que no exista tal acuerdo unánime al partir y verificar todas las demás operaciones, tales como la entrega de legados, pagos de legítimas, etc. Por lo que serán dichos ejecutores nombrados los que realicen materialmente las operaciones hereditarias y otorguen las susodichas escrituras, legitimando formalmente para el otorgamiento de tales escrituras, y a efectos registrales; a los ejecutores testamentarios que efectivamente practiquen tales operaciones particionales, y que ostentaban con anterioridad una legitimación formal-civil o sustantiva-anterior, que deriva del hecho de haber sido nombrado a tales efectos por el testador.

En fin, a lo sumo que se podría llegar, no obstante no estar de acuerdo con la interpretación que ahora sigue (como ya hemos dejado clara constancia de ello con anterioridad y a lo largo de este trabajo) es a que el artículo 81 del

RH legitima al contador-partidor preferentemente y en orden excluyente a los herederos, cuando el **testador expresamente imponga** a éstos la partición a realizar por el contador-partidor que él nombró, **prohibiéndoles a sus herederos practicarla por sí mismos**, aun en el supuesto de que medie entre ellos un acuerdo unánime expreso. No lo dice expresamente así el artículo 81 del RH, pero tampoco tendría que decirlo por no ser su misión, ya que es ésta una cuestión cuya normativa corresponde al Derecho civil y no al registral o hipotecario.

Por lo demás, que no hay base en el artículo 81 del RH que autorice a pensar que, existiendo contador-partidor, se les prohíba a los herederos practicar por sí y por unanimidad la partición de la herencia de su causante; y que, en su consecuencia, vengan éstos obligatoriamente a estar y a pasar por la partición que necesariamente deba de practicar el contador-partidor, por el simple hecho de haber sido nombrado por el testador, imponiendo a dichos herederos tal partición contra su voluntad.

B) Aspectos documentales concretos.

Pasemos, ahora, a contemplar los aspectos documentales concretos de lo expuesto antes de modo genérico, aprovechando la ocasión para su desarrollo más pormenorizado.

1. *Artículos 14 de la LH y 79 del RH: distintos supuestos.*

De lo expuesto más arriba, resultan los siguientes supuestos (que se resumen en lo estrictamente esencial):

a) *Heredero único no existiendo contador-partidor.*

En principio, concurriendo heredero único con legitimarios, será necesario el otorgamiento de la **escritura pública** entre el legitimario y el heredero único, puesto que se de-

sencadena un procedimiento liquidatorio, produciéndose adjudicaciones y declaraciones de voluntad que hacen inviable la simple instancia o solicitud privada para inscribir los bienes y derechos en el Registro de la Propiedad a nombre del heredero único, aunque la suscriban los propios legitimarios.

De manera que, concurriendo el heredero único con uno o más legitimarios, no podrá aquél solicitar la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos inscritos a nombre de su causante, mediante **solicitud o instancia privada** a que se refieren los artículos 14 de la LH y 79 del RH, salvo que de conformidad y con intervención de dichos legitimarios se hubiera procedido previamente a la adjudicación de bienes hereditarios en pago de los derechos legitimarios de éstos; o bien, dichos legitimarios hubiesen renunciado a los mismos, o se probara, confesasen o declarasen haber sido satisfechos por cualquier título, de sus legítimas con otros bienes computables en la herencia del testador.

397

Ahora bien, en el caso de que el heredero único concorra con **el legatario** de bien inmueble específicamente legado, si bien el heredero único no puede solicitar la inscripción a su nombre del inmueble legado, sí que podrá solicitar la inscripción de los demás bienes hereditarios, mediante simple instancia o solicitud privada de bienes que los describa.

Concurriendo con el **legatario de parte alícuota**, el heredero aunque único, no es el único interesado en la herencia de su causante, también lo está el legatario de parte alícuota, de manera que existen dos interesados en la herencia y no sólo uno. En tal caso, se deberá proceder a practicar las operaciones liquidatorias de herencia y de adjudicación de bienes en pago de dicho legado de parte alícuota, para lo que será necesario el otorgamiento de escritura pública entre el legatario y el heredero, sin que pueda el heredero único pretender la inscripción mediante simple instancia privada, salvo que con intervención del legatario, se hubiese li-

quidado todo lo concerniente a dicho legado (res. DGRN de 1 de septiembre de 1976).

Si el heredero es único y en la herencia existen **bienes gananciales**, el heredero no puede pretender la inscripción de bienes gananciales sin que proceda la liquidación, salvo que sea llamado como único heredero a la herencia del otro cónyuge. En este caso, la inscripción se podrá solicitar mediante solicitud o instancia privada.

b) *Heredero único existiendo contador-partidor.*

Aun existiendo contador-partidor nombrado, **si el heredero es único y además RESULTARE SER LA ÚNICA PERSONA INTERESADA EN LA HERENCIA**, el propio artículo 79 legitima y faculta al heredero único para solicitar la inscripción mediante simple instancia o solicitud privada descriptiva de bienes, acompañando los documentos a que se refiere el artículo 76 del RH.

398

Sin embargo, cabe decir que existiendo contador-partidor nombrado (y salvo que el heredero único sea el único interesado), el artículo 79 excluye del propio régimen que él mismo establece (inscripción mediante instancia privada) al supuesto de concurrencia del heredero único con otros interesados distintos del mismo (legitimarios, legatarios, etc.), sometiéndolos al régimen general de la partición hereditaria.

En este sentido, hay que decir que estos otros interesados distintos de los legitimarios, cuya concurrencia con el heredero único impide el que éste pueda solicitar la inscripción en virtud de solicitud o instancia privada, son o pueden ser además de los legitimarios los legatarios, fideicomisarios y otros partícipes hereditarios actuales o futuros. Tampoco podrá el heredero único solicitar la inscripción a su nombre acogiéndose al régimen que establece el artículo 79 del RH, cuando proceda separar de la masa hereditaria bienes reservables, fideicomitidos o análogos, o hubiera de procederse a la liquidación de bienes gananciales.

Ahora bien, en tales supuestos y de *lege data*, para inscribir en el Registro de la Propiedad y a nombre del heredero único los bienes y derechos inscritos a nombre de su causante, ¿será necesario que en todo caso y obligatoriamente, la escritura pública sea otorgada por el contador-partidor? ¿**PODRÁN PRESCINDIR** el heredero único y el o los legitimarios y/o demás interesados en la herencia por unanimidad y mutuo acuerdo de la necesaria intervención del contador-partidor, y suplir éstos al contador-partidor en el otorgamiento de la escritura pública, siempre que medie entre ellos igualmente acuerdo unánime en cuanto a las operaciones a realizar (entrega de legados, pago de legítimas, etc., etc.)? Es ésta una cuestión que se habrá de resolver recurriendo no sólo a normas hipotecarias, sino también a las normas civiles substantivas, en una aplicación sistemática y conjunta de ambos cuerpos legales, y a través de la hermenéutica interpretativa.

399

En efecto, los artículos 14 de la LH y 79 del RH, nada establecen ni disponen, ni de los mismos cabe deducir o interpretar, que existiendo contador-partidor o persona autorizada para adjudicar la herencia, y concurriendo el heredero único con otros interesados (legitimarios, legatarios, etc.), se imponga obligatoria y necesariamente la intervención del contador-partidor. Por lo que será ésta una cuestión que, en principio al menos y en vía hipotecaria habrá de resolverse acudiendo a una interpretación sistemática junto con los artículos 80 y siguientes del RH, y de manera especial con el artículo 81 del RH.

Los artículos 14 de la LH y 79 del RH se limitan simplemente a establecer y a señalar las condiciones y requisitos que han de concurrir para que el heredero único quede facultado para solicitar la inscripción a su nombre y en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos inscritos a nombre de su causante, mediante solicitud o instancia privada descriptiva de bienes, sin que sea necesario otorgamiento de escritura pública. Este es el supuesto de hecho que regulan y nada más.

Pues bien, de acuerdo con nuestro criterio y dando respuesta a este supuesto, nosotros consideramos que por **acuerdo unánime alcanzado entre el heredero único y los demás interesados en la herencia, se podrá prescindir de la intervención del contador-partidor nombrado**, y suplir todos ellos (heredero único y demás interesados) al contador-partidor en el otorgamiento de la escritura pública, **siempre que entre todos exista y medie igualmente acuerdo unánime en cuanto a las operaciones a realizar**, tales como, entrega de legados, pago de legítimas, etc. Estos otros interesados en la herencia, necesariamente han de intervenir o concurrir al otorgamiento de la escritura pública, bien personalmente o en su caso debidamente representados. **Incluso** consideramos posible que la escritura se pueda otorgar por el heredero único prescindiendo del contador-partidor, si aun existiendo esos otros interesados en la partición, **el heredero único acredita fehacientemente** el cumplimiento y satisfacción de tales atribuciones o asignaciones, o la entrega del legado, mediante la oportuna escritura pública. En otro caso, será necesario que estos otros directamente interesados en la partición, intervengan y concurren al otorgamiento de la escritura pública particional, personalmente o representados.

c) Varios herederos con intereses concurrentes (acuerdo unánime para partir y prescindir del contador-partidor). Supuesto asimilable al de concurrencia de un solo heredero como único interesado en la herencia.

Existiendo contador-partidor y siendo el heredero el único interesado en la herencia, el artículo 79 del RH permite y posibilita al heredero no sólo inscribir en el Registro de la Propiedad a su nombre los bienes y derechos inscritos a nombre de su causante, sino que además le permite prescindir del contador-partidor y de su necesaria intervención, ignorándolo de manera tal, como si el testador ni lo hubiese nombrado. Y ello es así porque el **HEREDERO ÚNICO** es el

único interesado; o si se quiere, el único interés en juego existente es el del heredero único interesado. Identificamos el interés del heredero único con el del heredero único interesado en la herencia.

Pues bien, siendo **VARIOS HEREDEROS** interesados, o concurriendo éstos o el heredero único con otros interesados distintos, tales como legatarios, legitimarios, fideicomisarios, etc., resulta lógico y obligado pensar que la solicitud o instancia privada, aun suscrita por todos los posibles interesados, no sirve como título formal para solicitar la inscripción, ya que previamente se ha de proceder a practicar la partición de la herencia, realizar adjudicaciones, pagar legítimas, etc. Además, en el documento se recogerán declaraciones de voluntad y demás; y todas estas circunstancias justifican que el título idóneo y formal a otorgar, y que ha de servir de base a la inscripción posterior en el Registro de la Propiedad, sea la escritura pública y no la solicitud o instancia privada.

401

Aun admitiendo la necesidad justificada del otorgamiento de la escritura pública en tales casos, creemos no obstante posible y válido por entenderlo legal, que todos los posibles y distintos interesados en la herencia, pueden por *acuerdo unánime* proceder a practicar la partición de la misma y demás operaciones (pago de legítimas, entrega de legados, etc.) prescindiendo del contador-partidor y de su necesaria intervención, porque en este punto y en esta cuestión planteada y referida al acuerdo de prescindir por unanimidad del contador-partidor, el interés de todos y de los distintos interesados, es unánime y concurrente, mismo, único y común para todos, ya que todos tienen el mismo interés, al existir acuerdo unánime y nómene discrepante: prescindir por unanimidad del contador-partidor, y practicar por sí y por unanimidad igualmente, la partición de la herencia y demás operaciones hereditarias que procedan ya que existe la misma identidad de "ratio".

Por tanto, podemos decir que **tan solo y único es el interés del único heredero interesado, como el mismo concurrente**

y común interés de todos los herederos y demás interesados en la herencia cuando en caso de ser varios exista y medie entre ellos **acuerdo unánime para practicar la partición prescindiendo del contador-partidor**; lo que justifica que en ambos casos, y no solamente en el heredero único interesado, se pueda prescindir del contador-partidor nombrado.

2. Artículo 81 del RH: personas facultadas y legitimadas para la entrega de legados existiendo contador-partidor y/o albacea especialmente facultado al efecto, siendo varios los herederos instituidos que concurren además con otros interesados, tales como legatarios y/o legitimarios.

Consideremos la concurrencia a la partición de herencia y como interesados, a herederos voluntarios, legatarios de bienes inmuebles específicamente determinados y legitimarios, y distingamos dos momentos distintos y posibles para la entrega de legados, antes y después de la partición.

a) Entrega de legados antes de practicar la partición.

Pues bien, no obstante lo dispuesto en el artículo 81 letra c del RH, existiendo contador-partidor o albacea especialmente facultado para la entrega, ¿podrán los herederos con el consentimiento de los legitimarios y de acuerdo con los legatarios, otorgar a favor de éstos las escrituras de entregas de bienes inmuebles legados antes de la partición de herencia? Nosotros consideramos que sí, y ello tanto si se considera que el artículo 81 establece un orden preferente y excluyente, como si no.

— De considerar que el susodicho artículo 81 letra c del RH, no establece un orden rigurosamente excluyente, sino **simple o meramente enunciativo**, su posibilidad resulta defendible y debidamente argumentada en base al **artículo 885 del C.c.**; toda vez que este precepto legitima de manera simultánea, alternativa e indistinta al heredero y albacea especial-

mente facultado para la entrega de legados o, si se prefiere, para el otorgamiento de la entrega de bienes legados a favor del legatario.

—De considerar que el susodicho artículo 81 del RH y en su letra c), establece un **orden preferente y excluyente**, puede ocurrir que el contador-partidor o albacea facultado para el otorgamiento de la escritura pública de entrega de legados, se negase a su entrega y otorgamiento, requeridos que fuesen a su efecto por el o los legatarios; o bien, que aun no negándose, los legitimarios, caso de existir, no prestasen su consentimiento necesario para el otorgamiento de escritura pública de entrega de legados antes de la partición de la herencia. En estos supuestos, siempre que los legitimarios presten su consentimiento al otorgamiento de las escrituras públicas de bienes inmuebles legados, otorgadas por los herederos voluntarios y el/los legatarios, no vemos razón alguna que impida o suponga obstáculo para que eso no haya de ser así posible.

403

En ambos casos, aun cuando las escrituras de entrega se otorguen, por ser posibles, con los requisitos dichos por los herederos sufriendo al contador-partidor o al albacea especialmente facultado, consideramos que ambos cargos seguirán y continuarán vigentes, hasta que se extingan por algunas de las causas legales al efecto. Toda vez que respecto del contador-partidor, la entrega de legados es una facultad ajena y extraña a sus cargos y funciones (contar y partir) que siguen y continúan vigentes; y respecto del albacea, la entrega de legados será una facultad de origen testamentario y voluntario que quedará en su caso extinguida cuando las escrituras de entrega de legados las otorguen los herederos, si bien seguirá y continuará éste en el ejercicio y desempeño de todas facultades y funciones legales propias de su cargo e inherentes al mismo.

Si esto es así, no podrán los herederos ni aun por unanimidad, prescindir del contador-partidor y/o albacea especialmente facultado para hacer la entrega de legados y proceder

a otorgar junto con el legatario o legatarios las escrituras de entrega de legados de bienes inmuebles específicos, con anterioridad al otorgamiento de escritura en que se formalice la partición de herencia y de adjudicación de bienes hereditarios, salvo que, requerido al efecto el contador-partidor o albacea por el/los legatarios, se negase a otorgar la escritura de entrega de los bienes inmuebles legados; o bien, existiendo legitimarios además (a quienes el testador no instituyó herederos), éstos no prestasen su consentimiento a la entrega que pretendiera el contador-partidor a favor del legatario o legatarios.

Por tanto, **“en su defecto”**, que utiliza la **letra c) del artículo 81** del RH, ha de ser **también interpretada** en el sentido de que existiendo contador-partidor y no habiendo verificado éste aún la partición de la herencia, si éste se negara al otorgamiento de escritura de entrega de legados, o los legitimarios no prestasen su consentimiento a las entregas de los mismos que el contador-partidor o el albacea pretendan y otorgamientos de las correspondientes escrituras, los herederos “en defecto del contador-partidor y supliendo al mismo”, podrán de acuerdo con el legatario y siempre que cuenten además con el consentimiento de los legitimarios (que éstos efectivamente han de prestar), otorgar las escrituras de entrega de los bienes inmuebles legados, supliendo al contador-partidor y en defecto del mismo, en los otorgamientos.

Además, claro está, podrán también los herederos otorgar las escrituras de bienes legados, a favor de los legatarios antes de la partición de la herencia supliendo al contador-partidor o albacea especialmente facultado, cuando aun antes de la partición, tales cargos se hubiesen extinguido por las causas que señala y establece el artículo 910 del C.c., como antes quedó dicho.

Respecto del **ALBACEA** facultado para la entrega de legados (exista además o no contador-partidor), vale lo mismo aquí dicho respecto al contador-partidor en cuanto a las causas de extinción, cargo y facultades recogidas en el artícu-

lo 910 del C.c., si bien no le son de aplicación, como ya hemos tenido ocasión de argumentar, la causa de imposibilidad por revocación.

Por lo que de considerar posible el que los herederos por unanimidad puedan realizar la partición de la herencia prescindiendo de la necesaria participación del contador-partidor, como quiera que el cargo de albacea continúa y sigue aún vigente (salvo que quedare extinguido por otras causas, tales como la de caducidad por vencimiento del plazo), aun cuando medie consentimiento unánime de herederos, legatarios y legitimarios, si se entiende que el artículo 81 letra c del RH establece un orden preferente y excluyente para la entrega de los legados, habrá que concluir que, fuera de los supuestos posibles anteriormente vistos (negativa del albacea o falta de consentimiento por parte de los legitimarios), las escrituras de entrega deberán ser otorgadas por **el albacea** con intervención de los legatarios y concurriendo junto con todos los interesados al otorgamiento de la escritura de partición de herencia, en la que, además, haga entrega de los inmuebles legados; o bien, podrá el albacea otorgar las escrituras de entrega en un momento posterior, si la partición la hubieran verificado los herederos por no existir contador-partidor, o existiendo y habiendo prescindido los herederos del mismo, los legatarios hubieran prestado su consentimiento en la propia escritura de partición, demorando y difiriendo su entrega a un momento posterior al otorgamiento de la escritura de partición de herencia.

Y todo ello será así, salvo que se considere (como hacemos nosotros), sobre la base del artículo 885 del C.c., que los herederos se encuentran legitimados junto con el albacea especialmente facultado para otorgar las escrituras de entrega, en orden simultáneo, alternativo e indistintamente, no obstante y a pesar del orden pretendidamente excluyente que establece la letra c) del artículo 81 del RH; en cuyo caso, esto implica o supone reconocer aplicación preferente al artículo 885 del C.c. (norma de rango legal), sobre el artículo 81 del Reglamento Hipotecario (norma de rango reglamentario).

b) *Entrega de legados después de practicada la partición.*

En igual caso de que exista contador-partidor nombrado por el testador, existiendo legatarios y/o legitimarios, **practicada la partición por los herederos** en virtud de acuerdo unánime y prescindiendo del contador-partidor, ¿a quién habrá de corresponder otorgar las escrituras de entrega de legados?, ¿al contador-partidor, al albacea especialmente facultado o a los herederos?

Lo normal será que en la propia escritura de partición, en la que han de intervenir prestando su consentimiento los legitimarios y legatarios, los herederos hagan entrega de los bienes inmuebles específicamente legados a los legatarios. **Pero** puede ocurrir que los legatarios en la escritura de partición hubiesen prestado su consentimiento y demorado la entrega de los legados para un momento posterior a la fecha del otorgamiento de la escritura de partición. En tal caso, de haber practicado la partición los herederos con intervención de todos los demás, interesados, ¿se podrá decir que continúa legitimado y facultado el contador-partidor para otorgar las escrituras de entrega de los bienes inmuebles legados específicamente determinados? Consideramos que existen argumentos para defender una u otra posición.

Así, **se podría considerar** que, siendo la entrega de legados una facultad extraña y ajena a su cargo y funciones, y toda vez que según resolución de la DGRN de fecha 12 de julio de 1974, exige que el contador-partidor esté facultado expresamente por el testador para hacer la entrega, se podría decir que al contador-partidor le quedará extinguido el cargo y funciones de tal (contar y partir), si bien subsistente y vigente la particular y concreta misión de entregar legados, como persona nombrada por el testador y especialmente facultada para la entrega de los mismos por el artículo 81 letra c) del RH.

De manera que la entrega de los legados corresponderá en este caso al contador-partidor, y la escritura será otorga-

da por éste y los legatarios, a excepción de que el contador-partidor se negare a su entrega, y, en caso contrario, a los herederos si no existiera albacea especialmente facultado para su entrega, y salvo que en este casos aun existiendo albacea especialmente facultado, se considere que los herederos están igualmente legitimados de forma simultánea, separada e indistintamente junto con él para otorgar en concurrencia con los legatarios las correspondientes escrituras de entrega de bienes inmuebles legados.

Ahora bien, de considerar que el contador-partidor ostenta la facultad concreta de entregar legados, por así disponerlo el artículo 81 letra c) RH, en tanto que es nombrado como tal contador-partidor y en cuanto que ostenta y tiene vigente y subsistente el cargo, es decir, en tanto que practique la partición y a la vez siga y continúe vigente en su cargo, resultaría que, extinguido éste (lo que ocurriría por imposibilidad, al haber cumplido el encargo y practicado la partición los herederos por acuerdo unánime de todos los interesados, legitimarios y legatarios prescindiendo del contador-partidor), le quedaría igualmente extinguida la facultad de otorgar las escrituras de entrega de los bienes inmuebles legados (art. 910 del C.c., antes comentado). Por lo que las escrituras de entrega serán otorgadas por los herederos en concurrencia con los legatarios si no existiera además albacea expresamente facultado, y a salvo lo dicho con anterioridad respecto a la posible legitimación en concurrencia simultánea de los herederos con el albacea especialmente facultado, sobre la base del artículo 885 del Código civil. Por lo demás, nos remitimos a lo ya dicho con anterioridad y según los casos, al punto anterior relativo a la entrega de bienes inmuebles legados que tuviera lugar antes de la partición de la herencia.

Si la partición en el mismo supuesto anterior **se hubiese practicado por el contador-partidor**, consideramos que la escritura pública de entrega de legados será otorgada y mientras el cargo de contador-partidor siga vigente (y a salvo lo

que anteriormente quedó dicho respecto al albacea en el art. 885 del C.c.), por éste y el legatario o legatarios nombrados por el testador, salvo que el contador-partidor se negase a su otorgamiento, en cuyo caso y de no existir albacea expresamente facultado para la entrega o bien existiendo éste se negara, entendemos que los herederos en defecto de contador-partidor y/o albacea especialmente facultado y supliendo a éstos, podrán igualmente otorgar las escrituras de entrega en concurrencia con los legatarios.

c) Artículo 81 del RH: legados que no sean de inmuebles determinados y distribución de toda la herencia en legados.

408 Existiendo contador-partidor, si junto **con los herederos concurren** además y como interesados en la herencia y en la partición, legatarios de bien **inmueble no determinado** y/o de parte alícuota, entendemos que por acuerdo alcanzado unánimemente entre los herederos relativo a la práctica de la partición prescindiendo del contador-partidor, y siempre y cuando además los legatarios intervengan personalmente o debidamente representados, y presenten su consentimiento unánime, se podrá otorgar la escritura pública con la concurrencia de todos (herederos y legatarios), en la que se formalicen las operaciones liquidatorias de herencia, partición y adjudicación de bienes al heredero o herederos y al legatario o legatarios de parte alícuota.

Si toda la herencia se distribuye en legados, no existe heredero, por lo que no se puede hablar de que los legatarios sean los continuadores de la personalidad jurídica de su causante y, en su consecuencia, ejecutores natos de la voluntad del testador y de su testamento. Por lo que la normativa que para tales supuestos se establece en la letra d) del artículo 81 cuando se trate de legados de bienes inmuebles **indeterminados**, y último párrafo del mismo precepto, la consideraremos correcta y, en todo caso, congruente con lo dis-

puesto en el artículo 885 del C.c., por lo que respecta a la legitimación del albacea especialmente facultado para la entrega.

Menos, o ninguna justificación, tiene la legitimación que la letra d) del artículo 81 del RH concede u otorga al contador-partidor respecto a la entrega de legados inmuebles determinados o específicos; toda vez que, como ya hemos tenido ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, es la entrega de legados una operación extraña y ajena al cargo y funciones del contador-partidor.

C) Conclusiones básicas.

1.º *En materia de entrega de legados.*

El artículo 81 del Reglamento Hipotecario legitima al contador-partidor siempre con carácter preferente y excluyente tanto al heredero/s como al albacea, y **¡¡¡esté o no facultado por el testador para ello!!!**, lo cual supone:

409

a) **Derogar y modificar una norma con rango de ley**, como es el Código civil, infringiendo gravemente el principio de jerarquía normativa.

b) **Vulnerar los principios generales** que informan nuestro Derecho sucesorio, basado en el Derecho romano, anteponiéndose a los herederos, ejecutores natos y por excelencia de la voluntad del causante; y acometiendo funciones totalmente extrañas y ajenas a su cometido: contar y partir.

c) **Introduce, legitimándolo, a un nuevo personaje** (el contador-partidor) para realizar la entrega de tales legados, aun cuando el testador no le hubiere expresamente facultado para ello.

Esto supone, además, una dificultad añadida para quienes opinan que el contador-partidor es un albacea con facultades concretas, pues, ¿cómo es que el albacea necesita siempre y en todo caso, hallarse facultado por el testador para la entrega de legados de inmuebles determinados y el contador-partidor no lo precisa nunca? Pues el caso es que el albacea

necesita estar facultado (según el Código civil) y el contador-partidor no (según el RH).

2.º Si según el artículo 79 “*in fine*” del RH el heredero único podrá inscribir a su nombre directamente y por sí los bienes y derechos que estuviesen inscritos a nombre de su causante cuando **la única persona interesada** en la herencia resultase ser dicho heredero único, ¿por qué razón, cuando hay varios herederos que hacen la partición (contando, en su caso, con el consentimiento y beneplácito de todos los demás interesados) de común acuerdo némine discrepante, no pueden inscribir los bienes y derechos hereditarios de la misma forma y manera?

Pues, como ya se dijo, tan solo y único es el interés del único heredero nombrado que el mismo, concurrente y común interés de todos los herederos y demás interesados en la herencia (caso de existir estos últimos) cuando, caso de ser varios, exista y medie entre ellos acuerdo unánime.

Lo que justifica que en estos casos, y no solamente en el del heredero único interesado, se pueda prescindir del contador-partidor nombrado por el testador.

3.º Que el artículo 81 del RH en sus letras b) y c) simplemente establece una **legitimación formal y registral** para el otorgamiento de escrituras de partición y/o entrega de legados a las personas que practiquen tales operaciones, es decir, a sus **autores materiales**.

En efecto, **lo normal** es que habiendo contador-partidor nombrado por el testador, a él le competa acometer y verificar las operaciones de partición hereditaria y, por consiguiente, la legitimación registral al efecto, porque él es **el autor** de la partición.

Y es normal porque el artículo 81 del RH, respetuoso con la configuración conceptual del contador-partidor, considera que éste está nombrado por el testador en previsión de falta de entendimiento entre los herederos y/o demás interesados en la partición.

Lo que ocurre es que, como dice MENÉNDEZ-VALDÉS (pág. 162, obra citada) y que ya nosotros razonamos abundantemente:

“El contador-partidor no «adquiere», propiamente hablando, el derecho de hacer la partición; sino que parte por encargo del causante; es decir, en nombre del causante... Después de muerto el testador, la «titularidad» de ese derecho cuyo «ejercicio» se le «encomienda», pasa a quienes han venido a suceder al comitente en sus derechos y obligaciones”: los herederos.

Por tanto, la razón de ser del contador-partidor se desvanece y no existe cuando se logra el acuerdo unánime de los herederos (y demás interesados, en su caso); entonces, la presencia del contador-partidor es innecesaria, o, si se quiere, imposible. Pues **innecesario** será el contador-partidor cuando exista un único interés válidamente convenido entre todos los interesados en prescindir de él y verificar ellos mismos las operaciones de partición; y **aun imposible** le será a dicho contador-partidor realizar tales operaciones particionales cuando su cargo haya quedado extinguido (artículo 910 del Código civil), ya que el cumplimiento por parte de los herederos (y demás interesados, en su caso) acordando por unanimidad partir y prescindir del contador-partidor, determina que el cumplimiento o encargo de éste devenga imposible, y se extinga.

En fin, si se quiere una interpretación coherente entre las normas civiles sustantivas y registrales (acompañadas, a la vez, con la postura que en este trabajo se mantiene), la frase “EN SU DEFECTO” que emplea el **artículo 81 del RH**, hay que entenderla en el sentido de que **legitima formalmente** al contador-partidor para el otorgamiento de escrituras de partición, y/o entrega de legados, cuanto aquél sea la persona que practique tales operaciones, su autor material; bien porque no se consiga el acuerdo unánime entre todos los herederos y demás interesados en la partición, bien porque concurren circunstancias que hagan su intervención inexcusa-

ble y preferente (en los términos que ya han quedado expuestos).

Pero nada impide que, habiéndose extinguido su cargo o no estando éste vigente por cualquier causa, competa a los herederos (y demás interesados, en su caso) la verificación y cumplimiento de tales operaciones.

4.º En todo caso, **no hay base en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario** (salvo una raquílica e insuficiente interpretación literalista) que autorice a pensar que el simple nombramiento de contador-partidor por el testador, impida a los herederos (y demás interesados, en su caso) practicar por sí y unánimemente la partición de la herencia de su causante.

412 Abundando en la cuestión referente a las facultades que, para ENTREGAR LEGADOS, otorga al contador-partidor el RH, hay que advertir que, en nuestra opinión, **no cabe decir** que: *“este párrafo –artículo 81, b) y c) del RH– tiene fundamento, pues si el contador puede partir la herencia, liquidando deudas y adjudicando bienes a los herederos, es lógico que pueda hacer lo mismo respecto a los legatarios. Así, sentencia de 26 de octubre de 1928 y resolución de 25 de mayo de 1971”* (J. M. GARCÍA GARCÍA en *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*; cuerpos legales; Civitas, 1996; notas 105 y 106).

Pues se **podría responder** que, aparte de que, cuando hay herederos forzosos, antes deben prestar su consentimiento para proceder a la entrega de legados, y aparte de que hay multitud de actos de adjudicación que le están vetados al contador-partidor (todos aquellos que supongan, en general, actos dispositivos o que vayan más allá del “contar y partir”, como ya se sabe y no es necesario pormenorizar), **ADÉMÁS**, por muy lógica que pueda resultar una operación, **¡si no está respaldada por una autorización del testador!** o un precepto legal, o el precepto que la contempla y autoriza (en nuestro caso el art. 81 del RH) es contradictorio con otro

de mejor rango y jerarquía (en nuestro caso, el art. 885 del C.c.), siempre debe éste prevalecer sobre aquél. Ya hemos dado antes múltiples razones que justifican tal postura y afirmación. Nos remitimos, pues, a lo dicho respecto a que, no obstante la autorización o legitimación del artículo 81 del RH, eso **no debería** ser así, en buena técnica jurídica, cuando el contador-partidor no está autorizado por el testador para ello.

En efecto, si el testador sólo ha nombrado contador-partidor, sin más, en su testamento, pero no le ha autorizado para la entrega de legados, ¿podrá dicho contador-partidor, no obstante, verificar dicha entrega?; en caso afirmativo: ¿en base a qué fundamento jurídico?

Nosotros, en contra de la opinión de J. M. GARCÍA GARCÍA y otros, pensamos que el único fundamento que puede esgrimirse para una respuesta afirmativa es de **índole legal y normativo**: porque así parece autorizarlo el artículo 81 del Reglamento Hipotecario; no obstante vulnerarse con ello el artículo 885 del Código civil y el principio de jerarquía normativa.

No nos parece a nosotros que se pueda invocar otro apoyo sustantivo. Y esto por las siguientes **razones**, además de lo ya expuesto a lo largo de todo este trabajo. Veamos:

a) Porque si en la concepción que de los ejecutores en general y del contador-partidor en particular, tienen determinados autores, éstos afirman que las facultades que se les confieren a aquéllos se les restan a los herederos, habrá que concluir (de seguir tal razonamiento) que toda atribución de facultades al contador-partidor que sobrepase las de contar y partir (como es el caso de la entrega de legados) se han de considerar inadmisibles.

En efecto, de seguir la opinión de aquellos autores, toda facultad ajena al cargo de contador-partidor atribuida a éste supondrá una **limitación** a las facultades legales propias de los herederos, como recipiendarios, retenedores y ostentadores de todas las facultades dominicales distintas a las de con-

tar y partir que entrañaría conceptualmente el cargo de contador-partidor (con simples facultades *ad hoc* y bien delimitadas). Limitaciones éstas que **no serían justificables** (ya que el testador no se las confirió ni atribuyó en su testamento) **ni legítimas** (pues no tienen apoyo ni precedente en ninguna norma sustantiva; antes al contrario: artículo 885 del Código civil).

Con lo cual, y a su vez, dar carta de naturaleza a estas pretendidas facultades del contador-partidor (simplemente nombrado por el testador) en orden a la entrega de legados, supondría admitir una **interpretación extensiva** de las limitaciones a las facultades legales propias de los herederos; siendo así que tales posibles limitaciones, **en buena técnica** jurídica, sólo y únicamente pueden ser objeto de una **interpretación estricta y restrictiva**.

414

En suma, y aun de seguirse la opinión de tales autores, las facultades no expresamente conferidas al contador-partidor se han de considerar retenidas, como propias de los herederos, y, entre ellas, las de entregar los legados a sus beneficiarios.

b) Enlazando con lo anterior, y aun concediendo que el artículo 81 del RH permite la entrega de legados por el contador-partidor, como quiera que con ello se vulnera lo dispuesto en el artículo 885 del C.c. y el principio de jerarquía normativa, dicho **artículo 81 del RH** debe ser **objeto de una interpretación restrictiva**, lo que supone exigir que el contador-partidor, al igual que sucede con el albacea, esté **expresamente facultado** por el testador para ello.

Pues, encima, no le vamos a conceder alegremente al contador-partidor, en base a una interpretación extensiva, más facultades que las que, por ley, tiene conferidas (art. 1.057 del C.c.).

Esto atenta abiertamente contra toda técnica jurídica.

c) Si al **albacea** le faculta el artículo 885 del C.c. para entregar legados, siempre y en todo caso, a condición de que se halle **expresamente facultado** para ello por el testa-

dor, con mayor razón debe estarlo el contador-partidor, al no estar legitimado ni facultado para ello por tal precepto legal, al ser una facultad ajena y extraña a su cargo la entrega de legados (arts. 885 y 1.057 del C.c.).

d) En fin, porque, bien se considere que el fundamento de que el legatario de cosa inmueble legada no pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedírsela al heredero o albacea facultado para ello, se deba a la posesión “civilísima” que sobre los bienes hereditarios corresponde al heredero desde la muerte del causante; o bien se opine que esta necesidad de entrega obedece a motivos de garantía para el heredero, en ambos casos, decimos, no se ve por ninguna parte que las simples facultades del contador-partidor (contar y partir) puedan abarcar o comprender tales atribuciones y prerrogativas: **ni el contador-partidor tiene posesión civilísima alguna, ni su simple nombramiento lleva aparejado funciones de garantía de ninguna clase.**

415

Obsérvese que el mismísimo albacea (que tiene, entre otras, funciones de fiscalización) necesita autorización expresa del testador en tal sentido.

En resumen: de *lege data*, no valen esgrimir otras razones para que el contador-partidor, no autorizado por el testador para ello, pueda hacer entrega de legados, que las puramente normativas de orden reglamentario.

Aunque de *lege ferenda*, será deseable, por las razones hasta aquí expuestas, que esto no fuera así, en buena técnica jurídica.

De manera que, o se suprime esta pretendida facultad del contador-partidor o se le exige que esté expresamente facultado para ello por el testador. Y, aun en este último caso, requeriría, como ahora vamos a ver, el consentimiento de los herederos que lo sean legitimarios, si es que aún no se ha verificado la partición general de la herencia.

Pues tal parece ser la orientación jurisprudencial.

Breve idea jurisprudencial sobre la entrega de legados.

En efecto, no se quiere concluir este epígrafe sin hacer un breve comentario de la jurisprudencia recaída sobre las facultades del contador-partidor en orden a la entrega de legados.

Pues son muchos los autores que la interpretan caprichosamente, diciendo que esta o aquella sentencia del TS, o resolución de la DGRN, confirman la facultad “ínsita” (???) al cargo de contador-partidor de entregar los legados de cosa inmueble determinada. (Así, J. M. GARCÍA GARCÍA *-op. cit.* antes-, que cita la STS de 26 de octubre de 1928 y la resolución de 25 de mayo de 1971 o A. DÍAZ SOLER, que alude a la resolución de 27 de febrero de 1982, en su obra *El Contador Partidor Testamentario*, LIJUSAL, 1996, pág. 414; etc., etc.).

416

En nuestra opinión, no existe sentencia o resolución de la DGRN (a no ser que sea alguna aislada que desconocemos) que, de manera clara y terminante, reconozca tales pretendidas facultades al contador-partidor testamentario.

Y, si mucho no nos engañamos, del conjunto de fallos jurisprudenciales, se puede sentar la siguiente doctrina sobre el particular:

1.º) Que el cargo y las facultades de albacea y comisario en este punto son diferentes.

Por todas, véase la **sentencia de 24 de marzo de 1928**, que, aunque no sea un prodigio de redacción, establece que hay que:

“Fijar el verdadero alcance del artículo 1.057 del Código, el cual tiene dos párrafos, y como el segundo es indudable que se refiere únicamente al comisario y no a los albaceas o contadores partidores a que alude el primero, y las funciones de aquél son ESPECIALES Y DIFERENTES de las de éstos, siquiera tengan mucho de común entre unos y otros...”

Declarando nula la partición hecha por el albacea testamentario por no haber intervenido en el inventario la madre de la testadora, en su calidad de heredera forzosa, la cual falleció sin hijos.

2.º) Que es precisa la **delegación o conferimiento expreso por el testador** al contador-partidor de la facultad de entregar legados de cosa inmueble; pues, de sí, tal cargo no ostenta tales facultades.

Por todas, véase la resolución de la DGRN de **12 de julio de 1974**, según la cual:

*“... CONSIDERANDO que, en el presente caso, los albaceas contadores-partidores, con arreglo a la cláusula undécima del testamento de la causante, **no aparecen expresamente facultados** para la operación realizada en la escritura discutida, pues solamente se les ha conferido las de tipo general, señaladas en el artículo 902 del Código civil y que no se discuten, y al no haber comparecido los herederos a prestar su consentimiento, adolece dicho acto del defecto señalado en la nota de calificación...”*

3.º) Que cuando el testador haya conferido tales facultades de entregar legados de inmuebles determinados al contador-partidor, **hay que distinguir si existen herederos forzosos o sólo voluntarios**, pues, en el primer caso, no pueden entregar tales legados sin que previamente se haya procedido a verificar la liquidación y partición general de la herencia, *“porque solamente de este modo podrá saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el titular, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren a la entrega, o manifiestan su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad...”*. (Resoluciones de 7 de abril de 1906, 19 de mayo de 1947, 19 de noviembre de 1952, 8 de marzo de 1965, 25 de mayo de 1971, 27 de febrero de 1982 y 20 de septiembre de 1988 y STS de 24 de febrero de 1900, 6 de febrero de 1934, 3 de junio de 1947, 25 de mayo de 1971 y 20 de octubre de 1992, entre otras muchas y abundantes).

4.º) Que **aunque el legatario haya sido autorizado** por el testador para ocupar o posesionarse, por su propia autoridad, de la cosa legada (supuesto en que no tendrá aplica-

ción el art. 885 del C.c.), sin embargo, **sólo** puede esto tener aplicación **“cuando no haya herederos forzosos”** (resolución de **25 de mayo de 1971** y sentencia de 26 de octubre de 1928).

5.º) Finalmente, se ha alegado por algunos la **resolución de 30 de diciembre de 1916** para conceder estas pretendidas facultades al contador-partidor.

Pero en tal supuesto se decidió **un caso en que toda la herencia se había distribuido en legados**, con inexistencia de herederos forzosos; manteniendo un criterio tolerante porque no había posibilidad de un perjuicio para la legítima.

Por lo demás, hay que aclarar que sólo en la resolución de 27 de febrero de 1982 el testador nombró “Comisario. Contador-Partidor”, a secas, sin además nombrarle albacea, como ocurre con la totalidad de las restantes citadas en donde se nombra a un ejecutor testamentario (a excepción, claro está, de aquellas otras, como la de 19 de marzo de 1947, en donde el conflicto sólo se plantea entre herederos y legatarios).

En resumen:

El artículo 81 (antes 83) del RH concede al contador-partidor unas facultades, en orden a la entrega de legados de inmuebles determinados, que es más que discutida **doctrinalmente**, no se basa en ningún **fallo jurisprudencial** preciso y rotundo (antes al contrario), contradice una **norma sustantiva de rango superior** (art. 885 del C.c.), y **no impide**, por su tenor literal, que los herederos mayores de edad y unánimemente puedan verificar tales operaciones aun habiendo designado contador-partidor testamentario.

XI. Preferencia de particiones

La coexistencia de facultades compartidas entre los herederos, por un lado, y el contador-partidor, por el otro, —derivadas de dos distintas legitimaciones (material la de aquéllos, y formal o de ejercicio la del contador-partidor)— en orden a verificar las operaciones de partición hereditarias, pueden plantear colisiones en la práctica.

Por ello, se hace menester determinar cuáles son los criterios que se deben seguir para fijar la preferencia entre una u otra partición.

Tales colisiones no se deben dar, de acuerdo con nuestra postura, en el ámbito puramente civil, pues ya dejamos escrito que la partición verificada por los herederos (y demás interesados, en su caso) de forma unánime, némine discrepante, prevalece siempre sobre la realizada o a realizar por el contador-partidor testamentario.

El problema, acaso, se plantea en el ámbito registral o hipotecario, habida cuenta los principios que rigen esta materia y el formalismo que presupone (así, documentación auténtica, prioridades en cuanto a las fechas de acceso, legitimaciones, veracidad de lo que se publica, protección a terceros, etc., etc.).

Por eso, nosotros hemos abordado esta última parte del trabajo con la vista puesta en este Derecho, particularmente formalista y mecanicista, aunque sin olvidar el trasfondo sustantivo que subyace y lo trasciende.

Y no se debe olvidar que una simple “legitimación” formal o de ejercicio jamás puede restar, menoscabar, sustraer o anular facultades y poderes a quien sea no sólo titular formal, sino, además y sobre todo, titular material de aquéllas, es decir, al pleno, perfecto y absoluto titular de todas, aunque, temporalmente, comparta las facultades de ejecución con otro. Recuérdese, a estos efectos, el “silogismo”: *“Partición por los herederos = al cumplimiento del cometido o encargo del testador = extinción del cargo de contador-partidor por imposibilidad = extinción por revocación del mismo”*.

Pues bien, como antes se dejó expuesto y es conveniente recordar ahora, para que los herederos puedan prescindir de la intervención del contador-partidor, es necesario no sólo que por unanimidad decidan prescindir de tal intervención, sino que, además, efectivamente practiquen la partición por igual criterio unánime, ya que, en otro caso, subsistiría el riesgo (tal y como dice el profesor ALBALADEJO) que la ley ha querido prevenir y el testador evitar: que luego, al practicar los herederos la partición, faltare y no existiere el necesario acuerdo unánime.

Por eso, y en principio, es menester que los herederos **notifiquen al contador-partidor** no sólo su acuerdo unánime de practicar la partición **prescindiendo** de aquél, sino también, y simultáneamente, la **práctica material y efectiva** de la misma, con igual criterio unánime. No obstante, después veremos si, en realidad, es necesario tal notificación para prescindir del contador-partidor que todavía no verificó las operaciones de partición y aun de la ya verificada por él.

Por consiguiente:

A) Mientras que la partición no se practique de manera efectiva por parte de los herederos, el cargo de contador-partidor seguirá y continuará vigente, estando éste, en consecuencia, legitimado y facultado para verificar efectivamente la partición de la herencia. En cuyo caso, **si el contador-partidor practicara la partición después de que los herederos le notificaran su intención** por acuerdo unánime de practicar por sí mismos la partición de la herencia (sin haberla aún practicado) y de prescindir de su necesaria intervención, **mientras no la practiquen efectivamente** y se la notifiquen (MÁS ADELANTE VEREMOS SI, EN REALIDAD, ES NECESARIA TAL NOTIFICACIÓN), el contador-partidor podrá válidamente cumplir el encargo que del testador recibió, esto es, practicar la partición, formalizarla mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Por lo que, una vez que el contador-partidor practicare la partición de la herencia y la formalizara

otorgando la correspondiente escritura pública, **si los herederos después**, por sí y motu propio, la practicaren efectivamente, otorgaren la correspondiente escritura y le notificaren su práctica y prescindibilidad al contador-partidor, se impondrá a efectos registrales y con eficacia prioritaria y excluyente, **el título** otorgado por uno o por otros **que primero tenga entrada y acceso al Registro de la Propiedad**, cerrando el registro y excluyendo al que lo pretendiera en fecha posterior, aun cuando la fecha de su título sea anterior.

En este caso, y a efectos registrales, se impondrá con preferencia y eficacia excluyente el título particional que, independientemente de su fecha, primero tenga entrada y acceso al Registro de la Propiedad, sea éste otorgado por el contador-partidor o por los herederos. Rige pues, en su consecuencia, el principio de prioridad registral (art. 17 de la LH).

421

B) POR EL CONTRARIO, ¿qué valor y efectos tiene la partición practicada por el contador-partidor **una vez que reciba la NOTIFICACIÓN por parte de los herederos de haber practicado éstos**, motu propio y por unanimidad, la partición de la herencia en que estén interesados, habiendo prescindido de su intervención? Consideramos que dicha **partición que a posteriori practique el contador-partidor** es nula, adoleciendo de una **nulidad radical, absoluta y de pleno derecho**; toda vez que practica y formaliza unas operaciones particionales para las que dejó de estar facultado y legitimado, al haberlas practicado los herederos por sí y por unanimidad, los cuales sí que podrían y estarían legitimados para practicarla, al ostentar plenas facultades dominicales (entre ellas las de partir), y legitimados materialmente en cuanto ejecutores natos y continuadores de la personalidad jurídica de su causante.

Con lo cual, su cargo le quedaría **extinguido por causa de imposibilidad, que supone el cumplimiento (práctica de la partición) por parte de los herederos**. Estaríamos ante un

supuesto asimilable al de otorgamiento negocial sin título ni poder suficiente para ello (art. 1.259 del C.c.); ya que, al extinguirse su cargo y encargo **queda igualmente extinguida** la legitimación que el contador-partidor ostentaba respecto a las facultades de ejercicio y práctica de la partición.

Por lo que, a efectos registrales, si la escritura de partición otorgada por el contador-partidor con posterioridad a dicha notificación, tuviese entrada en el Registro de la Propiedad **antes** de la partición formalizada en escritura pública otorgada por los herederos, y convenientemente notificada por éstos a aquél, **regirá el artículo 33 de la LH y no el de prioridad proclamado por el artículo 17** de la misma ley, pues, como dice aquel precepto: *“la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”*.

422 Y ello con independencia y al margen de considerar a la partición de la herencia y consiguiente adjudicación, así como al título que la documente, como título traslativo, declarativo, de fijación de derechos, especificativo o determinativo. Pues, según entiende **MORRELL**, el título de igual o anterior fecha que no se podrá inscribir por ser opuesto o incompatible a otro ya inscrito de fecha anterior, no sólo ha de ser y con carácter taxativo, traslativo o de gravamen, como expresamente dice el artículo 17 de la LH, sino que podrá ser otro de cualquier naturaleza y carácter, tal como declarativo, modificativo o extintivo. Y en este caso, como quiera que la partición practicada por el contador-partidor y formalizada en escritura pública, si la misma tiene acceso al Registro de la Propiedad aun antes de la escritura de partición otorgada por los herederos, es radicalmente nula, prevalecerá en todo caso lo dispuesto en el artículo 33 de la LH sobre el principio de prioridad registral establecido en el artículo 17 de la misma ley.

Ahora bien, a falta de acuerdo sobre la partición entre herederos y contador-partidor, **¿podrá el registrador, en estos casos de notificación fehaciente, apreciar dicha causa de nulidad y, a instancia o en virtud de solicitud unánime** de todos

los herederos interesados, **proceder a la cancelación** del asiento causado en base al título particional otorgado por el contador-partidor? (de fecha posterior pero que accede antes al Registro de la Propiedad).

Concurriendo el consentimiento de todos, tanto del contador-partidor como de los herederos, no parece existir, en principio, impedimento alguno que se oponga a la cancelación pretendida y posterior inscripción del título particional otorgado por los herederos. **En principio**, pues, todo asiento practicado en el Registro de la Propiedad queda bajo la salvaguarda de los tribunales, y no podría, en su consecuencia, el registrador cancelar los asientos motivados por la escritura de partición otorgada por el contador-partidor y proceder a inscribir el título otorgado por los herederos. Por lo que se puede entender que **se precisará el consentimiento de todos**, incluido el contador-partidor o, en su defecto, testimonio de la sentencia o resolución judicial firme que declare la nulidad.

423

En este sentido, **la letra d) del artículo 40 de la LH** establece que, cuando la inexactitud procediere de la nulidad o defecto de título que hubiera motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

Pero, como quiera que los titulares de los asientos y de los derechos inscritos son los herederos, **¿será necesario** además y en todo caso, el **consentimiento del contador-partidor** en cuanto autor y otorgante de la partición formalizada en el título que motivara los asientos de inscripción en favor de los herederos? Téngase en cuenta que al registrador esta causa de nulidad le puede llegar a su conocimiento y apreciarla **automáticamente**, en su consecuencia, por simple cotejo de las fechas auténticas y fehacientes que resulten de las escrituras de partición, otorgadas respectiva e independientemente por el contador-partidor y los herederos, y de la que resulte del acta otorgada por los herederos notificando al

contador-partidor la práctica de la partición y de su prescindibilidad, junto con la fecha de la diligencia notarial cumplidora de la misma. **Estos documentos**, creemos, podrían constituir, **por sí mismos, prueba preconstituida suficiente de la causa de nulidad**; y de este simple cotejo resultará que el contador-partidor practicó la partición con posterioridad a la practicada y notificada por los herederos. No siendo, pues, preciso el consentimiento del contador-partidor para la cancelación pretendida por todos los herederos y titulares de los asientos registrales, en base a esa causa de nulidad.

424

C) Pero, *¿qué ocurrirá si los herederos practican **motu proprio** y por sí la partición de la herencia NO NOTIFICÁNDOSELO al contador-partidor y éste, ignorándola y desconociéndola* (ignorancia no culpable), la verificare posteriormente por sí, y el título particional por él otorgado tuviese entrada y acceso antes en el Registro de la Propiedad?, ¿será de aplicación el artículo 17 de la LH, si luego los herederos pretendieran la inscripción del título particional otorgado por ellos con anterioridad al del contador-partidor, o será de aplicación el artículo 33 de la LH?

El problema se relaciona, a nuestro entender, con **otros más generales**; así, consideramos que se relaciona con la cuestión relativa a **si será o no requisito de la revocación la notificación o comunicación al mandatario** de la misma; igualmente consideramos que se relaciona con los problemas o con las **cuestiones derivadas de la revocación tácita** (art. 1.735 del C.c.); y con problemas interpretativos del artículo 1.738, en particular relacionados con la cuestión relativa a la **subsistencia del poder extinguido**, etc., etc.

Como pone de manifiesto **GORDILLO CAÑAS**, la **notificación** de la revocación, o si se prefiere, el conocimiento de la revocación por parte del mandatario, **es requisito de eficacia** (añadimos nosotros, de **oponibilidad**) en el doble juego de relaciones: respecto del mandatario y respecto de los terceros. A su vez, tanto el mandatario como los terceros que-

darán protegidos legalmente respecto a la revocación por ellos ignorada o desconocida inculpablemente (art. 1.738 del C.c.). **Lo que no resulta claro ni evidente** es si la revocación ha de tener algún **destinatario** determinado como elemento necesariamente constitutivo, menos cuando puede producirse tácitamente, y **cuando para su efectividad basta el conocimiento efectivo de la misma**, sea cual fuere el medio de tal conocimiento.

Por tanto, y **en principio**, consideramos que **la revocación es válida sin necesidad del requisito de la notificación o conocimiento** por parte del mandatario, de manera que el requisito del conocimiento, lo es de eficacia y no de validez de la revocación.

Otra cosa será la protección que el artículo 1.738 del C.c. dispensa al mandatario y a los terceros con quienes éste contrató ignorando la revocación o cualquier otra de las causas extintivas del mandato, cuando éste haya quedado extinguido por cualquier otra causa distinta a la revocación, lo que hace tránsito al problema relativo a la eficacia y subsistencia del poder extinguido.

Por lo que atañe a la cuestión aquí planteada, relativa a si la partición verificada por el contador-partidor con posterioridad a la revocación tácita que supone la partición anteriormente verificada por los herederos es válida o no, consideramos de aplicación, y por analogía, las normas reguladoras de la extinción del mandato (por concurrencia de *ratio legis*) en atención a la asimilación en cuanto a su naturaleza del cargo del contador-partidor al de un mandatario. Nos detendremos brevemente, y en lo pertinente, en el examen del artículo 1.738 del C.c.

El artículo 1.738 del C.c. (*"Lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe"*) contempla la hipótesis de existencia de terceros de buena fe con quienes el mandatario ignorante o

desconocedor no culpable de la causa de revocación hubiese contratado. **No contempla** el supuesto ni regula **los efectos del poder extinguido en lo que atañe al mandatario, no existiendo terceros con quienes éste hubiera podido contratar.** Resulta claro que si, tanto el mandatario como los terceros con quienes contrate, actúan de **buena fe**, lo hecho por el mandatario vincula y obliga al mandante y a las personas con quienes el mandatario hubiera contratado, esto es, los terceros. No resultando tan claro lo que ocurrirá si el mandatario no actúa ni contrata de buena fe, por conocer la causa de extinción del mandato; lo que nos llevaría **al problema** de si será necesario o no para que los terceros queden protegidos, y en su consecuencia para que el mandante quede vinculado y obligado frente a los terceros con quienes el mandatario contrata, **la concurrencia simultánea y conjunta de la buena fe**, tanto en la persona del **mandatario** como en las de **los terceros**. Responde afirmativamente CÁMARA, y en sentido contrario **PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, ROCA, BONET, DíEZ-PICAZO, LACRUZ, etc.**, argumentando que el artículo 1.738 es una norma de protección de terceros y de exigir concurrencia de buena fe en unos y en otros su eficacia quedaría muy limitada y restringida. En igual sentido, la **sentencia de 3 de julio de 1976** considera que el artículo 1.738 del C.c. da una especial protección a los terceros, sobre la base de proteger la apariencia sobre la realidad jurídica. **GORDILLO CAÑAS** considera, por su parte, que el artículo 1.738 del C.c. protege al mandatario desconocedor de la revocación o de la causa de extinción del mandato e indirectamente a los terceros que no lo sean de mala fe, y, automáticamente, a los terceros de buena fe con quienes el mandatario hubiera contratado.

¡¡El artículo 1.738 del C.c. **protege al mandatario sobre la base de la confianza en las relaciones mandante-mandatario, siendo factor desencadenante la buena fe**, o sea, la ignorancia no culpable del mandatario. **Mientras que respecto de los terceros, la protección que el artículo 1.738 da a éstos, se funda**

en la apariencia!!; por lo que respecto de terceros, el artículo 1.738 del citado Código se revela como una norma de protección de la apariencia jurídica sobre la realidad. De manera que nosotros consideramos que el **artículo 1.738 del C.c. es bifronte**, protege por un lado al mandatario de buena fe, desconocedor no culpable de la revocación, al margen e independientemente de la buena o mala fe de los terceros; y a éstos, y autónomamente, los protege al margen de la buena o mala fe del mandatario, pero en todo caso a condición de su buena fe. **Pero el hecho de que proteja al mandatario desconocedor de la buena fe de la revocación, no significa que dé validez y eficacia a lo actuado por él ;no existiendo terceros a los que proteger!!**

Y, por ello, consideramos que, para que entre en juego y tenga lugar la aplicación del artículo 1.738 del C.c., se requiere la existencia de unos terceros de buena fe con quienes el mandatario ignorante y desconocedor no culpable de la revocación hubiese contratado, no siendo de aplicación cuando no existan estos terceros, que de otro modo y caso de existir, demandarían una particular y especial protección en base a la apariencia jurídica.

No existiendo terceros a quien proteger que hubieran contratado con el mandatario, ningún precepto del C.c. (arts. 1.732 y siguientes) exige o requiere que la revocación sea conocida por el mandatario como presupuesto de requisito de validez o de eficacia de tal declaración jurídica unilateral de voluntad que supone la revocación, en lo que respecta a las relaciones internas entre mandante y mandatario. La revocación produce válida y eficazmente la extinción del mandato entre partes mandante y mandataria, y al margen y con independencia de la notificación del mandante al mandatario o del conocimiento de la misma por parte de este último.

El artículo 1.733.—(*“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato.”*) **No habla** para nada de notificación o de conocimiento por parte del man-

datario de la revocación operada por voluntad del mandante como requisito de la misma; y la devolución del documento en que conste el mandato tiene por finalidad el evitar que, exhibiéndolo por el mandatario al tercero, exista una apariencia de representación en cuya confianza deben ser protegidos los terceros que con el mandatario contratan de buena fe protección autónoma de la apariencia en favor de estos terceros que de buena fe contratan con el mandatario (art. 1.738 del C.c.).

El artículo 1.734.—(*“Cuando el mandato se haya dado para contratar con personas determinadas, su revocación no les puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber.”*) En las relaciones mandante-mandatario, no existiendo terceros que demanden especial protección, la notificación comunicada o conocimiento de la revocación por el mandatario, no es requisito de validez de la misma. En efecto, es una norma de protección de terceros de buena fe. Establece la inoponibilidad de la revocación respecto de los terceros a que dicho precepto se refiere (requisito de eficacia), pero de dicho precepto no se deduce que el conocimiento de la revocación por dichos terceros sea requisito de validez de la misma.

Artículo 1.735.—(*“El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede.”*) Es una norma singular que regula y contempla un caso especial de revocación tácita, que se produce como consecuencia del nombramiento de un nuevo mandatario para un mismo negocio. El requisito de la comunicación o conocimiento de la revocación por el mandatario, no opera como condición de eficacia respecto al mandatario anterior; y la salvedad final, se establece en favor de terceros desconocedores de la revocación.

Artículo 1.738.—**Ya examinado:** existiendo terceros de buena fe con quienes el mandatario de buena fe e ignorando la revocación hubiese contratado, protege por un lado al man-

datario de buena fe en base a la confianza, y a los terceros de buena fe los protege en base a la apariencia suscitada, protegiendo y haciendo prevalecer ésta sobre la realidad.

En todos estos supuestos examinados, el requisito del conocimiento por el mandatario o comunicación por parte del mandante, opera por requisito de eficacia y no de validez de la revocación en beneficio de los terceros, del mandatario o de ambos. En todo caso, **está siempre presente la existencia de terceros.**

Ahora bien, **¿no existiendo terceros con los que el mandatario hubiera contratado NO HAY RAZÓN PARA PROTEGER LA APARIENCIA JURÍDICA SOBRE LA REALIDAD!!**, bastará proteger al mandatario, sobre la base de la confianza en lo que respecta a las relaciones internas entre mandante y mandatario. Y la protección a la confianza no exige mantener la validez y eficacia de lo actuado por el mandatario (no existiendo terceros a quienes proteger en base a la apariencia). **En todo caso, se pueden cohonestar y proteger los intereses de todos en juego, y sin necesidad de proteger la apariencia sobre la realidad**, o sea, sin necesidad de mantener ni de dar validez e importancia a lo actuado por el mandatario (no existiendo terceros); y así, se puede proteger **al mandatario y sus intereses**, en el sentido de reembolsarle los gastos, indemnizarle los daños que se le hubieran ocasionado después de la revocación no conocida, eximirle de toda responsabilidad, etc.; y proteger **al mandante**, en el sentido de no obligarle, a estar y pasar por las consecuencias y efectos de lo actuado del mandatario desconocedor de la revocación, después de que ésta haya tenido lugar.

Pues como ya dijera **GARCÍA GOYENA y BENITO GUTIÉRREZ**, el mandato tiene por objeto e interés el beneficio del mandante, y éste puede renunciarlo en todo tiempo; en base a ello, añadimos nosotros, que en el caso que nos ocupa no hay razón para imponer al mandante unos efectos que se circunscriben y limitan a su esfera jurídica, no queridos ni deseados por él, que se derivan por la actuación del man-

datario y después de haberle sido revocado el mandato, conozca o no éste su revocación.

430

Pues bien, **retomando el hilo** de la cuestión planteada por nosotros, relativa a la **validez y eficacia de la partición practicada por el contador-partidor después y sin conocimiento de la verificada por los herederos anteriormente y no notificada por éstos a él**, hemos de decir que tal comportamiento inequívoco y concluyente, supone e implica una **revocación tácita** del mandato *post mortem* que ostentaba el mandatario y, no existiendo terceros por hipótesis, tal revocación, por lo que respecta a la esfera de relaciones mandante-mandatario, o sea, herederos/contador-partidor, la consideramos válida y eficaz respecto al contador-partidor, quien no obstante no podrá resultar perjudicado de forma alguna, y a quien los herederos deberán reembolsarle los importes de todos los gastos que él hubiera efectuado con relación a la partición después de la revocación no comunicada (después de la partición por parte de los herederos). Y siendo tal **revocación válida y eficaz respecto al contador-partidor**, todo lo operado y practicado por él con anterioridad a la revocación es **radicalmente nulo de pleno derecho**, particularmente la partición que él hubiera podido practicar y formalizar en escritura pública por él otorgada (art. 1.259 del C.c.), no vinculando a los herederos (herederos del mandante), quienes la podrán ignorar o desconocer.

Así pues y **CONCLUYENDO**, a efectos registrales, si los herederos practican por sí la partición de la herencia no notificándolo al contador-partidor, y éste, ignorándolo y sin conocimiento de tal partición, y no habiéndola verificado antes, la practicare en fecha fehaciente posterior a la de los herederos (bien la comunique o no a éstos) una vez practicada y otorgado tal título particional, aun cuando el título particional otorgado por el contador-partidor tuviese acceso al Registro de la Propiedad, no se impondrá por ello (en base al principio de prioridad registral del artículo 17 de la Ley Hipotecaria) con eficacia excluyente al título otorgado en fe-

cha anterior por los herederos, pues la partición documentada en dicho título, por todo lo anteriormente argumentado, es nula de pleno derecho, **rigiendo el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, que se antepondrá en aplicación del principio de prioridad registral ex artículo 17 de la LH.** Se impondrá, en definitiva, la partición practicada por los herederos documentada en título de fecha anterior y, en consecuencia, se procederá a la cancelación de los asientos de inscripción practicados en base al título particional otorgado por el contador-partidor, para lo que será necesario el consentimiento unánime o sentencia firme que así la declare a fin de proceder a inscribir el título particional otorgado por los herederos.

En estos casos, de inexistencia de notificación al contador-partidor, creemos igualmente aplicable la misma doctrina que antes quedó reseñada, respecto a la **apreciación de la “causa” de nulidad** por el registrador para, posteriormente, y a instancia o petición de parte de todos los herederos y demás interesados, proceder a la cancelación de los asientos practicados en base al título particional **otorgado con posterioridad por el contador-partidor, pero que primero accede al Registro.**

431

Toda vez que de las respectivas escrituras de partición otorgadas por los herederos (primero) y por el contador-partidor (después), resultará la fehaciencia de fechas y la apreciación automática de la causa de nulidad (con los efectos hipotecarios de los arts. 33 y 40 d) de la LH).

Entonces, se podrá preguntar, ¿es indiferente a estos menesteres que exista o no notificación fehaciente al contador-partidor?

La respuesta, conforme a lo que llevamos expuesto, es que, efectivamente, **es indiferente**, al menos, **¡¡en las relaciones herederos/contador-partidor!!** (por asimilación a lo que ocurriría en las relaciones mandante/mandatario).

D) Finalmente, si es el contador-partidor quien practica efectivamente y formaliza la partición ANTES mediante el oportuno título particional, bien notifique o no con posterioridad a los herederos su práctica, si los herederos, no habiéndola aún practicado, la verificaren con posterioridad *motu proprio* y por sí, y la misma constare en documento de fecha fehaciente, tanto si comunican éstos como aquél su práctica, como si no, entendemos que **la partición a posteriori practicada por los herederos es válida**, no obstante haberla practicado en fecha posterior. Ya que como se dijo con anterioridad, si los herederos pueden, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, apartarse de la partición practicada por el testador, con mayor razón podrán prescindir de la partición practicada por el contador-partidor nombrado, practicando una nueva y distinta por acuerdo unánime alcanzado entre ellos.

432 En este caso, y **a efectos registrales**, se impondrá con **preferencia** y eficacia excluyente **el título particional que independientemente de su fecha primero tenga entrada al Registro de la Propiedad**, sea éste el otorgado por el contador-partidor o por los herederos. Rigiendo pues en su consecuencia, el principio de prioridad registral (art. 17 de la LH).

E) *Resumen de los distintos supuestos básicos posibles.*

Llegados a este punto, se considera que ya están suficientemente trazadas las “líneas maestras” a seguir en cuestión de preferencias de particiones; y bien se entiende que el estudio detallado y pormenorizado de las HIPÓTESIS y distintos supuestos que se pueden plantear en la práctica sobre este particular, sería notablemente engorroso y aun interminable.

En todo caso, aunque las “claves” para resolver todas las posibles cuestiones ya han quedado expuestas, trataremos, empero, de sintetizar y simplificar al máximo posible esta cuestión.

Por lo demás, conviene **ADVERTIR** que la referencia al **documento** o título particional que contenga la partición prac-

ticada bien por el contador-partidor o por los herederos, se entiende que es de **fecha fehaciente** (arts. 1.218 y 1.227 del C.c.); pues, de otro modo, la cuestión y el problema se enmaraña aún más sin necesidad y razón alguna, desviándose la atención del asunto propio que nos ocupa en este epígrafe.

Y, dicho lo cual, nos ocupamos de los citados supuestos (básicos y elementales) sin ánimo de ser exhaustivos:

a) Desde el punto de vista de la partición realizada por los herederos.

Cabría decir lo siguiente:

1.º Si los herederos practican efectivamente y formalizan la partición en escritura pública o en documento de fecha fehaciente, bien notifiquen o no fehacientemente su práctica al contador-partidor con posterioridad, **y el contador partidor ya hubiera verificado** la partición de la herencia por sí en documento de fecha fehaciente y con anterioridad a la fecha de la partición practicada por los herederos, **se impondrá con eficacia excluyente el título otorgado por uno o por otros que primero tenga acceso al Registro de la Propiedad**, cerrando el registro y excluyendo al título que lo pretendía en fecha posterior, aun cuando éste sea de igual o anterior fecha (art. 17 LH).

2.º Si los herederos notifican al contador-partidor la partición de la herencia por ellos verificada y formalizada en escritura pública y, no habiéndola practicado aún el **contador-partidor, la verifcare después de ser notificado** por parte de los herederos, ya la comunique o no a éstos, tal partición realizada por el contador-partidor será nula de pleno derecho por las razones anteriormente dichas. No entra en juego el principio de prioridad registral y sí, por el contrario, la **nulidad ex artículo 33** de la LH. De manera que aun cuando el título particional otorgado por el contador-partidor tenga entrada en el Registro de la Propiedad antes que

el otorgado por los herederos, no se impondrá definitivamente y con eficacia excluyente al otorgado por éstos.

En tal caso, procederá a ejercitar acciones de nulidad en el procedimiento judicial correspondiente que se incoe, y proceder, una vez estimada y declarada la nulidad del título en sentencia firme, a la cancelación del asiento. Siendo título suficiente el mandamiento judicial ordenando su cancelación.

3.º Si los **herederos practican la partición** por sí, notifiquen o no fehacientemente su práctica al contador-partidor con posterioridad, y el **contador-partidor, no habiendo verificado aún** la partición de la herencia, *la praticare después* aunque hubiese comunicado a los herederos (antes de haberla practicado éstos) su intención, deseo o voluntad de practicarla él, la partición por él practicada la consideramos **nula de pleno derecho**, ya que, por las razones dichas con anterioridad en este epígrafe, una vez que sea formalizada la partición practicada por los herederos, el mandato del contador-partidor le queda válidamente **revocado** (bien expresamente si hay notificación, bien tácitamente si no la hay) no pudiendo en consecuencia cumplir su encargo y ejercer las facultades inherentes al mismo (sin que se pueda equiparar voluntad o intención de practicarla a la propia partición ya verificada, pues en tal caso ésta aún no se ha verificado). Rige, pues, a efectos registrales, el artículo 33 de la LH.

4.º Si los herederos verifican la partición de la herencia y formalizan la partición en escritura pública, la notifiquen o no al contador-partidor, su práctica y prescindibilidad del mismo, si el contador-partidor, no habiéndola verificado antes, la *praticare* bien **con posterioridad** a la fecha en que la practicaron los herederos y con **anterioridad** al día en que hubiera, en su caso, sido notificado por éstos de la partición por ellos practicada, o bien con **posterioridad a la fecha fehaciente de la partición y de la notificación** que éstos le hubieran podido efectuar, en su caso, al contador-partidor, aun cuando tenga primero acceso al Registro de la Propiedad el

título particional otorgado por el contador-partidor, será de aplicación lo dispuesto en el **artículo 33** de la Ley Hipotecaria, que se aplicará con carácter preferente y excluyente al principio de prioridad registral (art. 17 de la Ley Hipotecaria).

b) Desde el punto de vista de la PARTICIÓN VERIFICADA POR EL CONTADOR-PARTIDOR.

1.º Si al tiempo de **notificar los herederos** al contador-partidor **la partición** de la herencia por ellos realizada, **y de su prescindibilidad**, mediante remisión de copia de la escritura, **el contador-partidor ya la había verificado por sí con anterioridad**, formalizándola en documento de fecha fehaciente (arts. 1.218 y 1.227 del Código civil), consideramos que rige el **principio de prioridad ex artículo 17 de la LH**; de manera que prevalecerá la partición documentada en el título que primero ingrese y tenga acceso al Registro de la Propiedad (arts. 17, 24 y 25 de la LH).

435

2.º Si el contador-partidor **ya la hubiera realizado por sí y otorgado la correspondiente escritura pública** de partición **antes** de que los **herederos** otorgaran su escritura de partición de herencia, **no habiendo notificado** igualmente su práctica y otorgamiento de la misma los herederos (ni éstos tampoco a aquél), consideramos **igualmente** y sobre la base del principio de prioridad registral **del artículo 17 de la LH**, que prevalecerá y con eficacia excluyente, la partición formalizada en el título que primero tenga acceso al Registro de la Propiedad, bien sea el título otorgado por el contador-partidor o el otorgado por los herederos.

3.º Si el contador-partidor **practicara y otorgara** la correspondiente escritura de partición, **les sea o no notificada a los herederos**, no existe a nuestro entender obstáculo alguno que se oponga a la posibilidad de que **con posterioridad** a la fecha de la escritura de partición o de su notificación, **los herederos** puedan practicar y otorgar por sí la escritura

de partición de herencia **de modo diferente**, pues por asimilación y aplicación analógica del contrato de mandato, si bien la revocación extingue el mandato, no existe al contrario inconveniente en que el mandatario pueda por sí ejecutar el negocio o gestión que constituya el objeto del contrato de mandato que podrá por tanto ser ejecutado y cumplido tanto por el mandante como por el mandatario, sin que el nombramiento de este último sea obstáculo que impida al mandante ejecutarlo por sí. Pudiendo incluso el mandante (herederos) en cuanto *dominus negotii* ejecutar y cumplir en forma distinta a la del mandatario especialmente facultado al efecto.

436

Entendemos que si la partición la verifica el contador-partidor, los herederos podrán **apartarse o separarse de la misma**, de igual modo que pueden separarse y apartarse de la partición practicada por el testador. Y si pueden apartarse de la partición practicada por el testador, con mayor razón podrán prescindir de la partición practicada por el contador-partidor nombrado, acordando verificar y practicando una partición distinta en virtud de acuerdo unánime entre ellos alcanzado, tanto para partir como para prescindir del contador-partidor. En este caso, y a efectos registrales, se impondrá con preferencia y eficacia excluyente el título particional que, independientemente de su fecha, primero tenga entrada el Registro de la Propiedad, sea éste el otorgado por el contador-partidor o por los herederos.

Rigiendo pues en su consecuencia el principio de prioridad registral (art. 17 de la LH).

4.º En todo caso, si **el contador-partidor** verifica por sí la partición de la herencia **con posterioridad** a la fecha en que **los herederos** la hayan practicado por sí, y aun con anterioridad al día en que hubiese sido notificado por éstos de la partición por ellos practicada, tal partición la consideramos **nula** de pleno derecho, y sin efecto alguno en las relaciones herederos/contador-partidor.

Finalmente, y para concluir, se debe **ACLARAR** que todo lo anteriormente expuesto en materia de preferencias, se entiende sin perjuicio de los derechos que, acaso, pudieran ostentar o haber adquirido otros terceros interesados, acreedores, etc., etc., en base al título particional que primero hubiese ingresado en el Registro y que después decae o se anula. Tales terceros, naturalmente, serían aquellas personas distintas a los herederos (acreedores hipotecarios, embargantes, etc.) que pudieran estar protegidos en base a la apariencia del título (poder extinguido) y a la publicidad registral que brinda el Registro de la Propiedad, al publicar las titularidades que resultan de los asientos practicados en base al título otorgado por el contador-partidor.

Se haría necesario, en estos casos, delimitar con precisión: quiénes son realmente terceros y quiénes no lo son; aun siendo terceros, quiénes lo son antes de la apertura de la sucesión (véanse en este sentido los arts. 405, 490, 1.086 del Código civil, etc., etc.) o en un momento posterior; la buena o mala fe de estos terceros, derivada de su conocimiento o desconocimiento de la situación extrarregistral; fechas de sus respectivos créditos y de su constancia o no en el registro; la aplicación —¡aquí sí!— de la doctrina sobre la subsistencia del poder extinguido y protección de la apariencia; el ámbito de protección de que gozarían tales terceros (no oponibilidad a los mismos de los efectos del título particional que les perjudique, impugnabilidad del mismo, ineficacia, etc., etc.).

Todo lo cual nos llevaría a demasiadas precisiones, y el trabajo resultaría sumamente farragoso.

Pero eso es ya totalmente ajeno a nuestro interés y se aparta en demasía de nuestra intención en el presente trabajo.

LA PRUEBA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1997 (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

439

SUMARIO: **I.** LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS PROBATORIAS DEL CÓDIGO CIVIL. **II.** ALGUNOS PRECEPTOS CONCRETOS. **III.** LOS MEDIOS DE PRUEBA. **IV.** EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES. **V.** LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL. **VI.** EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS. **VII.** LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS. **VIII.** LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. **IX.** CONCLUSIÓN.

(*) Conferencia pronunciada el 18.2.1998 en el Ciclo de Conferencias sobre el "Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997", organizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; publicadas por ésta en el volumen *El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98*, Madrid, 1998, pp. 85-128.

En el Ciclo de Conferencias que esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación organiza sobre el actual “Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, se me ha encargado el estudio de la prueba: **La prueba en el “Anteproyecto” de 1997.**

No es ésta materia secundaria; las cuestiones de Derecho conservan en el proceso, desde luego, su primacía y su dificultad, porque el Derecho no es el *ius finitum* de la doctrina de NERACIO (D, 22.6.2); aunque también sea cierto que la renovación constante del Derecho se debe en parte a la continua evolución de los hechos. Desde el punto de vista práctico, en el proceso, fijados los hechos, se ha recorrido la mayor parte del camino; bien lo ve el Anteproyecto que voy a examinar en el artículo **324.2**, al regular la comparecencia o audiencia preliminar: *“Si las partes estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas, el Juez dictará sentencia dentro de veinte días ...”*.

440

El texto del Anteproyecto de que voy a ocuparme es el que lleva fecha de 26 de diciembre de 1997, y a él me referiré siempre que hable sencillamente del “Anteproyecto”. Por otra parte, la redacción inmediatamente anterior, de 28 de noviembre de 1997, apenas se diferencia de él. En cambio, tendré que mencionar más de una vez el originario borrador de abril de 1997, al que denominaré sencillamente borrador.

Hay que citar en fin, como precedente especialmente tenido en cuenta por el Anteproyecto, el texto articulado, con su exposición de motivos, que la casi totalidad de los profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas publicaron en 1972 y 1974 bajo el título de *“Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, a que se alude en la “Introducción” del Anteproyecto.

Me limitaré, por razones de tiempo, al proceso declarativo ordinario.

I. La derogación de las normas probatorias del Código civil

La novedad más llamativa que aquel borrador aportaba en materia de prueba se encontraba en su **Disposición derogatoria segunda, número 2.º**, por el que se derogaban los artículos 1.214 a 1.253, inclusive, del Código civil; esto es, la totalidad del Capítulo que el Código civil dedica a la prueba.

El trabajo de los profesores había respetado el Código, aunque otro hubiera sido su deseo, pero sin propugnar en ningún caso una medida tan radical: “Al no poder pretender, por ahora, bastantes derogaciones y arreglos de normas del Código civil –nos decían–, tenemos que partir de la permanencia de éstas, que operan limitando la amplitud que podría tener el trabajo de corrección y actualización del derecho probatorio civil español” (II, p. 50).

La norma derogatoria se mantiene en el Anteproyecto en cuanto a la confesión, inspección personal del juez, peritos, testigos y presunciones, esto es, para todos los medios de prueba distintos de los documentos, públicos y privados; se derogan, pues, los artículos 1.231 a 1.253. Respecto de los documentos privados, la regla derogatoria se convierte en excepción, ya que ahora sólo aparece derogado el artículo 1.226. No puede decirse lo mismo en relación con los documentos públicos, pues aunque sólo se proyecta la derogación de dos de sus nueve preceptos, uno de ellos es nada menos que el artículo 1.218, el fundamental de todo el capítulo de la prueba.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto, a la que curiosamente se denomina, según hemos visto, “Introducción”, justifica la derogación con estas palabras, que copia literalmente del borrador: “Introducidas en la nueva Ley las presunciones como método de fijar la certeza de ciertos hechos y regulada suficientemente la carga de la prueba, pieza clave de un proceso civil en el que el interés público no sea predominante, puede eliminarse la dualidad de regulaciones de la prueba civil, mediante la derogación de algunas nor-

mas que aparecen en el Código civil". El argumento, como se ve, sólo podría aducirse para derogar el artículo 1.214 del Código, referente a la carga de la prueba, y los artículos 1.249 a 1.253 sobre las presunciones; seis artículos, pero no cuarenta; que tampoco son "algunas normas", sino toda una regulación sistemática de la prueba. El Anteproyecto, al dejar con vida una docena de artículos, viene ya a reconocer el poco fundamento alegado en esa inalterada introducción.

442 La prueba, en efecto, no es una institución exclusiva del proceso; es una necesidad y una práctica constante en la vida jurídica extrajudicial; continuamente tenemos que probar nuestros derechos, y nuestras afirmaciones, a los funcionarios de la Administración, al notario a que acudimos, a la persona con la que iniciamos los tratos para concertar una operación o negocio; tenemos que acreditar nuestra identidad en controles de acceso; el previo pago a porteros y revisores, etc. La prueba jurídica constituye, pues, una institución de índole general; y es más, la prueba excede al mundo del Derecho porque, como escribió SERRA DOMÍNGUEZ, "no es una actividad puramente jurídica, sino que es una actividad humana que, como tal, es utilizada en el ámbito del derecho" ("Contribución al estudio de la prueba", en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 355). Hay, por ello, una prueba "procesal", y una prueba "material" o "sustantiva", lo que explica que todos los Códigos civiles, incluidos los del presente siglo, contengan la regulación general de la prueba; y esto es aún más necesario si se piensa con GUASP que estamos ante dos instituciones distintas, "*que hay en realidad dos clases de prueba: la prueba civil o, más ampliamente, la prueba material y la prueba procesal y que no se trata ciertamente de dos aspectos distintos de la misma institución, sino de dos instituciones radicalmente diversas a las que sólo algún detalle o detalles comunes, pero secundarios han prestado la misma denominación*" ("La prueba en el proceso civil español. Principios fundamentales", en *Estudios Jurídicos*, p. 394).

Explicada así la dualidad de regulaciones de la prueba, hay que reconocer que la ubicación de las normas concretas en el Código o en la Ley de Enjuiciamiento no siempre ha estado presidida por el acierto; se ha debido muchas veces a razones de oportunidad legislativa; pero no hay que dar a esto excesiva importancia, porque una norma será procesal o sustantiva según su verdadera naturaleza, cualquiera que sea el cuerpo legal en que se halle. Las consiguientes disparidades, con las que más de una vez nos encontraremos, tampoco han producido problemas insolubles en la práctica, en la doctrina ni en la jurisprudencia; es una de las conocidas ventajas de las leyes viejas. No hay, pues, mayor inconveniente en mantener toda, o casi toda, la normativa del Código. Incluidos los artículos iniciales, el **1.214** y el **1.215** del Código, porque también en la vida extrajudicial hay que saber a quién corresponde probar, con una mayor sencillez que la establecida para el proceso por el artículo **216** del Anteproyecto, y conocer cuáles son los medios de prueba, sin la elasticidad que la presencia e intervención del juez permite en la prueba judicial, según recoge el artículo **351**.

443

Hay razones de mucho más peso todavía para mantener en su mayor parte la regulación del Código; porque muchas de sus normas no son normas probatorias, o no son exclusivamente normas de prueba, como hemos venido concediendo para defenderlas desde la perspectiva en que el Anteproyecto las atacaba. Especialmente los documentos, que pueden ser también formas de la declaración de voluntad, con especial incidencia en la doctrina del negocio jurídico; los documentos públicos, además, constituyen uno de los instrumentos de que se vale el Ordenamiento para organizar la vida jurídica, y hacer que penetren pacíficamente en ella los preceptos del legislador; la derogación masiva de las normas sobre los documentos públicos del Código civil hubiera supuesto un verdadero cataclismo para la vida jurídica extrajudicial, como lo es todavía la propugnada derogación de la clave de todo el arco, el artículo 1.218.

II. Algunos preceptos concretos

Voy a comenzar presentando algunos artículos concretos del Anteproyecto que, aparte del mayor o menor interés que en sí tengan, nos van a demostrar, a mi manera de ver, que los trabajos prelegislativos no están todavía maduros, que el texto necesita más lecturas, más correcciones; en una palabra, que ha llegado antes de tiempo a constituirse en Anteproyecto.

El **artículo 368, 4.º** considera **documentos públicos** “*Los expedidos por funcionarios legalmente autorizados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones*”; mejora, con su “legalmente”, el texto actual (LEC, art. 596.3.º), pero convendría precisar que ha de tratarse precisamente de documentos expedidos en el ejercicio de sus funciones “fedatarias”, y no de los documentos que puedan expedir en el ejercicio de las funciones administrativas o de otro orden que en su caso tengan, que serán documentos oficiales, pero no documentos públicos.

444

El **artículo 369** del Anteproyecto, respecto al “**modo de producción de la prueba por documentos públicos**” dice: “*Los documentos públicos habrán de aportarse al proceso en original o por copia o certificación fehacientes*”. Lo que el artículo quiere decir es correcto, pero no lo dice bien, porque parece que está al arbitrio del aportante elegir entre uno y otro modo de producción. Muy al contrario, hay documentos que circulan en original, y también en original tienen que aportarse al proceso; y hay otros documentos inmovilizados en un protocolo, registro o archivo público que, por tanto, sólo pueden circular, y circulan, mediante copia o certificación fehaciente, y así hay que aportarlos al proceso; no cabe, pues, aportar a éste la matriz de una escritura, ni la copia o certificación de una póliza intervenida. El precepto, en fin, podría redactarse así: “Los documentos públicos habrán de aportarse al proceso en original o por copia o certificación fehacientes *según su respectiva forma de circu-*

lación”; porque la regulación de ésta es ajena al Derecho Procesal.

El **artículo 373.1**, por su parte, respecto de aquellos supuestos en que no sea posible verificar el cotejo o comprobación de un documento público, dispone que *“harán prueba plena en juicio, sin necesidad de comprobación o cotejo y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible”*. Dejemos para más adelante el examen de este precepto y observemos ahora solamente que no se advierte aquí el carácter supletorio que tiene este cotejo de letras, pues sólo procederá cuando *“dicho documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente”*, conforme al **artículo 402.2** del Anteproyecto.

Mucho más importantes, dada la actual globalización de las relaciones humanas de todo orden, y por tanto de las de índole jurídica, son los problemas que suscita la aportación al proceso, como medio de prueba, de **documentos extranjeros**. Y sin embargo el **artículo 374**, limitado a pesar de su rúbrica a los documentos **públicos** de aquella condición extranjera, no supone grandes perfeccionamientos frente al artículo 600 de la LEC ni tampoco, si se me apura, frente al Real Decreto originario de 17 de octubre de 1851, aquél que curiosamente se refería a los documentos notariales otorgados *“en Francia y en cualquier otro país extranjero”*, con lo que no es preciso insistir en la escasez de las relaciones transfronterizas de la época ni en el inmenso cambio producido, que hacen imposible el mantenimiento de reglas semejantes. Los defectos del precepto, en consecuencia, son inmensos:

— El artículo proyectado ni siquiera alude al cotejo o comprobación documental, o en su defecto al cotejo de letras, siendo posible, o a la impugnación por falsedad de los documentos públicos extranjeros; y no veo por qué han de ser éstos de mejor condición que los españoles, y no se les van a aplicar los artículos 371, 372 y 373 del Anteproyecto. Por-

que no creo que el número 2.2.º, al exigir “*que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España*” haya querido conceder gratuitamente a la legalización o apostilla unos efectos tan exorbitantes.

— No parece acertado el requisito que para considerarlos documentos públicos establece el **apartado 2.1.º** del precepto: “*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*”. El precepto no tiene en cuenta que con arreglo al artículo 11.1 del Código civil son también válidos en España los documentos celebrados en el extranjero “*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*”, y si fueran relativos a bienes inmuebles “*con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen*”. Tampoco se tiene en cuenta que la aplicación de la regla *locus* a que el Anteproyecto se limita, o la de cualquiera de esas otras leyes que además hemos citado, tiene una excepción expresa en el artículo 11.2 del Código: “*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 aquellos en el extranjero*”. Y si de los problemas de validez de los actos y contratos pasamos a los de su eficacia, hay que añadir la exigencia de un cierto paralelismo, una equivalencia entre las formalidades exigidas por la ley extranjera de que se trate, y las que prescribe la ley española, porque los efectos documentales tienen su fundamento en los requisitos que se han tenido que cumplir en la formación del documento.

— Leamos otra vez la fórmula empleada; 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*”:

ni Inglaterra, ni los Estados Unidos, ni los países de su sistema, conocen ese "documento que haga prueba plena en juicio", puesto que no existe en ellos la fe pública; claro es que sus documentos han de admitirse en juicio entre nosotros, pero no ya como documentos públicos, que no lo son, sino como documentos privados, que es su verdadera naturaleza, lo que debería advertirse expresamente.

El **número 3** del precepto dispone: "*Si los documentos extranjeros a que se refiere el apartado anterior incorporasen declaraciones de voluntad, surtirán éstas efecto, conforme a las leyes, si los otorgantes poseyeran capacidad para obligarse según las leyes de su país y la materia de la que versen fuese lícita y permitida por las leyes españolas*". También se desconoce nuestro actual Derecho Internacional Privado. Se desconoce el artículo 10.8 del Código que, en cuanto a la capacidad, recoge la doctrina del interés nacional. Y se desconoce, en cuanto al fondo, el artículo 10.5, sobre las obligaciones contractuales, con una pluralidad de leyes aplicables: "*la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato*"; salvo, especialmente, los contratos relativos a bienes inmuebles a los que se aplicará, a falta de sometimiento expreso, "*la ley del lugar donde estén sitos*", y las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, a las que se aplicará "*la ley del lugar en que éstos radiquen*". También se omiten los supuestos de aplicación imperativa de la ley española, especialmente el orden público y el fraude a la ley (art. 12).

En el artículo 374 no son, pues, suficientes correcciones puntuales; se precisa una redacción *ex novo*; y como es imposible recoger en sus detalles todas las normas que hemos ido citando, habrá que acudir a una fórmula muy genérica; a manera de ejemplo cabría decir: "Los documentos públi-

cos y privados extranjeros que sean válidos en España conforme a los artículos 8 al 12 del Código civil, tendrán el mismo valor probatorio que los españoles de la misma naturaleza y equivalentes requisitos, y con sujeción a las mismas normas de comprobación o cotejo, siempre que contengan la legalización o apostilla”.

Finalmente, y para citar otro caso, el artículo 378, dispone: “*Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes, se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles*”; el artículo 31 del Código de comercio, por su parte, actualmente dice que “el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales *conforme a las reglas generales del Derecho*”; mejor que remitirse a un precepto que es también de remisión, a la manera de los malos diccionarios, parece que sería conveniente dictar la norma procedente, acudir una vez más a las reglas de la sana crítica.

448

No creo, pues, que exagerara al decir que el texto debería encontrarse todavía en fase de borrador; que su elevación a anteproyecto ha sido prematura. No se vea aquí una crítica; la redacción de una ley procesal civil es tarea muy ardua, que requiere su tiempo.

III. Los medios de prueba

En el Derecho vigente —en el Derecho “todavía” vigente— coexisten dos enumeraciones legales de los medios de prueba, la de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 578, y la un poco posterior del Código civil, artículo 1.215; las diferencias entre ambas son más terminológicas que de fondo y, en todo caso, no han producido excesivas perturbaciones en la práctica. No resulta, por ello, necesaria la derogación del artículo 1.215 del Código civil que, muy al contrario y según hemos adelantado, merece ser mantenido, pues en la vida extrajudicial es preciso saber cuáles son los medios de

prueba, y determinarlos con toda precisión, porque en ella no contamos con el buen criterio del juez.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el “derecho a los medios de prueba” está comprendido en el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución; véase, por ejemplo, la STC de 1.7.1986; por tanto, no puede haber –repetimos: en el proceso, pues de tutela “judicial” se trata– *numerus clausus* de medios de prueba, lo que acertadamente pone fin a las disparidades doctrinales que al respecto se venían sosteniendo; y acaba también con las deformaciones a que de rebote se sometía el concepto de alguno de los medios de prueba comprendidos en la enumeración legal, sobre todo de los documentos, para forzar la inclusión en ellos de los nuevos medios probatorios cuando se pensaba debían admitirse, pero que no podían serlo si no encontraban acomodo en la enumeración legal. Sólo se excluyen, en el artículo 329, las pruebas impertinentes e inútiles; y también, en otros preceptos (arts. 275.5, 332.3 y 333), las ilícitamente obtenidas.

449

El artículo 351 del Anteproyecto comienza diciendo: “1. *Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:*”. Aquí tenemos otro argumento de gran fuerza contra aquella propuesta derogación del artículo 1.215; porque quedan sin enumerar los medios de prueba de que podrá hacerse uso fuera del proceso. Los medios de prueba procesales, según la nueva enumeración, son: “1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados. 4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos”. Hay un cambio respecto a la terminología de la Ley de Enjuiciamiento para el primero y el último término de la enumeración que, en cuanto a aquél (“interrogatorio de las partes”, en lugar de “confesión”), pone de manifiesto una innovación mucho más radical, la sustitución de un medio de prueba por otro de distinta naturaleza.

El Código civil, por su parte, añade un medio más de prueba, las presunciones, omitido en la Ley de Enjuicia-

miento; “*De los medios de prueba y las presunciones*”, dice ahora la rúbrica correspondiente del Anteproyecto, que dedica, en efecto, a las presunciones un párrafo separado, el último de la Sección; se trata, pues, de una modificación técnica, también acertada, puesto que no todos los medios de fijación de los hechos en el proceso son medios de prueba; en la presunción, el hecho base ha de probarse por los “otros” medios de prueba, y de él se deduce, por la Ley o por el juez, y mediante un razonamiento, el hecho a probar.

“*También se admitirán* —dice el **número 2** del artículo—, *los medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, conforme a los requisitos que se prescriben en esta Ley*”. Aparte de que la palabra es sonido, también merece el precepto crítica favorable; por su admisión, y por no incluirlos ni entre los documentos públicos ni entre los documentos privados, porque en muchos casos su naturaleza es distinta.

450

Ya no parece tan acertada la excesiva utilización por el Anteproyecto de este medio de prueba en el artículo **147**, “*las actuaciones orales se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen*”; “*la grabación se efectuará bajo la fe del Secretario, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado*”; y menos afortunado todavía es que, según el artículo precedente, el secretario continúe levantando acta de tales actuaciones orales. El Anteproyecto debería elegir entre uno y otro sistema de documentación, de difícil coexistencia; no oculto que mis preferencias están a favor del acta extendida por el secretario; volveremos sobre ello al tratar de los interrogatorios de partes y testigos.

“*Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en el apartado anterior de este artículo* —añade el **número 3**, último del precepto—, *pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso*

resulten necesarias". El precepto constitucional viene de esta manera cumplido.

Quizá haya sido prudente que el Anteproyecto no se ocupe del medio de prueba más novedoso, el informático.

Por evidentes razones de tiempo no vamos a ocuparnos del dictamen de peritos (arts. 386-402) ni del reconocimiento judicial (arts. 403-408); la regulación de ambos medios de prueba ha mejorado, aunque no estén carentes de algunos defectos. Señalemos, a manera de ejemplo, y respecto a la procedencia del dictamen de peritos, que me parece superior la fórmula del **artículo 610 LEC**, "*para conocer o apreciar algún hecho*", que la utilizada por el artículo **386.1** del Anteproyecto, "*para valorar hechos o circunstancias*", pues la pericia puede ser necesaria para "conocer" el hecho y no sólo para apreciarlo o valorarlo; y de ahí precisamente que pueda incluirse entre los medios de prueba.

Solamente estudiaremos, pues, de un lado los medios de prueba personales, interrogatorio de partes y de testigos, y de otro los medios de prueba reales, documentos públicos y documentos privados; a fin de contraponer una y otra clase de medios probatorios e intentar así poner de manifiesto el sentido de la reforma en materia de prueba.

451

IV. El interrogatorio de las partes

La confesión, como antes adelantaba, ha desaparecido; ha sido sustituida por un medio de prueba "distinto", por un medio de prueba "nuevo", que lleva, por tanto, "otro" nombre, el de "interrogatorio de las partes"; en tal sentido BONET Y NAVARRO, por ejemplo, se refería ya en 1979 al "interrogatorio de las partes" precisamente al estudiar la "distinción de la confesión con otras figuras afines" ("La prueba de confesión en juicio", pp. 94 y ss.); y no sé por qué, cuando la confesión ha sido definitivamente derrocada como *regina probationum*, el "interrogatorio de las partes" conser-

va el primer puesto en la enumeración de los medios de prueba del artículo 351 del Anteproyecto en lugar de haberla arrimado al “interrogatorio de los testigos” con el que tiene tantas similitudes, y como ya hace algún importante sector de la doctrina; así DE LA OLIVA, “Declaraciones de las partes y terceros” (II, pp. 287 y ss. del *Derecho Procesal Civil* con Miguel Angel Fernández), y también GUASP aunque en él sea el testimonio el que aproxima a la confesión (II, pp. 362 y ss. y 343 y ss.).

452

El sistema anterior, todavía vigente, era insostenible; la mezcolanza de dos instituciones diversas, con el mismo nombre pero con distintos apellidos —la confesión judicial, de la que ahora vamos a ocuparnos, y la confesión extrajudicial—; la mezcolanza también de los diversos precedentes romanos y canónicos; la doble formulación positiva, en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil; el ritualismo que ésta impone; todo ello exigía una modificación a fondo. La confesión bajo juramento decisorio, deferido o referido, se encuentra en completo desuso; la promesa por el honor había sido equiparada al juramento indecisorio ya en la Ley de 24 de noviembre de 1910, y el honor ha corrido la misma suerte que el juramento; actualmente, en virtud del artículo 16 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional, puede optarse siempre entre el juramento y la promesa de decir verdad, y ambas expresiones tienen en la práctica un simple carácter formulario.

Las divergencias doctrinales, españolas y extranjeras, sobre la naturaleza jurídica de la institución son bien notorias. Algunas normas vigentes conducen a estimar la confesión como una declaración de voluntad y hasta como un verdadero negocio jurídico, de naturaleza sustancial o procesal: en el Código civil el artículo 1.231.2, que exige al confesante “*capacidad legal*”, y el 1.234, “*La confesión sólo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho*”, sin que sea suficiente la prueba de no corresponder a la realidad; en la Ley de Enjuiciamiento, el artículo 580.2 y 3,

según los cuales las declaraciones bajo juramento decisorio “*harán prueba plena*” y las que se hagan bajo juramento indecisorio “*perjudicarán al confesante*”. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo viene haciendo tiempo considerando la confesión como un “medio de prueba”, sin valor probatorio mayor que el de los otros medios de prueba; y la doctrina, en su gran mayoría favorable, e incapaz de encontrar una justificación a una jurisprudencia de apariencia abrogatoria —ya veremos que no lo es—, se ha limitado a descalificar aquellos preceptos legales que abonan la tesis contraria.

El Anteproyecto sigue decididamente esta dirección de la jurisprudencia y de la doctrina; la confesión es para el Anteproyecto solamente un medio de prueba, tendente al averiguamiento de la verdad de los hechos controvertidos en el pleito. Pero decaída la confesión, no parece razonable, a mi juicio, que subsista la *ficta confessio* de los hechos personales de la parte, cuando ésta no compareciere, se negare a declarar o persistiere en respuestas evasivas (arts. 586, 587 y 593 LEC); claro es que el Anteproyecto no habla de “tener por confeso”, porque ya no hay confesión, sino de “considerar admitidos” los hechos en que la parte hubiera tenido intervención personal, en los casos de su incomparecencia, negativa a declarar o respuestas evasivas o inconcluyentes (arts. 355 y 358 del Anteproyecto); pero con ello se ha cambiado más el nombre que la cosa, pues se está acudiendo a otro procedimiento de “fijación formal” de los hechos, y este modo de fijación era congruente con la antigua confesión, pero no con el nuevo interrogatorio de las partes.

La práctica de esta prueba se despoja en el Anteproyecto de todo el formalismo, de todo el envaramiento con que la Ley de Enjuiciamiento Civil rodea la confesión, y que no deja de ser lógico para una verdadera “confesión”. Las preguntas ya no necesitarán ser formuladas “*en sentido afirmativo*” (“diga ser cierto que ...”), como exige el artículo 581.1 de la Ley de Enjuiciamiento frente al 353.1 del Anteproyecto, esto es, no se exige una “posición” del preguntante, ni la

respuesta va a ser una “absolución de posiciones”; son, sencillamente, una interrogación: una pregunta y una respuesta.

El artículo **588.1** de la Ley de Enjuiciamiento dispone: *“Cuando concurra al acto el litigante que haya solicitado las posiciones, ambas partes podrán hacerse recíprocamente por sí mismas, sin mediación de sus Letrados ni Procuradores, y por medio del Juez, las preguntas y observaciones que éste admita como convenientes para la averiguación de la verdad de los hechos, pero sin atravesar la palabra ni interrumpirse”*. Está abierto pues, en la Ley vigente, un cierto portillo en el formalismo, que GUASP no duda en calificar de “careo civil” (*Derecho Procesal Civil*, I, p. 356), pero que no lo es, porque las partes “sin atravesar la palabra ni interrumpirse”, no pueden dirigirse la una a la otra, sino que tienen que hacerlo siempre “por medio del Juez”, y además “por sí mismas”, “sin mediación de sus Letrados y Procuradores”. La “Corrección y actualización” redactada por los profesores de Derecho Procesal daba un paso adelante al permitir en el artículo 454.III que los abogados de cualquiera de las partes interrogaran al declarante para obtener aclaraciones y adiciones, pero no a formularle “nuevas preguntas” sobre el mismo objeto. Y el Anteproyecto, que tanto ha seguido a aquel ensayo profesoral, mantiene esta atrevida innovación y a mi parecer la desborda al admitir “nuevas preguntas” de los abogados, **artículo 357.2**: *“Con la misma finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, podrán los Abogados de cualquiera de las partes interrogar al declarante. El tribunal deberá repeler las nuevas preguntas que sean impertinentes o inútiles”*; y además el **artículo 357.3** convierte –ahora sí– en verdadero “careo civil” las preguntas y observaciones recíprocas de las partes del artículo 588 de la Ley de Enjuiciamiento, al suprimir los incisos por los que las partes tenían que actuar “por medio del Juez” y “por sí mismas, sin mediación de sus Letrados ni Procuradores” (éste último conservado en el artículo 454.IV del texto de los profesores). Estas normas convierten en un verdadero “interrogatorio” lo

que debiera ser simplemente “declaración de la parte” como la denomina ANDRÉS DE LA OLIVA (II, p. 287), y colocan a las personas inexpertas en situación de verdadera inferioridad; pueden originar, por decirlo gráficamente, una “americanización” de nuestro proceso civil.

En conexión con estas ideas hagamos, también, notar que el Anteproyecto guarda silencio sobre el acta del interrogatorio de las partes, salvo en el supuesto de interrogatorio domiciliario (art. 363). No creo que se trate de una inadvertencia, sino de un rendido homenaje al principio de oralidad. Claro es que, con arreglo a las normas generales sobre las actuaciones orales que ya hemos mencionado (arts. 146 y 147), el secretario levantará la correspondiente acta, pero lo hará por sí solo, sin la lectura y firma del declarante, y se registrará la actuación oral en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen bajo la fe y custodia del secretario; pero a mí me parece que tiene muchas más garantías el sistema actual —que conserva el Anteproyecto para los interrogatorios domiciliarios—, en que el declarante lee el acta, o se la lee el secretario, se ratifica en ella, o la añade o varía, se escribe lo que dijere, y la firma; artículo 589: *“El actuario extenderá acta de lo ocurrido, en la que insertará la declaración, la cuál podrá leer por sí mismo la parte que la haya prestado. En otro caso la leerá el actuario, preguntando el Juez a dicha parte si se ratifica en ella o tiene algo que añadir o variar, y extendiéndose a continuación lo que dijere, la firmará si supiere con el Juez y demás concurrentes, autorizándola el actuario”*.

Hagamos notar, finalmente, que el ámbito del interrogatorio de las partes se ha ampliado; podrá tener lugar respecto a los “hechos y circunstancias” que guarden relación con el objeto del juicio (arts. 352.1 y 353.1), de que el interrogado “tenga noticia” (art. 352.1), mientras que para el Código tiene que tratarse de “*hechos personales del confesante*” (art. 1.231.2), y para la Ley de Enjuiciamiento “*cuan- do alguna pregunta se refiera a hechos que no sean perso-*

nales del que haya de absolverla podrá negarse a contestarla” (art. 587.1); la coordinación de estos preceptos del Código y de la Ley de Enjuiciamiento suscita conocidos problemas, pero no cabe duda la ampliación resultante del Anteproyecto, que en su deseo de acumular cuantas más pruebas mejor, mezcla cosas tan diferentes como hechos personales y no personales, presenciados y no presenciados, perjudiciales al declarante y no perjudiciales, aunque a la hora de la verdad no se puedan equiparar. Y no se para a pensar el exceso de trabajo inútil que echa sobre el juez.

V. La confesión extrajudicial

456

La **Disposición derogatoria segunda-1.º** del Anteproyecto incluye la derogación de los **artículos 1.231 a 1.239** del Código civil que integran la Sección que éste dedica a la confesión. Nada tenemos que alegar en contra de la derogación de los **artículos 1.235 a 1.238**, que hasta en su letra se refieren exclusivamente a la confesión judicial. Pero la Sección del Código comienza con un artículo **1.231.1**, “*La confesión puede hacerse judicial o extrajudicialmente*”, y lo que no puede admitirse es que la Ley Procesal, al sustituir la confesión judicial por el interrogatorio de las partes, haya acabado, posiblemente sin proponérselo, con una institución multisecular, la confesión extrajudicial, que no puede sustituirse por interrogatorio alguno.

Resaltemos ante todo la vigencia práctica de la confesión extrajudicial, que aparte de su utilidad general, resulta imprescindible para completar el contenido dispositivo de la escritura pública. Recordemos el **artículo 1.218.2**: “También harán prueba (los documentos públicos) contra los contratantes y sus causahabientes, *en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros*”: no se trata de las declaraciones negociales, como a veces se ha pensado; las declaraciones negociales producen efectos “entre” las partes

contratantes y no “contra” el declarante, y están incluidas en el párrafo primero del precepto y no en el segundo; pero las declaraciones de voluntad tienen muchas veces que acompañarse de declaraciones de verdad (ejemplo, las declaraciones de dominio y libertad de cargas de la cosa vendida), que arrastran la consiguiente responsabilidad, y también de declaraciones confesorias (en el mismo ejemplo, la confesión del vendedor de haber recibido el precio o parte de él); y si se derogan, como el Anteproyecto pretende, el artículo **1.218.2**, por el que tales declaraciones hacen prueba contra el contratante que las hubiese hecho, y el artículo **1.232**, por el que la confesión en general hace prueba contra su autor salvo que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes o pruebe, conforme al artículo **1.234**, que al hacer la confesión incurrió en error de hecho, se habrá producido un vacío difícil de colmar, y por tanto un daño inconmensurable en el tráfico jurídico. Para poner otro ejemplo, ahora de posible unilateralidad, la confesión por uno de los cónyuges de que determinados bienes son propios de su consorte, conforme al artículo **1.324** del Código civil, quedará a la intemperie, sin posible encaje general, y lo mismo ocurrirá con las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato del artículo **1.224**. Porque aunque ninguna norma le regule, la confesión extrajudicial seguirá existiendo, lo quiera o no el Anteproyecto.

La doctrina, procesalista y civilista, venía entendiendo mayoritariamente que a la confesión extrajudicial sólo se referían los artículos primero y último de la Sección, el 1.231 y el 1.239. GONZÁLEZ PALOMINO (*Negocio jurídico y documento*, pp. 161-64) entendió, por el contrario, que los cuatro primeros artículos, 1.231 a 1.234, componían una especie de parte general, aplicable a las dos clases de confesión; a continuación venía una parte especial, con dos secciones; una sección 1.^a, de la confesión judicial, formada por los cuatro artículos, 1.235 a 1.238, con cuya derogación nos hemos mostrado conformes, y una sección 2.^a, de la confesión extraju-

dicial, con sólo el artículo final, el 1.239. Esta tripartición fue también sostenida por NÚÑEZ-LAGOS (“Contenido sustantivo de la escritura pública”, *Estudios de Derecho Notarial*, II, pp. 327-28).

458 Mi opinión avanza un poco más. No son comunes, sino que se refieren sólo a la confesión extrajudicial, aquellos artículos que responden a una concepción negocial o al menos mixta de la confesión, el 1.231.2 y el 1.234; éstos son los preceptos que chocaban con la idea de la “confesión medio de prueba” que ya prevalecía en la Ley de Enjuiciamiento, y los que ha tenido que “silenciar” la doctrina procesalista y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se debía haber tomado el camino acertado, y no considerarlos aplicables a la confesión judicial. Los otros dos artículos resultaban, por el contrario, verdaderamente comunes a las dos especies de confesión, el 1.232, “*La confesión hace prueba contra su autor. = Se exceptúa el caso de que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes*”, y el 1.233, que establece la indivisibilidad de la confesión; y digo que “resultaban” comunes a confesión judicial y a confesión extrajudicial, porque en cuanto la confesión judicial desaparezca con la aprobación del Anteproyecto, tales preceptos sólo podrán ya aplicarse a la confesión extrajudicial, por lo que podrán perfectamente subsistir.

El artículo 1.239, en fin, dice: “*La confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba*”; la opinión dominante entiende que, según este precepto, la confesión extrajudicial es un hecho de libre estimación por el juez según las reglas de la sana crítica, y GONZÁLEZ PALOMINO (*loc. cit.*), únicamente le atribuía el sentido de que al haber nacido fuera del proceso, la confesión extrajudicial sólo puede aportarse al mismo por los otros medios de prueba, conforme a las normas por las que respectivamente se rigen; pero que una vez probado el hecho de la confesión, su eficacia se rige por los artículos 1.231 a 1.234, esto es,

por la “parte general” de la confesión. La distinción entre la prueba en juicio del hecho de la confesión extrajudicial y la prueba, a través de ésta, del hecho confesado, nos parece de toda evidencia, y se ha abierto paso en la doctrina; pero quizá se exceda en esta segunda parte GONZÁLEZ PALOMINO, porque el artículo 1.239 también encarga al juzgador que examine, de acuerdo con las circunstancias de hecho —de aquí su tenor literal—, si hubo sólo una declaración de verdad o existió una verdadera confesión extrajudicial; en esencia, si el confesante quería (elemento volitivo, y por tanto dispositivo) que el hecho confesado prevaleciera aun en el caso de no ser cierto; y si la confesión se produjo con las debidas garantías.

En conclusión, pues, creo que sólo deben derogarse los artículos 1.235 a 1.238; que deben subsistir, con aplicación exclusiva a la confesión extrajudicial, única que va a permanecer, los artículos 1.231 a 1.234; y que el artículo 1.239, si se quiere con algún retoque, puede dejarse en el Código o trasplantarse a la Ley de Enjuiciamiento, porque al referirse al tratamiento procesal de la confesión extrajudicial tiene naturaleza procesal y no sustantiva.

459

VI. El interrogatorio de testigos

Voy a saltar ahora al último de los medios de prueba que regula el Anteproyecto, el interrogatorio de testigos, guardando el posible paralelismo con el otro medio de prueba personal, el interrogatorio de las partes que acabamos de examinar; y no sólo por razones de brevedad, sino porque marchan en una dirección común, como resultará de la mera exposición del Anteproyecto, sin necesidad de ponerlo especialmente de manifiesto. Vaya por delante mi reconocimiento al texto propuesto, por la mejor sistematización de la materia, y por la regulación de la figura del testigo-perito.

Pueden declarar como testigos según el artículo 409 del Anteproyecto *“las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio”*; y al responder a cada una de las preguntas, el testigo expresará *“la razón de ciencia”* de lo que diga, artículo 422.3 del Anteproyecto, coincidente con el 649 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se limitan, ni en ésta ni en el Anteproyecto, los medios por los que el testigo haya podido tener conocimiento de los hechos; no se exige que los haya visto; cabe, pues, el testigo *de auditu*, “de oídas”, que manifiesta lo que ha oído a quien los vio; y cabe también el testigo *de auditu ex auditu*, el que oyó, a aquél que había oído al que vio: estas personas en realidad no son “testigos”, y no debiera bastar con que nos digan la *“razón de ciencia”*, cómo han tenido “*noticia*” de los hechos, para encomendar acto seguido a las reglas de la sana crítica el no hacerles el menor caso; salvo supuestos excepcionales (prueba de la costumbre, del Derecho extranjero, de la notoriedad de un hecho, de hechos antiguos, etc.), no debieran ser admitidos a testificar, pues sólo valen para hacer perder el tiempo al juez. No se vea en estas afirmaciones una deformación notarial, porque el *de visis et auditis suis sensibus* se aplicó a los notarios precisamente por considerarles testigos.

Las normas sobre inhabilidad o inidoneidad de los testigos pudieran haber llevado a distinta interpretación. En la Ley de Enjuiciamiento no existe al respecto más regla que la absoleta sobre los sordomudos del artículo 658. El Código civil dispone, por el contrario, en el artículo 1.246.2 que son inhábiles para testificar por incapacidad natural *“los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído”*, y el Anteproyecto le sigue en el artículo 410, por el que no podrán ser testigos las personas *“privadas ... del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”*; pero si el “conocimiento” del testigo se degrada en “noticia” tal inhabilidad pierde su fundamento; no hay noticia de que no

queda tener conocimiento por otros sentidos. Ya lo había puesto de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA: “la incapacidad de percepción (la de los ciegos y sordos) no sólo es indiferente cuando la percepción no depende del sentido que falta (ni el ciego está incapacitado para oír ni el sordo para ver), sino –cosa que no tiene en cuenta la norma del Código– cuando el testigo posee conocimiento del hecho porque otro se lo ha comunicado (*testes de auditu*)” (*Derecho Procesal Civil*, 8.^a ed., I, p. 349); aunque a mi parecer eso no es “conocimiento”, sino mera “noticia”.

La manera de declarar los testigos está dotada en la Ley de Enjuiciamiento de una excesiva rigidez, a través de las preguntas y las repreguntas. Únicamente abre un resquicio el artículo 652.2: “*podrá el Juez, por sí mismo o a petición de las partes, pedir al testigo cuantas explicaciones crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiese sido examinado*”. En el Anteproyecto se abren por este portillo unas posibilidades semejantes a las que vimos respecto al interrogatorio de las partes. El artículo 424 lleva por rúbrica “*Intervención de las partes en el interrogatorio y ampliación de éste. Interrogatorio cruzado*”; y dispone en su número 2 que “*el tribunal exigirá al testigo las aclaraciones y adiciones que reputé conducentes para determinar los hechos y, si lo creyese necesario, le formulará nuevas preguntas*” (por tanto, no sólo podrá pedir explicaciones, sino que “exigirá” aclaraciones y “adiciones”, y “podrá” “formular nuevas preguntas”), y en su número 3 extiende buena parte de estas facultades a los abogados de las partes: “*Con la misma finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, podrán los Abogados de cualquiera de las partes interrogar al testigo*”. Y el artículo 425 del Anteproyecto lleva por rúbrica “*Careo entre testigos, y entre éstos y las partes*”, y sus dos primeros números dicen: “*1. Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, las partes podrán solicitar que el tribunal los someta a un careo.= 2. También podrán las partes solicitar que, en razón de las respectivas declaraciones,*

se celebre careo entre ellas y alguno o algunos testigos". La prueba debiera haberse mantenido en una "declaración", sin convertirse en verdadero "interrogatorio" del testigo; no hace falta repetir aquí lo que dije respecto al interrogatorio de las partes.

Veamos ahora el acta, el "modo de consignar las declaraciones testificales", **artículo 426**: "*En el acta de la audiencia para la práctica de la prueba ... se harán constar las preguntas formuladas y, a continuación de cada una de ellas, la correspondiente respuesta del testigo, así como el tenor y el resultado de los careos, si se hubiesen practicado*". Las innovaciones que el precepto trata de introducir se ven perfectamente al cotejarlo con el actuar **artículo 651 LEC**: "*El testigo podrá leer por sí mismo su declaración. Si no quisiere hacer uso de este derecho, la leerá el actuario, y el Juez preguntará al testigo si se ratifica en ella o tiene algo que añadir o variar, extendiéndose a continuación lo que hubiese manifestado. = Acto continuo la firmará el testigo, si sabe, y el actuario, y los demás intervinientes*". Se ha cumplido el principio de oralidad, pero el testigo desconoce un acta, por la que podrá ser imputado, incluso, de falso testimonio. Además deberá hacerse la correspondiente grabación, pues el artículo 147 del Anteproyecto es general para todas las actuaciones orales.

Las normas del Código civil en materia de prueba de testigos (arts. 1.244 a 1.248) están incluidas en la proyectada derogación de la Disposición Derogatoria Segunda-1.º. Nada tengo que objetar contra la derogación de los artículos **1.244** y **1.247**. Los artículos **1.245** y **1.246**, por el contrario, sobre todo éste último, creo que deben subsistir. No voy a repetir una vez más en que fuera del proceso hay que acudir con frecuencia a testigos probatorios, y se necesita alguna normativa al respecto; es imprescindible saber al menos quienes pueden ser testigos. Pero sí tengo especialmente que pronunciarme en contra de la derogación del **artículo 1.248**, cuya segunda parte podría integrarse en el **427** del An-

teproyecto: “Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado, *cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito*”. La norma ha sido repetidamente calificada de admonitoria por la Jurisprudencia, y ciertamente lo es si se atiende a su falta de sanción, sin que pueda considerársela “atenuada norma de prueba legal” como hace PRIETO CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., I, p. 691); pero en cuanto a su contenido, el artículo 1.248 formula dos reglas de sana crítica; la desconfianza hacia el testimonio unipersonal, que se remonta nada menos que al Libro de los Números (35.30) y al Deuteronomio (17.6), y la desconfianza también de la prueba de testigos en aquellos ámbitos del Ordenamiento en que la contratación se realiza de ordinario por escrito, por lo que contribuye a deslindar estos dos medios de prueba. Ambas máximas de experiencia continuarían sin duda siendo aplicadas por el juez, como reglas de sana crítica, aunque el artículo 1.248 se derogase; pero la orientación moderna es precisamente la contraria, ir convirtiendo en normas jurídicas lo que comenzaron siendo reglas de experiencia general o de un determinado arte; y en este sentido ANDRÉS DE LA OLIVA, refiriéndose en general a las normas desprovistas de sanción jurídica, pero teniendo especialmente presente este artículo 1.248, entiende que son verdaderas normas jurídicas, y que “no son eliminables por inútiles y perjudiciales, sino que, muy al contrario, existen y seguirán existiendo por ser convenientes y útiles” (*Derecho Procesal Civil*, I, p. 162).

VII. Los documentos públicos

El segundo y el tercero de los medios de prueba del artículo 351 están constituidos por los documentos públicos y por los documentos privados. La separación entre ellos es fundamental; pero esta distinción formal no debe hacernos olvidar las distinciones sustanciales, las que se refieren al contenido de los documentos porque, como dice GÓMEZ ORBANEJA, “prueba documental es únicamente la del *contenido* del documento, el probar mediante ese contenido”, ya que “en la prueba documental el documento no es el *objeto*, sino el *medio* de la prueba” (*op. cit.*, I, p. 340).

Pues bien, desde este segundo punto de vista, del contenido documental, hay que distinguir, sobre todo, de un lado los variados documentos probatorios de una realidad exterior al documento, sea previa o simultánea a su documentación, una realidad, en suma, extradocumental; y de otro lado aquellos otros documentos, los negociales o dispositivos, en que la declaración de la voluntad se hace por escrito en el documento mismo, de manera que van a probar una realidad intradocumental, que está dentro o en el documento mismo, y que no es otra que el acto o contrato, sin perjuicio de su impugnación por falsedad y de las tachas de simulación, falta de integridad o actualidad, etc., que en cada caso fueren procedentes. Estos documentos negociales, de contenido intradocumental, son precisamente los más trascendentes para la vida jurídica.

Siguiendo la tradición del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento, el **artículo 368** del Anteproyecto no contiene una definición de los documentos públicos, que queda para el restaurado artículo 1.216 del Código civil, sino una **enumeración** de los documentos públicos “*a efectos de prueba en el proceso*”, expresión que resalta el alcance puramente procesal de la norma proyectada, frente a la de “*son documentos públicos*” del borrador.

El Anteproyecto supone, desde luego, una mejora sustancial sobre el borrador, que inexplicablemente consideraba documentos públicos en su artículo 371 *“los autorizados por ... profesionales legalmente facultados para dar fe de los actos en que intervengan”* (núm. 1.º), profesionales que no existen, y *“las certificaciones que emitan las personas legalmente facultadas para ello respecto de los documentos y datos que consten en archivos de asociaciones, comunidades y otras entidades aprobadas por Autoridad pública”* (núm. 3.º), cuando tal aprobación por la autoridad no transforma en pública a la entidad misma, que continúa siendo privada, ni en públicos los documentos que produzca; con todo rigor se exige, por tanto, para que un documento sea público, que su autor sea funcionario público. A través del artículo 1.216 del Código se han recuperado los otros dos requisitos del documento público, la competencia del funcionario autorizante y el cumplimiento de las formalidades legales, deficientemente expresados en el Anteproyecto; porque ni el notario, ni el secretario judicial, ni funcionario alguno autorizado para dar fe, puede hacerlo fuera de su competencia ni verificarlo de la manera que tenga por conveniente, sino exclusivamente a través de los cauces legalmente establecidos para ello.

465

En cambio considero errónea la introducción entre los documentos públicos de un nuevo **número 3.º**: *“Los intervinidos por los Corredores de Comercio y las certificaciones expedidas por ellos con referencia al libro registro de sus operaciones, en la forma establecida por la ley”*. Estas certificaciones son, en efecto, documentos públicos; pero las pólizas intervenidas constituyen un documento complejo de póliza e intervención: la póliza es un documento privado; la intervención del corredor es un documento público, que no transforma en pública la póliza, sino que acredita, conforme al artículo 95.1.º del Código de Comercio, *“la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan y, en su caso, (de) la legitimidad de las firmas de los contratantes”*; esto es suficiente para convertir a

la póliza en título ejecutivo, y también en documento fehaciente, pero no en documento público; volveremos sobre ello al tratar de la fecha en el artículo 370 del Anteproyecto. Quizá el origen del error se encuentre en considerar que los documentos o son públicos o son privados, en términos absolutos —basta con leer el artículo 375—, sin tomar en cuenta todos esos complejos documentales, entre los que, además de las pólizas, se encuentran, por ejemplo, los documentos privados legalmente reconocidos, aquellos con firmas notarialmente legitimadas o protocolizados en una escritura o por acta notarial, y también algunos de los supuestos en virtud de los cuales los documentos privados adquieren fecha cierta respecto de terceros conforme al reprimado artículo 1.227. Estos documentos complejos tienen una eficacia superior a la de los documentos privados, que varía en cada caso, pero el documento adicionante, público, no tiene virtualidad para cambiar la naturaleza privada del documento adicionado y convertirle en público. No existe, desde luego, funcionario alguno al que esté atribuida esta exorbitante competencia; ni el notario, que necesita un nuevo otorgamiento de las partes para elevar a escritura pública un documento privado, ni el juez, que se limita a condenar a las partes a ese otorgamiento. El precepto, finalmente, debía especificar que el corredor de comercio ha de ser “colegiado”, y “competente” para su actuación, requisito de la competencia que es necesario resaltar aquí, en cuanto que la fe pública del corredor de comercio colegiado es “especial”, delimitada por el triple requisito del artículo 93.1 del Código de Comercio: “actos de comercio, comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva”.

Recordemos con GÓMEZ ORBANEJA (I, p. 340) que “no es prueba documental —aun cuando para la prueba documental se haga— la prueba de la *autenticidad* del documento” sino sólo la que el documento, ya verificado, proporciona en razón de su contenido. Pues bien, las normas sobre **cotejo o comprobación** de los documentos públicos contenidas en los

artículos 371, 372 y 373 del Anteproyecto mejoran la regulación de la LEC, pero no dejan de ofrecer aspectos criticables. Buena acogida merece el **artículo 371.4**, encaminado a cortar estrategias dilatorias o de mala fe: *“Cuando de un cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del Juez, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de veinte mil a cien mil pesetas”*. El **artículo 373.1**, por su parte, respecto de los documentos públicos no susceptibles de cotejo, dispone que *“harán prueba plena en juicio, sin necesidad de comprobación o cotejo y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible”*. El principio tiene pleno fundamento, porque se trata de documentos públicos. La posibilidad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible estaba ya en el artículo 606 de la LEC y es evidente. Pero lo que no puede compartirse es la posibilidad de la *“prueba en contrario”*, que una simple prueba en contrario baste para destruir la fe pública, aun en los casos en que se trate de una copia autorizada, con fe pública sólo derivativa; no se puede equiparar una norma de prueba legal a una presunción *iuris tantum*; la impugnación es una verdadera querella de falsedad corporal de la copia, que además de su alegación, precisa una prueba concluyente, de todo punto evidente. Además, según ya hemos hecho notar, no se advierte el carácter supletorio de este cotejo, pues sólo procederá cuando *“dicho documento no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido o por quien aparezca como fedatario interviniente”*, conforme al artículo 400.2 del Anteproyecto.

467

La **derogación del artículo 1.220 del C.c.** no resulta suficientemente justificada. Ciertamente es que la impugnación de la copia por falta de concordancia con su matriz sólo puede verificarse en juicio; en la esfera extrajudicial esa impugna-

ción es de todo punto imposible, y ni la Administración ni el registrador de la propiedad pueden admitirla ni plantearla. También es cierto que el Anteproyecto regula esa impugnación, en los términos, en general acertados, que acabamos de exponer. Pero el Anteproyecto omite, porque no es materia de su competencia, el principio general del artículo 1.220.2 del Código, “*si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera*”; y tampoco compete al Derecho Procesal la determinación de los supuestos documentales de circulación en copia, que para los instrumentos públicos resulta del artículo 1.217 del Código civil, en relación con el artículo 17.1 de la Ley del Notariado. La derogación del artículo 1.220 deja descolgado, finalmente, el artículo 1.221, precepto sobre cuya subsistencia el borrador introdujo el confusionismo, pero que en el Anteproyecto queda vigente; el artículo 1.221 viene a regular, en efecto, los casos en que la aplicación del 1.220 no resulta factible, y no puede entenderse sin éste.

Pasemos a examinar ahora el valor probatorio que, una vez cotejado o comprobado, y siendo por tanto para el proceso formalmente auténtico, tiene el documento público en virtud de su contenido, tema éste que constituye la verdadera prueba documental o mediante documentos, según decíamos, y a la que el Anteproyecto parece dedicar un solo artículo, el 370, que lleva precisamente la rúbrica de “Fuerza probatoria de los documentos públicos”. Pero además de este artículo 370, el Anteproyecto contiene una Disposición Derogatoria segunda, en cuyo número 2.º se deroga, entre otros, el artículo 1.218 del Código civil, que actualmente regula aquella fuerza probatoria, en juicio y fuera de él. Nuestro examen tiene que arrancar de la más firme crítica a la propugnada **derogación del artículo 1.218 del Código civil.**

— Señalemos, ante todo, la falta de competencia de la Ley Procesal Civil para esta derogación. Incluido en el capítulo “De la prueba de las obligaciones”, el artículo 1.218 no se refiere sólo a las obligaciones, como es obvio, ni es ex-

clusivamente, ni preponderantemente, un precepto probatorio —como a efectos dialécticos admitíamos—, sino que está originariamente encaminado a la regulación de la eficacia de la forma pública, necesaria o voluntaria según los casos, de la declaración de voluntad o de otros tipos de declaraciones, de los particulares y de los entes públicos, y por medio de esa eficacia pretende la pacífica aplicación del Derecho y la ordenación de la vida jurídica extrajudicial, especialmente a través de la creación de títulos de los que en muchos casos derivan efectos legitimadores. Podríamos decir, con razón, que es una norma de Derecho Notarial (conf. art. 1.218.1, “otorgamiento”), pero excede a su origen notarial para resultar aplicable a todos los documentos públicos, también a los judiciales, registrales o administrativos; en este sentido pertenece, pues, al Derecho documental. Podríamos decir también, con mayor razón, que es una norma de Derecho civil sobre la forma de los contratos (conf. art. 1.218.2, “contratantes”), pero sólo sería completa la calificación ateniéndonos al carácter de Derecho común que el Derecho civil conserva (conf. art. 4.º.3), porque realmente es una norma que tiene su mejor encaje en la Teoría General del Derecho. También es una norma probatoria, pero como al principio decíamos, la prueba no es pertenencia exclusiva del Derecho procesal, porque hay una prueba material o sustantiva, y en realidad la prueba se expande por todos los ámbitos del Derecho, por lo que por este camino también pertenece a su Teoría General. No se comprende, pues, que una norma concretada exclusivamente a la prueba procesal, como el artículo 370 del Anteproyecto, pueda sustituir a una norma, como la del artículo 1.218 del Código, que además de funciones probatorias distintas, tiene otras funciones sustantivas y legitimadoras, y que actúa constantemente fuera del proceso.

— Hay una difusa opinión de que los efectos que los documentos producen en la vida jurídica extrajudicial son mero reflejo, anticipación o previsión de los que producirían en el proceso, caso de plantearse; la introducción del artículo 370

en el Anteproyecto compensaría así la supresión del artículo 1.218 del Código. Esa opinión es errónea; baste pensar en que los documentos, aparte de aquellas otras funciones, tienen una superior eficacia probatoria en la vida extraprocesal que en el proceso; aunque únicamente fuera porque sólo en el proceso pueden impugnarse los documentos por falsedad, simulación, etc.

— Resulta, por el contrario, cierto que la ineficacia o la pobre eficacia probatoria de los documentos en el proceso repercutiría desfavorablemente en su eficacia extrajudicial o la anularía; y como tiene que haber, por tanto, una cierta concordancia —nunca identidad— entre eficacia judicial y extrajudicial, parece como si el Anteproyecto hubiera querido conseguir esa concordancia a la baja, devaluando la eficacia extrajudicial con la derogación del artículo 1.218, en que se apoya.

470

— Una mejor ordenación del proceso debe evitar, por el contrario, toda perturbación de la vida jurídica no contenciosa, como la derivada de la disminución de la eficacia de los documentos; porque aumentaría la litigiosidad, y con ello se frustrarían todas las ventajas pretendidas por la reforma procesal.

— Téngase en cuenta, además, que a diferencia de lo que sucede en la esfera penal, en la que el proceso constituye el centro del sistema, en la vida jurídica privada que regulan los Derechos civil y mercantil ese centro lo ocupan las personas privadas y su autonomía, y el proceso no tiene otras funciones que las de control, corrección, encauzamiento y defensa, y la de solución de conflictos. La importancia de estas funciones judiciales es inmensa, pero no puede oscurecer el carácter extrajudicial de la vida jurídica de los particulares, que desenvuelven su autonomía a través sobre todo de los documentos, lejos del puro espiritualismo que nos cuentan los libros, y que quiere remontarse al Ordenamiento de Alcalá; una reforma o una derogación de rebote de las normas que rigen los documentos pueden causar incalculables daños a la vida jurídica.

— Los documentos públicos, especialmente los notariales, llevan a cabo la ordenación de esa vida privada no sólo como medios de prueba, sino como formas constitutivas de los negocios jurídicos y a través de su eficacia “*aun contra tercero*”, que dice el artículo 1.218.1: en contra de los terceros u oponibilidad, y a favor de los terceros, o utilizabilidad. Los documentos se otorgan por las partes, y solamente obligan a ellas y a sus herederos; pero crean situaciones que afectan a los terceros; el Derecho tiene que limitar la oponibilidad de los documentos a los terceros para que éstos no queden a merced de las partes, y tiene que garantizar a los terceros de buena fe la realidad de aquellas situaciones a fin de que puedan celebrar sobre bases firmes sus propios negocios, con lo que los documentos adquieren su eficacia legitimadora.

— Pero esa especial eficacia de los documentos públicos no se extiende a la totalidad del documento, sino que se concreta al “*hecho que motiva su otorgamiento*”; para realidades distintas el Ordenamiento ha creado diversas clases de documentos públicos, con los requisitos en cada caso adecuados, y los ha encomendado a los funcionarios que considera más a propósito; y el documento, por público que sea, no va a hacer fe, por tanto, de todo su contenido, sino sólo de aquellas realidades para las que ha sido creado y que el mismo documento consigna; ni siquiera basta decir, con GUASP, que el documento prueba el “*acaecimiento básico*” que contiene (*Derecho Procesal Civil*, I, 403), porque lo que prueba es el acaecimiento “*típico*”, el que tipifica cada especie de documento público; atribuyendo algunos efectos menores, en su caso, a ciertas declaraciones complementarias. Estas ideas son fundamentales para el manejo de los documentos públicos; el Anteproyecto las desconoce, y la desaparición del artículo 1.218 puede organizar un caos documental.

— Ciertamente es que el artículo 1.218 no se produce siempre con la claridad deseada; pero es otra ventaja de las leyes

viejas: ha generado una importante doctrina, en los autores y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que va a resultar necesariamente empañada por la derogación del precepto.

— Hagamos notar que al desaparecer la norma fundamental del artículo 1.218, el articulado que el Código dedica a los documentos públicos —y a los privados—, queda sin sentido. Sabremos lo que son los documentos públicos, conforme al recuperado artículo **1.216**, pero no sabremos cuáles es su eficacia, ni por tanto para qué sirven, salvo en algunos supuestos concretos. No entenderemos el artículo **1.219**, relativo a las contraescrituras, porque si *“las escrituras hechas para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados”* precisan muy especiales requisitos para producir *“efecto contra tercero”*, ello se debe, positivamente a que el artículo 1.218 establece la oponibilidad de los documentos públicos a los terceros, y negativamente a que el artículo 1.218 reconoce una utilizabilidad por los terceros de la escritura anterior, y no les puede oponer la escritura posterior sino cumpliendo requisitos especiales. El artículo **1.224**, sobre las escrituras de reconocimiento, nos dejará perplejos, al quedar como supuesto único el que sólo tiene carácter complementario, la escritura de *“reconocimiento de un acto o contrato”*, y no aparecer por parte alguna la *“escritura de un acto o contrato”*, que es la escritura primordial, ahora recogida precisamente en el artículo 1.218. El artículo **1.225** nos dirá que *“el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública”*, pero en vano buscaremos en el Código ese valor de la escritura pública. El artículo **1.227** quedará oscurecido, al no existir una regla general sobre la eficacia respecto de terceros del documento, para restringirla a la sola eficacia de la fecha. Y el mismo artículo **1.280** queda privado de sus fundamentos, porque el Código exige en los supuestos que enumera el documento público por su eficacia respecto de terceros, que aparece repetidamente invocada en su letra.

—El sistema documental del Código civil, y en concreto el artículo 1.218, concuerda, incluso en sus expresiones literales, con el de muchos países de Europa y América con los que estamos especialmente vinculados; no es de extrañar, porque el Código de Napoleón recibió en buena medida, a través del *Tratado de las obligaciones* de POTHIER, el Derecho documental común de Europa, y ha inspirado muchos otros Códigos, entre ellos el nuestro.

La demostración es sencilla. Recordemos **nuestro artículo 1.218**: *“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”*. Traduciré al español los textos en idioma extranjero: **Francia, artículo 1.319.1**: *“El acto auténtico hace plena fe de la convención que contiene entre las partes contratantes y sus herederos y causahabientes”*. La misma norma rige en **Bélgica** y en **Luxemburgo**. **Portugal, artículo 371,1**, bajo la rúbrica de “Fuerza probatoria”: *“Los documentos auténticos hacen prueba plena de los actos que refieren como practicados por la autoridad u oficial público respectivo, así como de los actos que en ellos son aseverados con base en las percepciones de entidad documentadora; los meros juicios personales del documentador sólo valen como elementos sujetos a la libre apreciación del juzgador”*. **Italia, artículo 2.700**, rúbrica “Eficacia del acto público”: *“El acto público hace plena prueba, hasta querella de falsedad, de la proveniencia del documento del oficial público que lo ha formado, así como de las declaraciones de las partes y de los otros hechos que el oficial público asevera ocurridos en su presencia o realizados por él”*. En el mismo sentido se producen los Códigos civiles hispanoamericanos, por influencia según los casos del Código francés, de nuestro proyecto de Código civil de 1851, del Código italiano de 1865 o de nuestro artículo 1.218 del Código civil; y conservan el parentesco incluso cuando tienen una mayor originalidad, como

sucede con los Códigos argentino y chileno. **Argentina, artículo 993:** “*El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado a su presencia*”; **artículo 994:** “*Los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las condiciones, disposiciones, pagos, reconocimiento, etc., contenidos en ellos*”. **Chile, artículo 1700.1:** “*El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes*”.

474

Todas estas normas se encuentran en los Códigos civiles; nunca en la Ley Procesal. En el mundo actual, tan interdependiente, no podemos legislar al dictado ajeno, pero hay que tener siempre en cuenta lo que fuera de nuestras fronteras ocurre, procurando acercarnos, y no romper aquello que precisamente nos une.

Pero regresemos a España y al Anteproyecto. A la determinación del valor probatorio del contenido de los documentos parece estar destinado un solo precepto del Anteproyecto, el **artículo 370**, que como vimos lleva, en efecto, por rúbrica “Fuerza probatoria de los documentos públicos”: “*Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos harán prueba plena del hecho o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de las personas intervinientes en ella*”. Haremos algunos comentarios.

— El precepto, ante todo, carece de precedente en la Ley de Enjuiciamiento Civil; con evidente razón, porque si lo extraemos de su entorno y lo contemplamos como norma general y única, tiene naturaleza sustantiva y no procesal.

— Su comienzo, “*Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes*”, no figuraba en el borrador; quizá ha sido

añadido ahora en defensas de su carácter procesal, pero lo que evidentemente demuestra, al circunscribirlo así al proceso, es que la eficacia extrajudicial de los documentos públicos quedará huérfana de norma general con la proyectada derogación del artículo 1.218.

— Una vez comprobada la autenticidad formal, a la que el Anteproyecto parece dar la mayor importancia, se regula muy someramente, en este solo artículo, el valor probatorio del contenido de los documentos públicos; *“harán prueba plena del hecho o estado de cosas que documenten”*. El texto del precepto parece indicar que sólo se tiene en cuenta el documento probatorio de realidades materiales exteriores y anteriores a él; el *“estado de cosas”* es expresión adecuada para un acta de presencia y poco más. Se me dirá que el *“hecho”* puede ser un hecho de la naturaleza, un acto, o un negocio jurídico, aunque no abonen esta interpretación los textos paralelos del interrogatorio de las partes (art. 352, *“hechos y circunstancias”*) y de los testigos (art. 409, *“hechos controvertidos”*); pero si tal fuera el sentido del precepto, no puede olvidarse que aquella es una clasificación útil sólo a efectos escolásticos, que enturbia la realidad al agrupar cosas totalmente heterogéneas. Los documentos dispositivos, que incorporan declaraciones de voluntad, presentan problemas específicos (capacidad, veracidad, licitud, legalidad, etc.) que quedarían sin regulación alguna, aun en el caso de que se les lograra incluir en el artículo 370; y es verdaderamente absurdo que se contemplen los documentos negociales extranjeros en el artículo 374.3 y no se diga nada sobre los documentos negociales españoles, cuando son los que tienen la máxima importancia en el tráfico jurídico.

— Destaquemos el simplismo con que, frente a la riqueza de matices del artículo 1.218 del Código, se produce el 370 del Anteproyecto, que nos llevaría a reconocer a los documentos públicos, dentro del ámbito material que hemos señalado, un valor probatorio excesivo. No hay aquí nada paralelo al *“hecho que motiva su otorgamiento”*, ni a la efi-

cacia entre partes y “aun contra tercero”, en contra o a favor de tercero, del artículo 1.218.1; ni a la distinción entre el contenido volitivo, creativo, del documento, y las declaraciones sobre la situación jurídica precedente del artículo 1.218.2, a que también aludíamos tratando de la confesión extrajudicial. Ni a otra serie de distinciones elaboradas por la doctrina notarial, y que aparecen con frecuencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: declaraciones del notario y declaraciones de las partes; esfera de los hechos y esfera del derecho; realidad de las declaraciones y veracidad de las mismas, integridad y actualidad documental, etc.; por faltar, no hay siquiera referencia concreta al autor del documento público, que habría que incluir como una más entre las “personas intervinientes”. Este simplismo solamente podría admitirse si el artículo 370 no fuera la norma única, sino que subsistiera el artículo 1.218.

476 — El artículo 1.218 del Código dispone que los documentos públicos hacen prueba “*de la fecha de éste*”, de la fecha de su otorgamiento; mientras que el artículo 370, corrigiendo norma tan trascendental, establece que hacen prueba plena de la “*fecha en que se produce esa documentación*”; en el primer caso fecha del contrato, o en general del negocio, y en el segundo caso sólo fecha del documento. Esta innovación pone de relieve una vez más que el artículo 370 está pensando en los documentos puramente probatorios de una realidad anterior que puede tener distinta fecha; y en la misma dirección marcha la reciente modificación del Reglamento de Corredores de Comercio Colegiados (RD 1251/1997, de 24 de julio) al disponer que en los casos de inexistencia de unidad de acto “si la fecha de alguna de las firmas fuera anterior a la del documento mismo, se hará constar dicha circunstancia en el Libro-Registro del Corredor, con expresión de la fecha específica de cada otorgamiento efectuado anticipadamente” (art. 33.3); la fecha que se lleva a la intervención es sólo la de la intervención misma; lo que por otra parte confirma que, como veíamos, sólo ésta y no la póliza intervenida es documento público.

Pudiera pensarse que para los documentos negociales la norma del artículo 370 es equivocada, pues la única fecha importante es la del negocio, a la que van unidas cuestiones tan importantes como la capacidad; pero en realidad solamente es equívoca, porque en estos documentos fecha del negocio y fecha de la documentación necesariamente coinciden, al perfeccionarse simultáneamente negocio y documento.

¿Cuáles son, en **resumen**, mis conclusiones?: 1.^a) mantener en todo caso el artículo 1.218 del Código civil; 2.^a) eliminar el artículo 370 del Anteproyecto, y si se estima que cumple otras finalidades que no se me alcanzan, añadirle un inciso o un párrafo segundo sobre los documentos que incorporen declaraciones de voluntad, que podría inspirarse en lo que dispone para los documentos extranjeros el artículo 374.3; 3.^a) y si se quiere un tratamiento más profundo, habría que llevar al Anteproyecto, y luego a la Ley, el verdadero tema de fondo de la regulación procesal de los documentos públicos, que el artículo 1.198 del Proyecto de Código civil de 1851 remitía al Código de procedimientos: *“el caso de oponerse el vicio de falsedad, simulación u otro a los instrumentos”*. Las Leyes de Enjuiciamiento de 1855 y de 1881 no lo hicieron por pensar que era materia civil; el Código civil de 1888-1889 tampoco lo hizo por pensar que era materia procesal. Y así se ha incurrido en el contrasentido de que el adjetivo *“plena”* –*“prueba plena”*– fue eliminado del Código civil en la segunda edición, la de 1889, cuando en la esfera extrajudicial la prueba de los documentos públicos es plena, y viene a aparecer, por el contrario, en el artículo 370 del Anteproyecto, cuando en la esfera procesal caben querellas y tachas. La labor parece difícil, pero el camino está muy facilitado por la doctrina y por la jurisprudencia, que han tenido que ir llenando los vacíos de nuestros cuerpos legales.

VIII. Los documentos privados

El borrador derogaba todas las disposiciones del Código civil sobre los documentos privados (arts. 1.225 a 1.230), y por su parte les dedicaba solamente cuatro artículos (arts. 377 a 380). El Anteproyecto deroga un solo artículo del Código, el 1.226, manteniendo los cuatro preceptos del Borrador (ahora arts. 375 a 378), sin otra alteración que la introducida en el primero de ellos.

Este artículo 375 nos da el consabido concepto negativo de documento privado: “*Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 368*”; esto es, todos los que no son documentos públicos. La modificación respecto al borrador consiste en la supresión de lo que éste seguidamente decía: “*y los del número 1.º del mismo, que sean defectuosos por alguna falta de forma, si estuvieran firmados por los otorgantes*”. La supresión de este inciso final, consecuencia de la recuperación del artículo 1.223 del Código, es además acertada, porque la calificación como documento privado de la escritura con defecto de forma es, cuando menos, precipitada, por mucho que se haya difundido a efectos escolares; recordemos que el artículo 1.223 dice que “tendrá el concepto” de documento privado, no que sea documento privado.

“Es laguna de la LEC, e importante, —había dicho la Exposición de Motivos de los profesores—, no definir, o, mejor, describir el documento privado en confrontación con el público, que también se padece en el Código civil, siendo inexplicable, a diferencia de la extensa descripción que se hace de los documentos públicos. Pero como, por otra parte, una definición del documento privado comprensiva de todas las especies que lo integran presenta muy serias dificultades, en una ley, se acude a la fórmula de determinarlo por vía de eliminación” (II, p. 74). También MONTERO AROCA: “los documentos privados sólo pueden definirse negati-

vamente: lo son todos los que no sean públicos. A esta no definición se llega ante la imposibilidad de caracterizar positivamente la gran variedad de documentos que han de incluirse en esta clase" (*La prueba en el proceso civil*, p. 173). Para los profesores, más que "definición" es "descripción" "por vía de eliminación"; para MONTERO AROCA se trata de una "no definición"; y siendo así cabe preguntar por qué no suprimirla: aunque no pueda decirse que en sí misma considerada sea errónea, lo es en sus consecuencias, porque "se unifican las especies de documentos", como decían los profesores de Derecho Procesal (*loc. cit.*), y por tanto se tratan unitariamente realidades distintas; y sobre todo porque entre ellas quedan ocultos, en la sombra, los más importantes documentos privados de la vida jurídica, los documentos privados "negociales", que son a los que exclusivamente se refiere el artículo 1.225 del Código civil según la doctrina del Tribunal Supremo; y quedan además devaluados, porque toda equiparación tiene que hacerse necesariamente a la baja.

479

Esta equiparación de eficacia de las diversas clases de documentos privados resulta patente en el Anteproyecto en cuanto que les dedica también una sola norma, el **artículo 377**, bajo la rúbrica de "*fuerza probatoria de los documentos privados*". Establece este proyectado artículo, en su **número 1**, una regla general de que "*los documentos privados serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica*", y como excepción dispone: "*Sin embargo harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 370 —en los términos de los documentos públicos— cuando su autenticidad sea reconocida o admitida por la parte a quien perjudiquen, a petición de quien los presente*". Y el número 2 añade: "*Si son varias las personas a quienes puede perjudicar un documento privado y no es reconocido o admitido por todas ellas, el documento no hará prueba plena y se valorará conforme a las reglas de la sana crítica*".

Pero al ser único el precepto, se unifican en él, además, cosas tan distintas como la autenticidad formal y la autenti-

cidad de fondo, tratadas separadamente según hemos visto respecto de los documentos públicos. La autenticidad a que se refiere aquí el Anteproyecto es una autenticidad meramente formal, que se resuelve en una autenticidad subjetiva —que el autor del documento sea realmente quien aparece en él como autor—, más la autenticidad corporal de no haber sido objeto de manipulación. Y los medios de establecerla son dos: el reconocimiento de esa autenticidad formal del documento por la parte perjudicada, que resulta ahora un procedimiento incongruente por la eliminación de la confesión que hace el Anteproyecto; y la admisión por el perjudicado de esa autenticidad formal, procedimiento nuevo, que no se encuentra en la Ley vigente ni en el texto de los profesores, artículo 473, y que supone una aplicación un poco forzada de la idea de admisión.

480

Hay, a mi parecer, otro procedimiento de carácter subsidiario, el cotejo de letras, para que los documentos privados adquieran en el proceso autenticidad formal; según el artículo 400.1 del Anteproyecto, *“se practicará por perito el cotejo de letras cuando la autenticidad de un documento se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique”*. En el Derecho vigente, conforme a los artículos 606 y ss. LEC, el cotejo de letras es indudablemente un procedimiento para que quede *“reconocido legalmente”* (art. 1.225 C.c.) el documento privado; pero en el Anteproyecto la cuestión no es tan clara, pues al no estar recogido este supuesto en la excepción del artículo 377, parece que deberá observarse la regla general, y el documento que el perito estimó auténtico en un dictamen que el tribunal valora positivamente conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 402.2 y 399), tendría que ser valorado por el tribunal, ahora como medio de prueba, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 377.1); y esto es lógico en cuanto a la autenticidad de fondo, pero en manera alguna en cuanto a la autenticidad formal.

Uno de los grandes defectos del artículo 377 consiste precisamente en la confusión, según hemos ya señalado, entre

la comprobación de la autenticidad formal para la admisión del documento como medio de prueba, y la eficacia probatoria del contenido de ese documento privado, ya formalmente verificado. El reconocimiento y la admisión, y el cotejo de letras, se refieren a la autenticidad “formal” y nada tienen que ver con la autenticidad de fondo, con el reconocimiento o la admisión o la prueba de la veracidad de los hechos que el documento relata; el perjudicado puede reconocer o admitir aquella autenticidad formal de un documento, sobre todo si es ajeno, y estar frontalmente en desacuerdo con su contenido; y lo mismo ocurre en el supuesto de cotejo de letras.

El artículo 377 sin embargo, confiere a estos documentos privados de autenticidad formal reconocida, admitida o comprobada una fuerza probatoria en cuanto al fondo realmente exorbitante, mediante una equiparación a los documentos públicos que carece de todo fundamento, porque no hay en ellos un funcionario público encargado de velar en la medida posible por la autenticidad de su contenido, y que al menos proporciona absoluta seguridad respecto a la veracidad de sus propias declaraciones y percepciones.

Tampoco dice nada el Anteproyecto del **reconocimiento de firma** como medio de establecer la autenticidad de un documento, de especial aplicación en los documentos negociales; y de este silencio, y de la proyectada derogación del artículo 1.226 C.c., debemos pensar que el cotejo de firma se quiere suprimir, con lo que la eficacia probatoria de los documentos privados negociales recibiría un duro golpe. Las dudas se presentan sin embargo al haberse levantado la derogación del **artículo 1.225** del Código y al mantenerse por el contrario, la derogación del **artículo 1.226**; el artículo 1.225, que sólo se refiere a los documentos obligacionales, establece su valor probatorio “entre los que lo hubiesen suscrito”, con lo que da a la firma una consistencia que la hace apta para sustentar el valor de su reconocimiento; en el mismo sentido podría citarse el **artículo 1.223** del Código, también

salvado de la derogación (“*si estuviese firmada por los otorgantes*”); pero se mantiene, como decíamos, la derogación del artículo 1.226, que es el que regula la declaración de aquél a quien se oponga en juicio “*una obligación por escrito que aparezca firmada por él*”, y esta derogación parece oponerse a la subsistencia del reconocimiento de firma. Es de señalar que no se produce aquí el salto mortal desde la autenticidad formal a la de fondo, porque la firma tiene un valor declarativo de la voluntad, es la declaración escrita de la voluntad, de manera que, como dispone el artículo **1.433.1 LEC** en tema de juicio ejecutivo “*reconocida la firma, quedará preparada la ejecución, aunque se niegue la deuda*”; no se olvide, en cuanto a esto último, que el juicio ejecutivo es un proceso de cognición limitada. Sin firma no hay, pues, documento privado negocial, y por tanto el reconocimiento de la firma es el único procedimiento de conferir al documento valor probatorio respecto a su contenido. Junto con el supletorio “cotejo de letras”, convertido en el “cotejo de la firma”, o si se quiere el “cotejo de letras de la firma”.

Una corrección final, de detalle, pero no carente de interés. El artículo **376** del Anteproyecto nos dice: “*1. Los documentos privados se presentarán del modo establecido en el artículo 270 de esta ley. 2. Cuando los documentos privados formen parte de un libro, expediente o legajo, se presentará testimonio de ellos, que podrá hacerse mediante copia por cualquier medio de reproducción*”. Este número 2 podría suprimirse, pues es mucho más perfecto el número 3 de ese artículo 270 al que el precepto se remite: “*En el caso de que el original del documento privado obrase en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro ...*”; la irreversibilidad de la protocolización ha producido, en efecto, problemas, que no siempre han obtenido adecuada solución, respecto a los documentos privados originales protocolizados por acta notarial; y no solamente cuando se querían utilizar como medio de prueba, sino cuando se pretendía su elevación a documento público.

IX. Conclusión

La contraposición que hemos hecho entre las pruebas personales –interrogatorio de las partes e interrogatorio de testigos– y las pruebas reales –documentos públicos y documentos privados–, quizá permita captar mejor lo que, a mi manera de ver, constituye el sentido del Anteproyecto en materia probatoria, mientras que un examen detallado del texto propuesto posiblemente no nos hubiera dejado ver el bosque. Ese sentido general del Anteproyecto radica en nuestro tema, según creo, en el intento de instaurar el principio de oralidad en el proceso civil, en sustitución del principio de escritura.

Era ésta una insistente aspiración de muchos procesalistas –recordemos a CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, pp. 56 y 139–, a la que el Anteproyecto ha cedido. Conviene advertir que no existe mandato constitucional al respecto, pues el artículo 120.2 de la Constitución española, que ni siquiera cita la “Introducción”, solamente afirma: “*El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal*”.

En materia civil, por el contrario, la escritura se puede moderar, pero no sustituir. Y no sólo porque la escritura, con su precisión, con las continuas correcciones del texto hasta dar con la palabra adecuada, es un medio de expresión del pensamiento jurídico superior a la palabra hablada, sino sobre todo porque la mayor parte de los contratos, al menos los de mayor trascendencia, se celebran por escrito. A una contratación oral corresponde un proceso civil oral; y a una contratación escrita, un proceso civil escrito; sin perjuicio de las recíprocas concesiones que es preciso hacer al sistema contrario.

Pero en todo caso, y concretándonos a los medios de prueba, así como en el proceso penal prepondera la prueba testifical, en el proceso civil ocupan el primer puesto las pruebas documentales. Las pruebas personales, la de testigos

y la misma declaración de las partes, resultan menos adecuadas en el proceso civil. Y no sólo por los fallos de memoria o el escaso culto a la verdad que suelen aducirse, sino por el desconocimiento jurídico, que impide a los particulares ver los matices, y que les lleva incluso a confundir los mismos hechos materiales.

Estaba también la fugacidad de estas declaraciones y de las demás actuaciones orales, que hacía precisa su constancia escrita en las correspondientes actas, de manera que la oralidad que se defendía resultaba claudicante; pero el Anteproyecto ha creído que esta objeción a la oralidad venía resuelta por las técnicas modernas de grabación y reproducción del sonido y de la imagen, por lo que ordena, como vimos, la registración en el soporte adecuado de todas las actuaciones orales (art. 147); y asustado por las consecuencias económicas de una innovación que no presentará sólo dificultades económicas, llama a resolverlas, en la Disposición Adicional Tercera, al Gobierno de la Nación y los de las Comunidades Autónomas con competencia transferida.

484

La degradación de la prueba documental en el Anteproyecto podría suponer un fuerte apoyo —sin duda no buscado de propósito— a la instauración del principio de oralidad. Me refiero sobre todo a los documentos públicos o privados de contenido dispositivo o negocial, aquellos por los que se realiza el tráfico jurídico, que vienen unificados a la baja con los demás documentos de su clase respectiva, menores en sus fines, requisitos y efectos.

La regulación, en el Anteproyecto, de las pruebas personales tampoco me parece adecuada. Su admisibilidad es total, sin la menor depuración. La parte tendrá que declarar sobre hechos que ha presenciado pero que no ha realizado —declarar como parte sobre hechos de los que sólo es testigo—, e incluso sobre hechos que no ha presenciado de los que tenga noticia. El testigo tendrá también que declarar sobre lo que no ha visto. La práctica de estas pruebas personales, con el cruce de declaraciones, con los careos, es más

propia de los sistemas jurídicos angloamericanos o influidos por ellos, en que la contratación es oral, y la declaración oral tiene la cobertura del juramento; en España no se podrá oír la consabida advertencia de “está usted declarando bajo juramento”; el sistema parece en todo caso más adecuado para el procedimiento penal. ¿Se conseguirá con estos interrogatorios libres el triunfo de la verdad?; yo me temo que, como en la antigua Roma, a la larga los juristas acaben sustituidos en el foro por los retóricos, a cuya merced quedan los interrogados. Se me dirá que éstos, sean partes o testigos, están protegidos por los abogados respectivos, y por el juez que rechazará las preguntas impertinentes o inútiles, pero yo encuentro mayor protección en el tipo de acta actualmente vigente, documento tradicional que se lee al declarante, que éste puede leer por sí, que puede añadir o variar lo que se ha consignado en el acta, y firmarla; acta que difícilmente puede ser sustituida por el “vídeo”, y menos coexistir con él.

485

La presencia y constante actuación del juez resultan ineludibles en el nuevo proceso; el Anteproyecto continuamente lo señala (arts. 136.1, 347.1, 338.2), y la “Introducción” (IV) parece indicar que no estamos ante una consecuencia de la nueva regulación, sino que era precisamente esto lo que a través de ella se buscaba: “La Ley diseña los procesos *de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas*”. ¿Será prácticamente factible? Porque no se trata sólo de que el juez esté presente, sino de que, con una nueva mentalidad, lleve un papel directivo en el desarrollo de las actuaciones, de manera que tendrá que estudiarse a fondo cada asunto desde que se hayan presentado los escritos de demanda, contestación y reconvención; sin conocer perfectamente los términos de la controversia se escapará de sus manos la comparecencia o audiencia preliminar; y tendrá que ir actualizando esos conocimientos para llenar cumplidamente su misión en las ulteriores diligencias probatorias, que se admiten sin restricción alguna, ni de calidad

—recuérdense los testigos “de oídas”, o los hechos que la parte no realizó ni presenció—, ni tampoco de cantidad, porque el artículo 412 mantiene la ilimitación del número de testigos; y luego, claro, tendrá que volver a estudiar el asunto a fondo para dictar sentencia. ¿Cuánto tiempo tendrá que dedicar el juez a cada asunto, incluso a los más sencillos?; ¿cuántos jueces harán falta?; ¿el doble?, ¿el triple?; supongo que se habrán hecho estudios al respecto. ¿No debería empezarse por limitar la admisibilidad de esas pruebas que ni siquiera son pruebas “basura”, porque no son pruebas?; el artículo 24 de la Constitución, desde luego, no las ampara.

486

No se crea —y con esto termino— que estoy en contra del Anteproyecto. La Ley de 1881, a pesar de todas sus reformas “urgentes”, tiene que ser sustituida, y el haber encarado el problema merece ya nuestra felicitación. En el Anteproyecto hay muchas medidas acertadas, y sinceramente deseo que llegue a Ley. Pero, en nuestro tema, me parece que debería haberse mantenido en los términos más modestos que indica la “Introducción”; hacer “más flexible” la “excesivamente ritualizada” confesión de las partes, y la deposición de los testigos; y mantener un adecuado equilibrio entre los documentos y los medios personales de prueba, entre los principios de oralidad y de escritura. Y desde luego, no entrar como el caballo de Atila en la regulación de la vida jurídica no contenciosa, ajena a su competencia, y ocasionar con ello tal incremento de la litigiosidad que absorba todas las pretendidas ventajas de la reforma procesal.

LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LA PARTICIPACIÓN DE ESPAÑA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEO (*)

487

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO

*Profesor titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada*

*Jefe del Gabinete de Análisis de la Presidencia
del Parlamento de Andalucía*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA ADHESIÓN ESPAÑOLA. III. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. RECAPITULACIÓN. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

(*) Este trabajo forma parte de las ponencias españolas presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, 26 julio - 1 agosto de 1998.

I. Introducción

Cuando el euro se encuentra a punto de nacer y ya han transcurrido casi cincuenta años de integración europea (la Comunidad Económica del Carbón y del Acero se creó en 1951), no caben muchas dudas del gran impacto que han producido en los ordenamientos constitucionales los tratados constitutivos de la Unión Europea, calificados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como “la Carta constitucional de una Comunidad de Derecho y [el germen] de un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado en ámbitos cada vez más amplios sus derechos soberanos” (Declaración 1/1991, de 14 de diciembre sobre el Espacio Económico Europeo).

488 Por la gran relevancia de este impacto, tanta que no parece descabellado definirlo como la causa de una mutación constitucional, y porque en España abundan cada vez más los estudios sobre las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el español, no es una tarea fácil exponer con la brevedad que exige este Congreso las implicaciones constitucionales de la participación de España en la Unión Europea. Por fortuna, el acertado esquema de trabajo que nos ha enviado el ponente general, el profesor ALAN BREWER-CARÍAS, soluciona muchos problemas de método y nos permite estructurar nuestra ponencia según un sistema tan simple como eficaz: exposición, primero, de las normas constitucionales y de las disposiciones de los Tratados de Adhesión que han permitido la integración (apartados II y III), para dedicar después el grueso de la exposición a la descripción de la jurisprudencia constitucional al respecto. Es casi superfluo señalar que en esta ponencia nos hemos limitado a reflejar el *status quaestionis* de los problemas constitucionales de la integración, sin apenas margen para alguna opinión personal, quizás no siempre muy heterodoxa.

II. Los fundamentos constitucionales de la adhesión española

1. Tanto la formación de las Comunidades Europeas como sus distintas modificaciones se han hecho siempre utilizando el tratado como instrumento jurídico. Ahora bien, cuando se redactó en 1978 la Constitución española, en un ambiente de gran fervor europeísta y con la candidatura de España presentada en julio del año anterior, era ya evidente que la adhesión a la Comunidad Europea suponía una traslación de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales muy superiores a las que se pueden ver involucradas en un tratado ordinario, de tal forma que la experiencia constitucional de otros Estados aconsejaban buscarle un fundamento constitucional distinto al ordinario *ius contrahendi* estatal. Por eso, los constituyentes tuvieron la previsión de incluir lo que podríamos llamar –sin ser muy precisos– una “cláusula Europa”, o de “apertura” del ordenamiento español, el artículo 93, para establecer un “poder de integración” que permitiera la incorporación de España a la Comunidad Europea. Dice así este artículo 93:

489

“Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”.

2. El principal problema interpretativo que plantea esta cláusula de apertura consiste, precisamente, en delimitar el objeto de la cesión, muy especialmente determinar si por esta vía se puede ceder el poder constituyente derivado. O dicho en otros términos, si el artículo 93 puede emplearse para modificar el contenido de la Constitución.

En lo que podríamos denominar la vertiente inferior de los límites del poder de integración, la cuestión es determinar si bajo la expresión competencias “derivadas de la Constitución” se pueden incluir las competencias de instituciones no directamente en la Norma Suprema. La respuesta positiva parece imponerse, en cuanto el Estado puede ceder cual-

quier competencia y no únicamente aquellas que corresponden a las instituciones constitucionales y cuyas funciones se regulan en la Constitución porque cualquier competencia de un poder público, por mínimo que sea, acaba teniendo su fundamento último en la Constitución. Aunque se mantenga una visión más restrictiva de las competencias que pueden cederse, nadie ha negado que por medio del artículo 93 puedan atribuirse a un ente supranacional competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas tal y como por lo demás ha ocurrido con los Tratados europeos.

490

En la vertiente superior de los límites del artículo 93, sobre si incluye o no el poder constituyente constituido, veremos la respuesta negativa del Tribunal Constitucional (TC) al analizar más adelante su jurisprudencia. Bástenos ahora con adelantar que el TC considera que el mandato del artículo 95 (“La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”) es plenamente aplicable a los tratados sobre los que se ejerza el poder de integración del artículo 93 de la Ley de leyes, porque éste es únicamente un precepto “orgánico-procedimental” que permite una cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Norma fundamental, pero no una reforma de la propia Constitución. Evidentemente, añadimos por nuestra cuenta, una cesión masiva de competencias –o de competencias que terminen afectando a lo que en Francia se denomina las “condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía”– puede suponer una auténtica reforma encubierta, una mutación de la Constitución, pero este es un problema que el TC no ha tenido ocasión de abordar.

3. El artículo 93 no exige ningún requisito material para la atribución de competencias a una institución supranacional, ausencia que ha recibido críticas de la doctrina, que ha intentado fijar algunos límites que serían infranqueables para el legislador orgánico en el uso del poder de integración (la

soberanía nacional, el Estado de Derecho, la forma de Estado, etc.). Sin duda, el constituyente no estuvo muy afortunado al inspirarse para redactar este artículo 93 en el lacónico artículo 23 de la Ley fundamental de Bonn, cuando tenía a su alcance otras Constituciones en las que se autorizan limitaciones a la soberanía estatal en la medida en que sean necesarias para “la organización y defensa de la paz” (Preámbulo de la francesa), “crear una organización que asegure la paz y la justicia entre las naciones” (art. 11 de la italiana), “con el fin de promover la cooperación y el orden jurídico internacionales” (art. 20.1 de la danesa), etc., pero ya hemos visto cómo el TC lejos de deducir de ese silencio una autorización para la ratificación de cualquier tipo de Tratados, ha considerado plenamente aplicable al poder de integración del artículo 93 la interdicción de celebrar tratados contrarios a la Constitución que establece el artículo 95.

Tampoco sigue el artículo 93 de nuestra Constitución otras cláusulas de apertura de otras Constituciones (así el art. 11 de la italiana, el 20 de la danesa, etc.) en las que la cesión de competencias a las instituciones supranacionales se hace a “condición” o a “reserva de reciprocidad”. Este requisito sí estaba en el artículo 86 del proyecto constitucional que aprobó el Congreso; pero, con buen criterio, fue suprimido en el Senado porque la naturaleza de la Comunidad Europea hubiera originado que fuera interpretado de tal forma que acabaría convirtiéndose en algo superfluo. En efecto, con la incorporación a la Comunidad los Estados adquieren unos compromisos singulares que no responden, exactamente, al requisito de la paridad, al menos entendido en su sentido tradicional. Así, los Estados miembros no tienen el mismo número de representantes en los órganos comunitarios (Parlamento, Comisión, Comité Económico y Social); ni siquiera en el órgano esencial de la Comunidad, el Consejo, se da esa paridad, ya que aunque los Estados tienen idéntica representación, las cuestiones que no exigen unanimidad se acuerdan con voto ponderado. Además, tampoco la condición

de reciprocidad tiene en el Derecho comunitario el tradicional efecto de justificar la falta de aplicación de una norma internacional en un Estado porque previamente otro tampoco lo haya hecho, como ha sentenciado enérgicamente el TJCE (sentencia Defrenne, de 8 de abril de 1976). Por otra parte, el Tratado de Maastricht, con Protocolos especiales para Dinamarca y el Reino Unido, y el de Amsterdam, admitiendo que algunos Estados puedan formar una “cooperación más estrecha”, han hecho todavía más superfluo el requisito de la reciprocidad.

4. Si las Cortes constituyentes acertaron suprimiendo del texto definitivo de la Constitución la referencia al “régimen de paridad”, otra cosa sucede con el requisito formal que establecieron para la cesión de competencias a un ente internacional: la aprobación de una ley orgánica; lo que implica, según ordena el artículo 81.2 de la Constitución, una votación final en el Congreso sobre el texto completo, que necesita el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, bastando la simple de los senadores. Requisito muy lejano de los tres quintos de la Cámara única griega, exigidos por el artículo 28.2 de su Constitución, los cinco sextos del Folketing que establece el artículo 20.2 de la danesa o los dos tercios de los votos emitidos en ambas Cámaras de los artículos 91.3 y 92 de la holandesa. Como el artículo 93 puede tener unos efectos muy similares a los de la reforma constitucional, hubiera sido mucho más coherente que se exigiera una mayoría similar a los tres quintos de cada Cámara requeridos por el artículo 167 de la Constitución para la reforma ordinaria, como con buena lógica proponía el Borrador constitucional filtrado por *Cuadernos para el Diálogo* en noviembre de 1977, pero no ya el Anteproyecto oficial redactado por la Ponencia Constitucional. Conclusión que se refuerza porque, tal y como está redactado el artículo y por mucho que su *telos* fuera la incorporación de España a la Comunidad Europea, lo cierto es que no se agota con ella,

no siendo descartable que pueda usarse en el futuro para ingresar en organizaciones internacionales sobre las que no exista el consenso general que existía para la integración en la Comunidad Europea.

5. Además de por la ausencia de cláusulas materiales expresas y por la escasa mayoría exigida para la integración, la Constitución española se distingue de otras Constituciones europeas por una tercera característica: no se refiere como la francesa (Preámbulo), la italiana (art. 11) y la griega (28) a “limitaciones de la soberanía” sino, simplemente, a la “atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. Pero la incorporación a la Comunidad Europea supone una restricción clara de la soberanía nacional, como es doctrina constante del TJCE desde su sentencia *Costa/ENEL* de 15 de julio de 1964 y han terminado por reconocer, no sin dificultades, las distintas jurisprudencias nacionales. Evidentemente, esa limitación de la soberanía se ha producido porque previamente así lo ha aceptado cada Estado al celebrar los tratados; tampoco se puede desconocer que, materialmente, la participación en la toma de decisiones de la Comunidad permite a los Estados ejercer ciertas responsabilidades que, en un mundo interdependiente, se habrían convertido en puramente formales para cada uno de ellos en solitario, y así lo suele señalar toda la doctrina europeísta. Por eso, la Constitución española ha sido excesivamente parca y un tanto imprecisa a la hora de prever los efectos de la integración en la Comunidad Europea, muy superiores a los de una cesión del ejercicio de unas competencias sobre las que se mantiene la titularidad.

6. Siguiendo a la Constitución belga, el artículo 93 de la española emplea el término “atribución” del ejercicio de competencias; de tal forma que podría repetirse, como han hecho algunos autores, lo que JEAN-VICTOR LOUIS ha dicho para el texto belga: con esa palabra se evita la polémica

sobre la naturaleza “originaria” o “derivada” del ordenamiento jurídico comunitario, además tiene la ventaja de ser una expresión más precisa que “transferencia” –utilizada por la primera jurisprudencia del TJCE, y luego abandonada– porque no evoca la idea de delegación, además de que las competencias comunitarias no son necesariamente la copia exacta de las competencias nacionales.

Quizás, como el Consejo de Estado ha señalado, “atribución” sea una expresión más precisa que transferencia ya que ésta “sería insuficiente para fundar el orden comunitario (*nemo plus iuris ad aliam transferre potest quam ipse habet*) y comportaría una subordinación de las normas comunitarias a las nacionales (*res transit come onere suo*)”. Dejando al margen que el TC ha empleado en alguna ocasión “transferencia” para referirse a la operación jurídica realizada por medio del artículo 93, lo cierto es que no terminamos de compartir este punto de vista. En primer lugar, porque la redacción completa del artículo 93 sí que evoca cierta idea de delegación, en el sentido de libre capacidad de disposición del Estado español: al referirse a la “atribución del *ejercicio* de competencias” está indicando indirectamente la reserva de la titularidad estatal, lo que sugiere una capacidad estatal para revocar el ejercicio de unas competencias porque la soberanía habría quedado incólume. Refuerza esta idea el siguiente inciso del artículo 93 en el que se hace una referencia a la “cesión” (1), por lo cual en puridad habría que hablar, más que de una “atribución”, de una “atribución-cesión”. En segundo lugar, no creemos que las competencias específicas de la Comunidad Europea dependan de las expresiones empleadas por las Constituciones de sus Estados miembros, porque eso implicaría, en buena lógica, admitir que las competencias de las instituciones europeas (y por consiguiente la

(1) “Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.”

validez de las normas que elaboran) no dependen tanto de lo establecido en los Tratados, como de lo previsto en cada una de esas Constituciones, conclusión que es contraria a toda la configuración del ordenamiento europeo como un ordenamiento autónomo, con la misma aplicabilidad en todos los Estados miembros.

III. La recepción del Derecho europeo en el ordenamiento nacional

1. El ordenamiento jurídico comunitario europeo es un conjunto de normas en cuyo vértice están los Tratados constitutivos (los fundacionales y sus modificadores) y en la base, las normas emanadas de los órganos comunitarios. Se conocen, respectivamente, como el Derecho originario y el Derecho derivado de la Comunidad. Pues bien, el artículo 2 del Acta de Adhesión de España y Portugal establece que los dos Derechos obligarán y serán aplicables en ambos Estados desde el mismo momento de la adhesión, si bien el artículo 9 permite que se excepcione su aplicación según lo regulado en la propia Acta. Disposición comprensible para que las respectivas economías no sufrieran una dislocación repentina por la integración.

2. Para que el Derecho originario comunitario pueda ser válido en España, el artículo 93 de la Constitución exige la aprobación de una ley orgánica que autorice la firma del correspondiente Tratado. Así, la Ley Orgánica 10/1985 cumplió con este requisito para el Tratado de Adhesión, lo mismo que la Ley Orgánica 4/1986 autorizó la ratificación del Acta Única Europea y la Ley Orgánica 10/1992 autorizó la ratificación del Tratado de la Unión Europea. Lo mismo fue necesario hacer para autorizar la ratificación del Tratado de Adhesión de Austria, Finlandia y Noruega (Ley Orgánica 20/1994). Las cuatro leyes carecen de un contenido material,

son leyes formales cuyo único objeto es autorizar la ratificación de un tratado.

El artículo 96 de la Constitución exige que los tratados se publiquen en España para poder formar parte del ordenamiento interno. Por eso, los textos íntegros de las 13 normas que componen el Derecho originario europeo se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE), de 1 de enero de 1986. Otro tanto sucedió con el Acta Única, publicada en el BOE de 3 de julio de 1987 y con el Tratado de la Unión Europea, publicado en el BOE de 13 de enero de 1994.

3. El Derecho derivado elaborado previamente a la incorporación de España no se ha publicado en el *BOE*, porque ello hubiera supuesto una violación del Derecho comunitario que tiene como uno de sus principios de validez el de la publicación exclusiva en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (*DOCE*), según es jurisprudencia constante del TJCE. Evidentemente, por la misma razón tampoco se ha publicado en el BOE ninguna norma del Derecho derivado producida después del 1 de enero de 1986. Ahora bien, como esta validez del Derecho derivado por su única publicación en el *DOCE* no está recogida en la Constitución española, que no ha seguido los pasos de las Constituciones irlandesa (art. 29-4.º) ni portuguesa (art. 8) y sí los de las Constituciones más antiguas que, lógicamente, nada disponían al respecto, en el momento de la adhesión se planteó el problema de si sería necesario publicar el Derecho derivado en el BOE, tal y como exige el artículo 96 de la Constitución para la recepción de los Tratados en España. Tras algunas dudas sobre si la Ley Orgánica de autorización debía establecer algo al respecto, se descartó cualquier disposición legislativa en este sentido. Doctrinalmente se ha justificado la validez del Derecho derivado (que, evidentemente, no se compone de normas internacionales clásicas) mediante el expediente de considerar que el artículo 93 de la Constitución tiene el carácter de *lex specialis* en relación con el 96

y, como tal, deja inaplicada la *lex general*, ya que una de las competencias que se ceden a las instituciones comunitarias es la publicación de sus normas.

4. El artículo 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión declaraba aplicable en España el Derecho derivado desde el momento de la adhesión, pero para la efectiva realización de ese mandato era necesario adaptar el Derecho interno; lo que nos lleva a la cuestión de la aplicación del Derecho europeo, que se ha resuelto según el principio de mantenimiento de las competencias internas en la fase *descendente* del Derecho comunitario, vital para la subsistencia de un Estado compuesto, aceptado –tras algunas reticencias del Gobierno central– por todos los poderes públicos y adoptado por el TC cuando se le ha presentado la ocasión (así por ejemplo, en su STC 252/1988, de 20 de diciembre, caso *Comercio de carnes*), en línea con el principio de autonomía institucional del TJCE. Igualmente, el TC ha señalado en reiteradas ocasiones la necesidad de aplicar en estos supuestos una “colaboración leal” entre el Estado y las Comunidades Autónomas, práctica que estos poderes públicos parecen cada vez más dispuestos a seguir, tras unos inicios de gran conflictividad jurisdiccional, para afrontar conjuntamente el desenvolvimiento de España dentro de la Unión Europea. Así se estableció expresamente el principio de cooperación en los Acuerdos Autonómicos del 28 de febrero de 1992 entre el Gobierno y el Partido Popular. Hasta la fecha, cuando todavía el modelo sigue evolucionando, espoleado por unas Comunidades Autónomas que han visto cómo la Unión tiene un efecto centrípeto, su institucionalización más importante ha sido la Ley 2/1997, de 13 de marzo, de regulación de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas.

En el ámbito de las relaciones entre los poderes estatales, el problema para la aplicación del Derecho europeo que se planteó inmediatamente después de la entrada en vigor del

Tratado de Adhesión fue la lentitud de los procedimientos legislativos de las Cortes Generales, lo que suponía la imposibilidad de adaptar las leyes que debían ser modificadas en los plazos previstos en el Tratado. Para solucionarlo, se aprobó la Ley 47/1985, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas. La delegación legislativa se regula bastante estrictamente en el artículo 82 de la Constitución, donde se exige que se realice de forma expresa para materia concreta y por un plazo determinado; además, la ley de delegación deberá “delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio”. La Ley 47/1985, cumplió estos requisitos constitucionales de la siguiente forma:

a) La ley incorpora un anexo con las leyes que deben modificarse.

498 b) El plazo de la delegación se fijó en seis meses a partir de la entrada en vigor de la ley.

c) El objeto y el alcance de la delegación así como los principios que ha de seguir el Gobierno se determinan remitiendo a las normas comunitarias que deben aplicarse.

d) Empleando la posibilidad del artículo 84.5 de la Constitución, la ley estableció dos fórmulas adicionales de control a la general del control de los tribunales: todos los proyectos de decretos legislativos deberían ser dictaminados por el Consejo de Estado y creó una Comisión Mixta del Congreso de los Diputados y del Senado para conocer de esos Decretos legislativos (Comisión que se ha mantenido hasta la actualidad: Ley 8/1994, de 19 de mayo por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea).

5. El acervo comunitario tiene otros componentes distintos a las normas emanadas de los órganos comunitarios con unos efectos jurídicos diferentes, previstos en los artículos 3 y 4 del Acta de Adhesión:

A. Las declaraciones, resoluciones u otros acuerdos similares del Consejo que no son, estrictamente, normas jurídicas (“actos atípicos”), así como las adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros vinculan desde el momento de la adhesión. Por eso, el artículo 3 determina que los Estados español y portugués “respetarán los principios y orientaciones que se desprenden de ellas y adoptarán las medidas que puedan resultar necesarias para asegurar su aplicación”. Ejemplo de estos actos son las Declaraciones sobre el respeto de los derechos fundamentales en la Comunidad, de 5 de abril de 1977, y sobre la Unión Europea, de 19 de junio de 1983.

B. Para desarrollar los tratados constitutivos de la Comunidad, los Estados miembros han firmado una serie de acuerdos relativos al funcionamiento de la Comunidad y para la “consecución de los objetivos de la Comunidad”, como son los Convenios de Bruselas de 29 de febrero y 29 de septiembre de 1968 sobre reconocimiento mutuo de sociedades y de ejecución de sentencias en materia civil y comercial. Estos acuerdos tienen la naturaleza de un acto internacional; por eso, no vinculan a España desde su incorporación a la Comunidad, sino que se adquiere un compromiso de adhesión y de “entablar, a tal fin, negociaciones con los Estados miembros actuales para efectuar en aquéllos las adaptaciones necesarias” (art. 3.2 del Acta de Adhesión).

C. También forman parte del acervo comunitario los convenios y acuerdos que la Comunidad Europea, como un sujeto del Derecho internacional que es, ha firmado con Estados terceros, bien ella sola, bien conjuntamente con sus Estados miembros (acuerdos mixtos). Para la aplicación a España de este tipo de normas es necesario tener presente la opinión de los Estados terceros, porque según el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, éstos sólo son exigibles entre las partes; por eso, España y Portu-

gal se “comprometen a adherirse” a los convenios mixtos. Diferente es la posición frente a los convenios celebrados únicamente por la Comunidad: partiendo de la regla de la igualdad de derechos y obligaciones entre todos los Estados miembros, vinculan, en principio, a España y Portugal. Por eso, la misma Acta de Adhesión recoge una serie de disposiciones (arts. 177 a 183) regulando las modalidades de su aplicación, como si se tratara del Derecho derivado general.

IV. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1. Mientras que en un buen número de Estados europeos el Tratado de la Unión originó cambios relevantes en sus Constituciones, incluso la participación activa de los ciudadanos, mediante referéndum, para ratificar el Tratado (así en Dinamarca, Francia e Irlanda), en España el debate constitucional promovido por los partidos políticos se limitó a una cuestión relativamente menor del Tratado: determinar si el artículo 93, la *cláusula Europa*, era suficiente para salvar la antinomia entre las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía europea (que establecen el sufragio pasivo de los europeos en las elecciones municipales) y el artículo 13.2 de la Constitución (que sólo permite el sufragio activo de los extranjeros). Así las cosas, el Gobierno –haciendo uso de la autorización del artículo 95.2 CE– consultó al TC únicamente este problema, aunque se preocupó de darle su opinión contraria, avalada por dos Dictámenes del Consejo de Estado (850/1991, de 20 de julio y 421/1992, de 9 de abril) y añadiéndole algún argumento tan peregrino como que al no definir la *Norma fundamental* quiénes son españoles, la ley electoral podría determinar que los ciudadanos de la Unión serían españoles a los solos efectos de participar en las elecciones locales. El TC en su Declaración de 1 de julio de 1992, adoptada por la unanimidad de sus doce miembros, determinó, tras constatar la antinomia entre el artículo 8

b) apartado 1 del TCEE y el artículo 13 de la Constitución y rechazar otras relacionadas con los artículos 1.2 y 23 de la Constitución, que el artículo 93 no era suficiente para salvarla ya que ese artículo permite cesiones para “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, pero en este caso “no se cede o transfiere competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el artículo 13.2, no podría atribuírseles”. Ello excede el ámbito de actuación del artículo 93 que, si bien permite una modulación del ámbito de aplicación de las reglas constitucionales sobre las atribuciones de los poderes públicos españoles, “no puede ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través de tratado, de los imperativos constitucionales”.

501

A petición del Gobierno, el TC determinó en su Declaración que el procedimiento que debía seguirse para reformar el artículo 13.2 de la Constitución y adecuar su contenido al Tratado de Maastricht, era el procedimiento ordinario del artículo 167 (que no necesita referéndum de los ciudadanos). Así hicieron de común acuerdo los grupos parlamentarios, realizando la primera y única reforma de la Constitución hasta la fecha, que se aprobó velozmente por las Cortes Generales por el procedimiento de lectura única y por el sencillo expediente de añadir “y pasivo” al artículo 13.2, de tal forma que los extranjeros podrán gozar, a condición de reciprocidad, del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales españolas. No deja de tener razón la doctrina que ha señalado que hubiera sido mucho más satisfactorio desde un punto de vista democrático una expresa constitucionalización del Tratado de Maastricht, tal y como han hecho otras Constituciones, evitándose así además una instrumentalización de la *Lex legum* que supone su degradación.

2. El uso del artículo 93 para la incorporación de España a la Comunidad “no significa que se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por la disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado artículo 93 de la Constitución [...] la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria” (STC 28/1991, de 14 de febrero, caso *elecciones al Parlamento Europeo*, FJ 5). Esta afirmación, criticada por algunos autores en cuanto califica indirectamente al Derecho comunitario de “infraconstitucional”, no supone la más mínima negación del efecto directo y la primacía de éste, como se encarga de señalar el mismo TC, con cita expresa de las sentencias Costa/ENEL y Simmenthal. La doctrina del TC se limita a considerar que ni las normas comunitarias son un canon de constitucionalidad de las internas ni es función suya controlar la conformidad de la legislación interna con la europea porque “ni la Constitución ni ninguna ley orgánica ha atribuido a este Tribunal competencia para conocer de la adecuación del ordenamiento interno al comunitario, por lo que dicha competencia debe entenderse comprendida dentro de la genérica y privativa del Poder Judicial” (STC 213/1994, de 14 de julio, *Ayudas para la mejora de las estructuras agrarias del País Vasco y Cantabria*, FJ 3).

El Tribunal Supremo se aparta claramente de esta jurisprudencia en una sentencia afirmando que “Las normas anteriores que se opongan al Derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia –artículos 93 y 96,1 de la CE– pero no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) para

dejar inaplicada la norma estatal [...]” (STS 3.^a-2.^a de 24 de abril de 1990, Ar. 2747). Pero esta discrepancia nos parece meramente ocasional, realizada con carácter de *obiter dictum*, y no se ha vuelto a producir; por el contrario, abundan las sentencias del Supremo en que se declara el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario sin referencias a esta “inconstitucionalidad por incompetencia” y sí a la jurisprudencia del TJCE. Así, por ejemplo, en su STS (3.^a-8.^a) de 17 de abril de 1990 (Ar. 3323): “a partir de la adhesión española, las normas comunitarias tienen en España, como Estado miembro, efecto directo, esto es, plenitud de efectos, lo que comporta según las SS. del TJCE de 5 de febrero de 1983 (Caso Van Gend-Loos) y de 9 de marzo de 1978 (Caso Simmenthal), de un lado, que las normas comunitarias no necesitan ser transpuestas o traducidas a normas de Derecho interno, sino que son directamente aplicables desde su promulgación y, de otro lado, que son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes conciernen sean Estados o particulares, quienes pueden invocarlas ante los organismos jurisdiccionales; que tienen obligación de aplicarlas directamente, a lo que se une su primacía sobre las normas de Derecho interno, tanto anteriores como posteriores a la adhesión” (FJ 4; también STS de 29-10-1991, Ar. 8541; 21-9-1992, Ar. 7056; 7-3-1994, Ar. 2421, etc.).

503

3. En sentido contrario, pero aplicando la misma lógica jurídica, el TC ha negado que se pueda presentar un recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad Europea porque “la adhesión de España a las Comunidades Europeas no puede relativizar o alterar las previsiones de los artículos 53.2 y 161.1.b) de la Constitución. Es por ello evidente que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad” (STC 64/1991, de 22 de marzo, caso APESCO, FJ 4). Sin embargo, eso no supone que cuando un poder público español aplica el Derecho europeo desaparezca cual-

quier posibilidad de interponer un recurso de amparo alegando que en ese supuesto no actúa como poder público español sino como una suerte de *dédoublement fonctionnel*, como órgano del ordenamiento comunitario, tal tesis –defendida por el abogado del Estado– fue rechazada expresamente tanto por la precitada STC 64/1991, como por la 130/1995, de 11 de septiembre, caso *marinero marroquí*. En la primera, razonará el TC su negativa basándose en que “la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución)”. En la segunda, el TC explica el papel de la norma europea aplicada por un poder público español en el recurso de amparo, que no es otro que el mismo que el que le corresponde a la norma estatal: “el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la Competencia de la Comunidad” (FJ 4).

Es interesante señalar que, sin variar esa doctrina sobre el papel del Derecho europeo en los recursos de amparo, la misma Sala Segunda del TC no llega al mismo resultado en la STC 45/1996, de 25 de marzo, caso *documentos en alemán*: si en la STC 130/1995 el TC revisa la selección de normas hechas por los tribunales para comprobar si se ha producido un vicio tal (elección arbitraria, error patente, alteración del sistema de fuentes y daño para otro derecho fundamental) que suponga la violación de la tutela judicial

efectiva (lo que declara que efectivamente ha sucedido en cuanto a no aplicársele al marinero el Tratado de la CEE con Marruecos se viola el principio de igualdad), en la STC 45/1996, se niega a analizar si la falta de toma en consideración de unos documentos redactados en alemán presentados ante un juez de lo laboral y la subsiguiente selección del artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que exige su traducción, en perjuicio del Reglamento CEE sobre trabajadores desplazados, que le da validez sin este requisito, han supuesto una violación de la tutela judicial efectiva porque “la resolución que se impugna no hizo otra cosa, en observancia de la facultad que le corresponde en exclusiva, que interpretar esta norma [el Reglamento CEE] junto a la del artículo 601 LEC llegando a la conclusión de que la traducción no debe acordarse en todo caso de oficio sino a petición de parte como resulta del citado precepto de la LEC, interpretación que en relación con el artículo 24.2, a cuyo alcance debemos atender, no puede reputarse irrazonable ni arbitraria, y por lo tanto no es revisable por nosotros”. Razonamiento este que no fue aceptado por el voto particular y que, personalmente, no compartimos porque es completamente irrazonable admitir una prueba y luego no considerarla válida para resolver el litigio aduciendo que el Reglamento CEE rige el momento de la presentación de la prueba (por lo que el Tribunal admite los documentos en alemán) y la LEC regula el momento de dictar sentencia (por lo que no se puede tomar en cuenta, ya que no están redactados en español).

505

4. Otro aspecto de relevancia constitucional es el hecho de si una eventual infracción del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea podría suponer una vulneración del artículo 24 de la Constitución española, es decir, si se podría considerar que la negativa a presentar una cuestión prejudicial de un tribunal que deba conocer en última instancia un asunto supone una infracción del de-

recho a la tutela judicial efectiva. Hasta el momento, el TC ha dado una respuesta negativa a los casos que se le han presentado porque “Sin perjuicio de que el artículo 177 del TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario europeo y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, FJ 4, y 64/1991, FJ 4), ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE cuando el juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 67/43/CEE ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio. A semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, FJ 1; 133/1987, FJ 1; 119/1991, FJ 2, y 151/1991, FJ 2), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo” (STC 111/1993, de 25 de marzo, caso *Agentes de la propiedad inmobiliaria*, FJ 2).

Esta jurisprudencia, repetida en un buen número de sentencias sobre condena por usurpación de funciones del artículo 321.1 del Código Penal (así STC 131 a 140/1993, de 9 de abril, 200/1993, de 14 de junio, etc.), ha sido criticada por algunos autores que han considerado que producía una indefensión de los particulares ante el incumplimiento del Derecho comunitario. No terminamos de compartir esta crítica más allá de lo referido a las erratas del TC al citar la jurisprudencia del TJCE, no ya por el hecho de que en todas esas sentencias se estiman los recursos de amparo por violación del principio de legalidad penal, sino porque lo que hace el TC al analizar la cuestión de inconstitucionalidad es mantener su doctrina sobre el derecho a una resolución fundada en Derecho: como se deduce *a contrario sensu* del párrafo que hemos transcrito de la STC 111/1993, el TC podría admitir que la negativa a presentar la cuestión

viola la tutela judicial cuando se trate de una negativa irrazonable. También nos parece correcta la opinión de la STC 180/1993, caso *FOGASA*, en la que el TC niega que suponga una infracción de la tutela judicial efectiva la actitud de un tribunal de no presentar una cuestión prejudicial cuando ni tiene duda sobre la aplicación de una norma europea ni las partes se lo han pedido, si bien la negativa del tribunal *ad quo* de aplicar una directiva sin ningún tipo de razonamiento parece causa más que suficiente (como consideró el fiscal y el voto particular de dos magistrados, que aceptan expresamente la doctrina sobre la cuestión prejudicial) para otorgar el amparo por falta de motivación de la resolución judicial.

Así las cosas, no es descartable que en algunos supuestos excepcionales (lo mismo que excepcionalmente el TC estima que una selección errónea de normas puede violar el artículo 24 CE, según vimos más arriba) la falta de presentación de una cuestión prejudicial pueda dar lugar a una violación de la tutela judicial. Por ejemplo, si un juez no tuviese duda sobre la invalidez de una norma europea y la inaplicase él mismo, en lugar de presentar la cuestión, en violación flagrante del artículo 177 CEE; en un supuesto así cabe imaginar que el TC trasladaría su doctrina sobre la violación del artículo 24 cuando un juez no aplica una ley posconstitucional por entenderla incompatible con la Norma fundamental y no plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

Otro aspecto relacionado con el artículo 177 CEE es si el mismo TC puede presentar la cuestión prejudicial ante el TJCE. Hasta la fecha, ningún Tribunal Constitucional ha presentado una cuestión, pero no parece que haya ningún impedimento jurídico para ello, como se desprende sin dificultad de la jurisprudencia del TJCE; si bien, el hecho de que el TC no tenga entre sus funciones aplicar la legislación ordinaria (incluida la europea), que corresponde al poder judicial, hace muy difícil su concreción práctica. Así, en la ya citada STC 28/1991, de 14 de febrero, el TC rechaza expre-

samente la petición del Parlamento Vasco de presentar una cuestión prejudicial para saber si el artículo 5 del Acta Electoral Europea imponía la compatibilidad entre la condición de diputado del Parlamento Europeo y de los Parlamentos autonómicos porque “el Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional. Por consiguiente, ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el artículo 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo” (FJ 7). Opinión similar ha mantenido en todos los casos en que se le ha planteado el tema (así, SSTC 372/1993, de 13 de diciembre, 143/1994, de 9 de mayo, y 265/1994, de 3 de octubre).

508

5. En el siempre arduo asunto de la división de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el TC ha tenido ocasión de sentar una doctrina que si no nos atrevemos a calificar de favorable a las Comunidades Autónomas sí que ha tenido el saludable efecto de impedir que, al socaire de una interpretación extensiva del título estatal sobre relaciones internacionales (art. 149.1.3) o el papel de garante del cumplimiento de los tratados y del Derecho derivado europeo que le corresponde al Estado (art. 93), las Comunidades vieran gravemente restringido su ámbito de actuación:

A) Así el TC ha establecido, congruente con el principio de autonomía institucional defendido por el TJCE, que la fase *descendente* del Derecho comunitario no supone una alteración del orden competencial, de tal manera que el inciso final del artículo 93 (transcrito en la nota 1) no atribuye una competencia nueva al Estado, distinta de la que le corresponde en virtud de otros preceptos, porque lo que

hace dicho artículo 93 es atribuir al Estado el monopolio de la garantía de la ejecución, no la ejecución misma. De igual forma, las cláusulas estatutarias de ejecución de los Tratados, tampoco atribuyen competencias a las Comunidades distintas de las que ya le hubieran sido atribuidas por otros artículos (2). Esta doctrina se fijó por vez primera en la STC 252/1988, de 20 de diciembre y ha sido constante en toda su jurisprudencia posterior (SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 y 100/1991, entre otras). Una excelente y completa exposición de ella se realiza en la STC 79/1992, de 28 de mayo, caso *Ayudas al ganado vacuno*, que merece la pena transcribir porque, aunque la cita es larga, nos ahorra muchas referencias y alguna que otra divagación personal: “Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden considerar alterado su propio ámbito competencial en virtud de esa conexión comunitaria. La ejecución de los Convenios y Tratados internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas no supone, como resulta evidente, atribución de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la respectiva Comunidad Autónoma (STC 252/1988, FJ 2). De otro lado el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vacia-

(2) “La Generalidad de Cataluña adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados y convenios internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a su competencia” (art. 27.3 Estatuto de Autonomía para Cataluña, en similares términos 20.3 EA para el País Vasco, 23.3 EA para Andalucía, etc.). De los trece Estatutos que contienen una cláusula similar solamente dos hacen mención expresa a la ejecución del Derecho derivado de los organismos supranacionales (arts. 40.2 y 12.2 de los Estatutos de Aragón y de Murcia).

miento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas. En definitiva, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que «no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario» (STC 236/1991, FJ 9). Dicho lo cual, tampoco cabe ignorar «la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el artículo 93 CE» (STC 252/1988, FJ 2), precepto al que el mismo artículo 20.3 del EAPV se remite expresamente; esto es, para adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias (del Derecho derivado europeo, en lo que ahora interesa), función que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar. De ahí que sea imprescindible una interpretación sistemática de todos estos preceptos, lo que, máxime en materias de competencia compartidas o concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, obliga a articular el ejercicio de las competencias propias de uno y otras de modo tal que «sin invadir el ámbito competencial ajeno, no obstaculicen el desempeño de las funciones que la Constitución y los Estatutos les atribuye ni echen cargas innecesarias sobre los administrados» (STC 252/1988, FJ 2)” (FJ 1).

Cuestión especialmente delicada es determinar cuáles son esos “instrumentos” que tienen los órganos estatales para desempeñar su función de garante del artículo 93 de la Constitución. Desde luego, tienen en primer lugar, los propios títulos competenciales, comenzando por el de coordinación de la planificación económica (149.1.13 CE) y los controles jurisdiccionales ordinarios, tal y como el TC ha tenido ocasión de reconocer. También ha admitido que los órganos centrales del Estado tienen poderes de control y de vigilancia para el aseguramiento de la ejecución de la legislación europea,

pero esos poderes “no pueden afectar a la competencia misma que constitucionalmente deban desarrollar y ejercitar las Comunidades Autónomas, desplazándola o sustituyéndola anticipadamente por el ejercicio de poderes que en ese caso, no serán ya de control y vigilancia” (STC 80/1993, de 8 de marzo, caso *Expedición de documentos*, FJ 3).

Por parte autonómica, existe “un deber de las Comunidades Autónomas de facilitar al Estado los datos, documentos e informaciones precisas para que pueda cumplir las obligaciones que le impone el Derecho derivado europeo” (STC 79/1992, FJ 5). En esta misma STC del caso *Ayuda al ganado vacuno* se reconoce un instrumento de garantía que había sido discutido por la doctrina: la posibilidad de emplear la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución. Así, tras recordar que esta cláusula no es una cláusula universal atributiva de competencias, el TC encuentra hasta cuatro motivos que justifican que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio en el caso concreto que se le presentaba: 1) Sobre la materia objeto del debate, la agricultura y la ganadería, tienen competencia las Comunidades Autónomas, pero también el Estado en virtud de su título de ordenación general de la economía. 2) A falta de la consiguiente actividad normativa autonómica, la normativa supletoria estatal puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes o al Gobierno. 3) De no existir esta regulación estatal, la inactividad de una Comunidad hubiera supuesto que los agricultores y ganaderos de ella no podrían recibir las ayudas que le corresponderían según la reglamentación comunitaria aplicable. 4) “Por último y decisivamente, porque la aplicabilidad de las ayudas del FEOGA en España, que es uno de los capítulos cuantitativamente más importantes de los recursos que se reciben de la CEE, afecta a las relaciones financieras del Reino de España con la Comunidad y a su equilibrio presupuestario, incidiendo de manera indirecta en la Hacienda General (art. 149.1.14 CE).

Si bien ello no priva a las Comunidades Autónomas de las competencias que les correspondan en la aplicación del Derecho derivado, sí justifica la adopción por el Estado de las normas con alcance eventualmente supletorio que sean precisas a fin de que esas relaciones financieras no queden al albur de la actividad o pasividad normativa de todas y cada una de las Comunidades Autónomas competentes en la materia” (FJ 3).

512

B) Tanto en la fase *ascendente* (de formación de la voluntad de la Comunidad Europea) como en la *descendente* (de ejecución del Derecho europeo) las relaciones con la Comunidad se atribuyen a los órganos centrales del Estado, el cual es considerado por el TC como el único interlocutor válido ante la Unión Europea, aun en los supuestos en que se trate de transmitir simple información demandada por las instituciones europeas cuyo contenido ha sido confeccionado por las Comunidades porque se trata de materias de su competencia (SSTC 172/1992, de 29 de octubre, caso *Ley catalana de residuos industriales*, FJ 2 y 80/1993, de 8 de marzo, caso *Expedición de documentos*, FJ 3).

Ahora bien, ello no supone que las Comunidades Autónomas tengan una interdicción total y absoluta de relacionarse con la Unión. Así, en la importante STC 165/1994, de 26 de mayo, caso *Oficina del País Vasco en Bruselas*, el TC mantiene una tesis que permite cierta capacidad de relación entre las Comunidades y la Unión, especialmente la posibilidad de crear delegaciones en Bruselas “encargadas de recabar directamente la información necesaria que pueda afectar, mediatamente, a las actividades propias” de las Comunidades. Para llegar a esta conclusión, el TC razona, primero, que el principio de territorialidad de las normas autonómicas no excluye que “para llevar a cabo correctamente las funciones que tenga atribuidas, una Comunidad Autónoma haya de realizar determinadas actividades, no ya sólo fuera de su territorio, sino incluso fuera de los límites territoriales de Es-

paña” (FJ 3). A continuación admite el interés de las Comunidades en la actividad de la Comunidad Europea y niega que las relaciones con ésta sean relaciones de Derecho Internacional porque “cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europeo ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades puede considerarse a ciertos efectos como «interno»” (FJ 4). Sentadas estas bases, el corolario lógico es “la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades con alguna proyección externa” –como la mencionada *Oficina*– sin por ello “incidir forzosamente en el ejercicio de la competencia estatal sobre relaciones internacionales” (FJ 9).

513

V. Recapitulación

La incorporación de España a la Comunidad Europea en 1986 y la posterior creación, en 1994, de la Unión Europea, han tenido una gran incidencia en la Constitución española, tanto considerando esa incidencia desde lo que podríamos llamar una perspectiva global, de afectación de toda la *Lex legum*, como desde una perspectiva concreta, relativa a determinados artículos constitucionales. Desde la primera perspectiva, la integración europea supone una limitación “de los derechos soberanos” –según expresión del TJCE– y el uso del poder de integración del artículo 93 está, en algunas ocasiones, más cerca del poder constituyente derivado que del tradicional *ius contrahendi*, como prueba el Tratado de Maastricht. Desde la perspectiva concreta, hasta la fecha sólo se ha modificado formalmente un artículo de la Constitución (el 13.2) para poder ratificar el Tratado de la Unión, pero materialmente muchos artículos han quedado afectados

por la incorporación de España a la Comunidad: las Cortes Generales han visto limitadas sus competencias legislativas, lo mismo que se ha constreñido la potestad reglamentaria del Gobierno, los tribunales ordinarios tienen un nuevo papel de guardianes del Derecho europeo (que incluso les permite suspender cautelarmente la legislación interna en tanto el TJCE decide una cuestión prejudicial), las disposiciones de las “Constituciones” económica y territorial deben interpretarse teniendo en cuenta el Derecho europeo (que produce un claro efecto centrípeto y pro economía de mercado), etc.

514 Todos estos cambios se han producido al amparo del aparentemente modesto artículo 93 de la Constitución, calificando simplemente por el TC como un precepto “de índole orgánico-procedimental”. Dejaremos ahora al margen los distintos aspectos que hemos señalado a lo largo de esta ponencia sobre la redacción de ese artículo, los instrumentos para la incorporación del Derecho europeo en España y de la jurisprudencia del TC sobre el particular, para centrarnos ahora en señalar la actitud de ferviente europeísmo que las fuerzas políticas y, en general, la mayoría de los españoles, vienen adoptando con relación a la integración europea, tan diferente a las reticencias de otros países. Si la causa última de los padres fundadores de la Comunidad fue evitar una tercera guerra europea, creando una “solidaridad de hecho” –según la famosa expresión de Schuman– la actitud española responde más bien a una causa interna: el convencimiento de que sólo adoptando las pautas de actuación política y social de nuestros vecinos se logrará modernizar España, enterrando nuestros recurrentes enfrentamientos. Diciéndolo con una frase lapidaria de ORTEGA Y GASSET: “España es el problema, Europa la solución”.

Nota bibliográfica

- I. Sobre el sentido de la expresión “comunidad de derecho” usada por el TJCE y, en general, sobre la transformación del concepto de soberanía nacional en el marco de la Unión, *cfr.* Luis Díez-PICAZO, “Europa: las insidias de la soberanía”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 79, enero-febrero de 1998, págs. 8-14. La mutación constitucional que supone la integración de España en la Comunidad Europea, especialmente el Tratado de Maastricht, ha sido convincentemente teorizado por Santiago MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993. Francisco RUBIO LLORENTE ha resaltado la ruptura que la integración europea produce en el equilibrio interno de poderes que la propia Constitución trataba de asegurar, *vid.* su “Las Comunidades Autónomas y la Comunidad Europea”, *Autonomías*, núm. 20, diciembre de 1995, pág. 93. Para la incidencia de la integración sobre las normas de la Constitución económica, *cfr.* Juan Carlos DA SILVA OCHOA, “Economía de mercado y concentración de empresas en la Comunidad Europea”, *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto de 1994, págs. 491-519.
- II. 1. La operatividad del artículo 93 de la CE no se agota en la integración europea, de ahí la imprecisión de denominarlo “cláusula Europa”. Ahora bien, los constituyentes lo redactaron con ese objetivo y las Cortes Generales sólo lo han usado para autorizar la ratificación de tratados relativos a la integración europea, ni siquiera para el de la OTAN se empleó esa cláusula, a pesar de que así lo pidió un grupo parlamentario (el comunista). Sobre la *praxis* del artículo 93 CE y las diferencias con el uso dado en Alemania al artículo 24.1 de la Ley Fundamental de Bonn *vid.* Antonio LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996, págs. 173 y ss. La expresión “poder de integración” es habitual en nuestra doctrina, que la ha tomado de la alemana; así, además del propio LÓPEZ CASTILLO (*op. cit.*, págs. 273 y ss.) *cfr.* Pablo PÉREZ TREMPs, *Constitución española y Comunidad europea*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 65 y ss.
2. La interpretación extensa del objeto del artículo 93, que aquí mantenemos, la ha defendido Pablo PÉREZ TREMPs, “El concepto de integración supranacional en la Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, septiem-

bre-diciembre de 1992, págs. 109 y ss., una interpretación restrictiva en Araceli MANGAS, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, 2.^a ed., Madrid, 1987 pág. 30.

3. Las críticas a la ausencia de cualquier requisito material para la atribución de competencias son muy abundantes, *cfr.* por todas, las madrugadoras que hizo Antonio TRUYOL Y SERRA, “L’adhesión de l’Espagne aux Communautés européennes. Problèmes constitutionnels”, en VV.AA., *L’Espagne et les Communautés européennes*, Université de Bruxelles, 1979, págs. 111 y ss. Sobre el acierto del Senado al suprimir la referencia al “régimen de paridad”, *cfr.* Antonio REMIRO BROTONS, “Comentario a los artículos 93 y 94” en Óscar ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1985, pág. 477.

4. Para las críticas al exiguo quórum (mayoría absoluta del Congreso) que exige la CE para la atribución de competencias a las instituciones internacionales debido al “síndrome de las Comunidades Europeas”, *vid.* Antonio REMIRO BROTONS, *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 113 y ss.

5. Las jurisprudencias alemana e italiana relativas a los límites constitucionales a la primacía del Derecho comunitario y, en general, las relaciones entre el TJCE y las jurisdicciones constitucionales han sido expuestas con rigor por Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Alejandro VALLE GÁLVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo [RDCE]*, vol. I, núm. 2, julio-diciembre de 1997, págs. 329-376. Sobre los insuficientes términos que emplea el artículo 93 para comprender el verdadero alcance de la atribución de competencias a la Unión, *cfr.* Antonio LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, *cit.*, págs. 79 y ss.

6. La idea de que gracias a la Unión los Estados recuperan poderes que en solitario sólo podrían ejercer de forma nominal es uno de los argumentos más utilizados por los europeístas, *vid.* Jean-Victor LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comisión de las Comunidades, 5.^a ed., 1993, pág. 16. En las páginas previas desarrolla su teoría de la diferencia entre la “atribución” y la “transferencia” de competencias. En

España esta opinión ha sido seguida, entre otros, por Araceli MANGAS, *Derecho comunitario europeo*, cit., pág. 25, e Iñaki LASAGABASTER, *El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1986, pág. 33. La cita del Consejo de Estado la hemos tomado de su *Memoria de 1985*. Madrid, 1986, pág. 81. Como ejemplo de mención del TC a la “transferencia de competencias a la Comunidad Económica Europea”, *vid.* la STC 64/1991, de 22 de marzo, caso *APESCO*, FJ 4.

- III. Por toda la doctrina que ha tratado los mecanismos del Tratado de Adhesión para la recepción del Derecho comunitario, nos permitimos citar nuestro trabajo –que en buena parte seguimos aquí– Agustín RUIZ ROBLEDO, “El ordenamiento jurídico europeo y el sistema de fuentes español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 32, 1991, págs. 29 y ss. De forma más completa y exhaustiva, Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y José Luis PIÑAR MAÑAS, “El ingreso de España en las Comunidades Europeas y los efectos del Acta de Adhesión” en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA *et alii*, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, Tomo I, págs. 21-62. Sobre la Ley de Bases 47/1985, y, en general, sobre la aplicación del Derecho europeo *cfr.* David ORDÓÑEZ SOLÍS, *La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*, Civitas, Madrid, 1994.

La evolución reciente de los mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades en relación con la Unión Europea la ha expuesto Eduardo ROIG MOLÉS, “La conferencia para asuntos relacionados con la Unión Europea”, *Informe Comunidades Autónomas*, 1997, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1998, págs. 513-528. Para un análisis exhaustivo de los problemas jurídicos que se plantean entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la Unión, *cfr.* Alberto PÉREZ CALVO, *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1993.

- IV. Una amplia y notable exposición de la jurisprudencia española (tanto constitucional como ordinaria) sobre la Comunidad Europea la ha realizado Diego Javier LIÑÁN NOGUERAS, “La aplicación judicial del Derecho comunitario en España” en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego Javier LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 523-540.

1. La declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 ha sido muy comentada por la doctrina. Además del trabajo de Santiago MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, cit., págs. 37 y ss. (en las págs. 62-63 defiende la tesis de la expresa constitucionalización de Maastricht, que aquí acogemos); vid. Francisco RUBIO LLORENTE., “La Constitución y el Tratado de Maastricht”, *Revista Española de Derecho Constitucional [REDC]*, núm. 36, septiembre-diciembre de 1992, págs. 253-265 (en la 265 su crítica a la instrumentalización de la CE), Manuel ARAGÓN REYES, “La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, *REDC*, núm. 42, septiembre-diciembre de 1994, págs. 9-26, Araceli MANGAS MARTÍN, “La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente” *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992, págs. 381-394.

2. La doctrina comunitaria ha rechazado unánimemente que las normas europeas sean “infraconstitucionales”. Así, Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, “Las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1991, pág. 184, Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario”, en *VVAA, Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 1195, y Javier ROLDÁN BARBERO, “Derecho Comunitario y principios fundamentales del Derecho interno”, *Revista de Instituciones Europeas [RIE]*, vol. 23, núm. 3, septiembre-diciembre de 1996, pág. 814. La crítica hizo tanta mella en el TC que en su STC 180/1993, de 31 de mayo, caso *Personal de alta dirección*, prefirió referirse a un “conflicto de normas no constitucionales” (FJ 3.º), si bien volvió a emplearla en la STC 45/1996. Pablo PÉREZ TREMPs ha defendido inteligentemente esta calificación, alegando que el adjetivo tiene su lógica desde la perspectiva procesal de considerar que se trata de un conflicto de normas que compete a los tribunales ordinarios, y desde la perspectiva material “no es totalmente incorrecto calificar de infraconstitucional el conflicto que, si se produce, es porque el poder constituido lo ha permitido poniendo en

funcionamiento el mecanismo del artículo 93 de la CE" (*Constitución española y Comunidad europea*, cit., pág. 148).

· Sobre la posibilidad de estimar una inconstitucionalidad *per relationem* (tesis rechazada por el TC), *cfr.*, por ejemplo, Araceli MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo*, cit, págs. 140 y ss. Nosotros mismos en Agustín RUIZ ROBLEDO, "Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas", *La Ley*, 1991-1 pág. 1167.

3. Hemos criticado la doctrina del TC de su Sentencia 45/1996 en Agustín RUIZ ROBLEDO, "Sobre la tutela judicial efectiva en un supuesto conflicto entre el Derecho europeo y el español (Comentario a la STC 45/1996, de 25 de marzo)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 3, 1997, págs. 351-368.

4. Un buen ejemplo de las críticas sobre la jurisprudencia del TC en relación con la cuestión prejudicial es la opinión de F. Jesús CARRERA HERNÁNDEZ, "La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho comunitario (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 180/1993, de 31 de mayo, en el asunto FOGASA)", *RIE*, vol. 21, núm. 1, enero-abril de 1994, págs. 171-190. Se afirma reiteradamente en este trabajo que el TC "dice que la violación del artículo 177 TCEE no constituye *per se* una vulneración del artículo 24.1 CE". Sin embargo, lo que nosotros leemos en esta STC es algo diferente: "es preciso descartar, desde ahora, que la falta de planteamiento por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al amparo de lo previsto en el artículo 177 del Tratado CEE sea susceptible de generar, *per se*, una vulneración del artículo 24.1 CE. En efecto, el último párrafo del artículo 177 del TCEE [y razona por qué no se ha producido una violación del artículo 177 TCEE]". Una crítica de esta STC 180/1993 que sí compartimos es la de Ricardo ALONSO GARCÍA, "La (in)aplicación del Derecho comunitario ante el Tribunal Constitucional: falta de motivación, cuestión prejudicial comunitaria y derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" en Manuel ALONSO OLEA y Alfredo MONTÓYA MELGAR (dirs.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI, 1993, Civitas, Madrid, 1994, págs. 410-420. Un catálogo de los distintos supuestos excepcionales

en los que podría prosperar un recurso de amparo por no plantearse la cuestión prejudicial lo han realizado Ricardo ALONSO GARCÍA y José M.^a BAÑO LEÓN, "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", *REDC*, núm. 29, mayo-agosto de 1990, págs. 193-222.

La posibilidad de que el TC presente una cuestión prejudicial ha sido admitida por la mayoría de la doctrina, por toda ella, *cfr.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos", en *ídem et alii*, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, cit., Tomo I, pág. 707.

5. La jurisprudencia sobre la articulación de competencias estatales y autonómicas en la aplicación del Derecho europeo ha sido estudiada exhaustivamente por Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, "La ejecución del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, enero-abril de 1995, págs. 181-202 y Rafael BUSTOS GISBERT, *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1996 (en especial págs. 299 y ss).

La jurisprudencia del TC sobre el segundo inciso del artículo 93 CE ha sido estudiada recientemente por Florentino RUIZ RUIZ, "La función de garantía del cumplimiento autonómico del Derecho comunitario europeo", *REDC*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1997, págs. 159-185. En las SSTC 118/1996 y 61/1997 el TC mantiene una visión más estricta sobre la capacidad estatal de dictar normas con carácter supletorio; sin embargo, la doctrina considera que esa nueva jurisprudencia no altera el alcance de la cláusula de supletoriedad con relación a la ejecución del Derecho comunitario, *cfr.* Ricardo ALONSO GARCÍA, "Supletoriedad del Derecho estatal y ejecución del Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, Boletín 123, 1997, págs. 1-4. Sobre los problemas jurídicos para emplear el derecho supletorio como técnica para el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones internacionales *cfr.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho, II, Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 227 y ss.

**COMPARECENCIA
DE CARLOS MARÍN CALERO
ANTE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE
REDES INFORMÁTICAS DEL SENADO,
EL DÍA 1 DE JUNIO DE 1998 (*)**

523

El señor DELEGADO DE LA SECCIÓN DE INFORMÁTICA DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (Marín Calero): Buenas tardes.

Debo empezar agradeciendo al Senado, en la persona del Ilustrísimo señor Presidente de la Comisión y en la de todos sus miembros, la invitación cursada, que concede al Notariado, al que represento como Delegado de su Consejo General, la oportunidad de participar en los trabajos que lleve a cabo esta Comisión.

(*) El notario de Cartagena y Delegado de la Sección de Informática del Consejo General del Notariado, Carlos Marín Calero, compareció ante la Comisión Especial sobre Redes Informáticas del Senado el pasado 1 de junio. (Diario de Sesiones, número 295, pp. 1-15).

Recogemos aquí el texto de la intervención principal de Carlos Marín, publicado en el número 98 (agosto-septiembre 1998) de la *Gazeta de los notarios*, pp. 2-6, y que ha sido cedido por su autor para su publicación en esta Revista.

Durante bastantes años, y en representación del Notariado, me he reunido con diferentes instancias de las Administraciones Públicas para tratar cuestiones muy parecidas a las tratadas en esta Comisión, aunque cuando comencé esta actividad los medios técnicos no estaban tan avanzados. Siempre he tenido la sensación, utilizando un símil deportivo, de jugar en casa. Creo que las comparecencias del Notariado, tanto en el marco de la Administración Pública como en el del Poder Legislativo, son adecuadas y buenas. Con ellas no sólo se nos concede la oportunidad de poder expresar nuestras opiniones, que es muy de agradecer, sino también de presentarnos como capaces, dispuestos y deseosos de intervenir en estas cuestiones. Además, la intervención y colaboración del Notariado en todo tipo de proyectos debería ser considerada como lo más normal, ya que, en cierto modo, el Notariado pertenece a la esfera de lo público. Es cierto que algunos marcos imponen más que otros, siendo éste de hoy mucho más formal que los que tengo costumbre de utilizar. Sin ir más lejos, esta mañana he tenido una reunión con la Subdirectora General de Transacciones con el Exterior, encuentro que me ha resultado mucho más simple.

En definitiva, creo que el proceso es el mismo en todos los casos: la integración entre diferentes servicios dirigidos a los ciudadanos. Por eso, voy a intentar expresar aquí no solamente la opinión estricta o profesional de los servicios públicos que específicamente puede prestar el Notariado, sino también la preocupación general que podemos tener por los problemas y necesidades de la sociedad a la que pertenecemos y pretendemos servir.

Por otro lado, me parece importante destacar el hecho de que el tema del uso de redes telemáticas, que podría considerarse bastante popular si lo enfocásemos desde ciertos puntos de vista, puede considerarse poco atractivo desde la perspectiva que hoy le vamos a dar: el aspecto jurídico de la cuestión. Asimismo, creo que no debería hacerme caer en cuestiones muy técnicas ni en el uso de un lenguaje enre-

sado y críptico. En general, nunca debería plantearse una dicotomía entre lo que es el Derecho y los lenguajes incomprensibles. En mi opinión, el Derecho no tiene otra función que la de abordar y resolver problemas sociales, de la gente común, es decir, problemas de la calle. Por lo tanto, las normas y las regulaciones que se hagan deben estar pensadas de tal manera que, al menos, los ciudadanos sean capaces de entenderlas y comprenderlas. Los problemas jurídicos no se pueden inventar desde ninguna instancia, pues son problemas de la calle, y las soluciones que se den deben ser todas ellas transparentes y sencillas.

Otra consideración general previa es la opinión que pueda merecer sobre el fenómeno en sí del uso de las redes telemáticas, especialmente la más conocida, que es Internet. En este punto debo destacar que, en nuestra opinión, no se trata de nada arriesgado o peligroso, no porque carezca de algunos riesgos, sino porque esos riesgos son los propios de cualquier herramienta y, aunque existen, la función del Estado es la de regular y establecer la forma en que esas herramientas u objetos que nos proporciona la cultura puedan ser utilizados de una manera segura, pero esos posibles riesgos no se pueden servir de excusa para propugnar que no se utilicen o tratar de prohibirlas que, en definitiva, sería algo absolutamente impensable.

Entrando en las cuestiones que desde el Notariado pretendemos sean objeto de análisis o sean escuchadas en esta Comisión, y que ya ofrecí en una especie de menú, las he agrupado en unos cuantos apartados.

El primero de ellos trata del uso de las redes telemáticas para el mejor funcionamiento de las Administraciones públicas y, en general, de los servicios públicos. Encuadramos en este grupo de cuestiones el uso de las comunicaciones fehacientes; es decir, el de aquellas comunicaciones que deben ser tenidas por ciertas y fiables. No basta con la constancia de haberse producido la comunicación, sino que su propio contenido tenga carácter de fehaciente, exigencia que

la legislación establece en determinadas circunstancias cuando se trata de hacer una notificación, una comunicación notarial, judicial o administrativa.

A modo de ejemplo, queremos incluir en este apartado la posibilidad de que un juzgado pueda utilizar el correo electrónico u otro procedimiento cualquiera de comunicaciones telemáticas para notificar a los procuradores personados en una causa una determinada citación o resolución que deba ser trasladada a las partes, así como las notificaciones fehacientes que la Administración pueda hacer a los particulares aunque, lógicamente, en este caso previamente será necesario que el particular lo haya señalado como un medio hábil de notificación y haya proporcionado una dirección de correo o un domicilio adecuado; y no solamente las notificaciones que fluyan desde la Administración a los administrados, sino también en sentido inverso, la posibilidad de que los administrados puedan dirigirse a la Administración de una manera más sencilla, incluso más barata, para poder contestar un requerimiento —en el caso de que eso pueda tener sentido—, para poder presentar documentación cuando quieran participar en un concurso como, por ejemplo, de contratación con el Estado.

Otro grupo de cuestiones en las que hace falta una fiabilidad completa podría ser la colaboración y coordinación máxima posible entre las diferentes administraciones —incluida la judicial—: que los jueces puedan dirigirse exhortos y cumplimentarlos y utilizar el vehículo de las comunicaciones telemáticas; que los notarios puedan comunicarse entre sí para aquellas materias en que la ley lo exige; que los notarios puedan comunicar a las Administraciones públicas el otorgamiento de escrituras cuando ello es necesario o determinados índices, normalmente de carácter fiscal, de colaboración con los ayuntamientos, con catastros públicos; la posibilidad que cada día se hace más cierta en el sentido de que los administrados puedan pagar los impuestos a través de la propia notaría y no utilizar únicamente la colaboración

de entidades bancarias, sino también los servicios públicos, a través de sus funcionarios, para que puedan dejar constancia de esas intervenciones.

Otro aspecto, que quizá sea más conflictivo, pero que me parece muy importante, es la posibilidad de que las redes telemáticas sirvan para que los servicios públicos puedan compartir la información que tengan de los ciudadanos y la que tengan con carácter exclusivamente propio de servicio.

En estos casos, suele pensarse en un excesivo control de los ciudadanos, e incluso se puede evocar el fantasma del Estado policial. En efecto, esos riesgos pueden existir y, evidentemente, tendrían que resolverse con carácter prioritario. Riesgos aparte, lo cierto es que lo que los ciudadanos entienden que sí perciben claramente como un abuso cierto y un mal servicio es el hecho de que sean ellos mismos quienes deban hacer de correo entre los diferentes servicios de la Administración; los que deban presentar aquí lo que han obtenido previamente en un lugar diferente; los que deban presentar documentos en multitud de ventanillas distintas, incluso soportando los errores que se puedan derivar del hecho de que un dato quede ignorado a pesar de que la Administración Pública ya lo posee y de que con las leyes en la mano ese dato debería ser tenido en cuenta por parte de la Administración.

527

Además, en este aspecto existe el riesgo añadido, a mi modo de ver, de que los diferentes servicios públicos tratan de guardar cada cual para sí la información que poseen. En ocasiones, parece que la apertura de los archivos o registros se considera como una pérdida de poder o de influencia por parte del servicio que los tenía y, por lo tanto, es el Estado el que debería dictar normas que evitasen la tentación de patrimonializar los datos que sólo se tienen y justifican por razón del servicio público que se preste y por razón del beneficio de los ciudadanos a los que se dirige.

En este sentido, nos parece especialmente inconveniente el que determinadas leyes, sobre todo las más recientes

—porque tienen el problema a la vista— van blindando esos servicios públicos de los que pudieran producirse desde el exterior, accesos incluso desde la propia Administración y, sobre todo, desde dentro de otros servicios de la Administración. Incluso en determinadas normas —algunas muy recientes—, como la Ley reguladora de las condiciones generales de la contratación, hablar del Registro de la Propiedad estigmatiza de antemano toda esa posibilidad de acceso telemático calificándolo de “televaciado”, como si no hubiese ninguna otra manera de consultar a distancia un archivo más que manipulándolo y vaciándolo de contenido.

528

Por último, una aplicación específicamente notarial —pero que por la filosofía con la que se plantea podría tener encuadre en cualquier otro supuesto semejante— sería la posibilidad de contratación a distancia entre personas que están separadas geográficamente pero que estando todas ellas, en este caso, en presencia de un notario, desean concertar un solo negocio, un solo acto en unidad de acto, no de presencia física —lo que legalmente conocemos como unidad de acto—. Como ejemplo concreto, estando en países diferentes o dentro del mismo país dos personas ante notario prestan simultáneamente el consentimiento y, dado que los notarios o funcionarios que intervienen están comunicados previamente entre sí y en tiempo real, todos ellos pueden completar el negocio e incluso hacer un ejemplar que ya contenga los consentimientos de todas las partes.

Un segundo grupo de cuestiones que ya no exige que sea fehaciente es la posibilidad de que los ciudadanos puedan acceder a distancia a datos de su interés que obren en los diferentes servicios o registros públicos: es decir, la unidad de ventanilla para el administrado frente a la Administración Pública.

Dejando a un lado cuestiones técnicas o de seguridad en las comunicaciones —que por supuesto tienen mucho que ver con lo que he señalado anteriormente sobre los recelos que puedan tener las diferentes administraciones para que se ac-

ceda a su servicio, y que irán cambiando necesariamente con el transcurso del tiempo, pero sobre los que debería haber un criterio político o un criterio social de solución al problema—, entiendo que pueden darse varios niveles, mayores o menores, en cuanto a la posibilidad de que los administrados se dirijan telemáticamente a la Administración Pública. El mínimo nivel simplemente sería arbitrar la posibilidad de presentar instancias solicitando datos por medios telemáticos, por ejemplo, utilizando el correo electrónico, y que posteriormente la Administración, que podría haber recibido esa información en un sobre o en una ventanilla y, sin embargo, la recibe de esta forma telemática, la contesta de cualquier manera: enviando un documento físico o una respuesta telemática. Ese sería el nivel mínimo y, a mi modo de ver, no suficiente.

Un nivel máximo de acceso sería el que permitiera a los propios interesados, desde sus propios medios privados, consultar directamente a distancia, por ordenador, los archivos o registros de Catastros públicos.

En nuestra opinión, y al menos en el conjunto de la situación legal y técnica actual, el acceso directo de todos los interesados, incluso de forma anónima, a archivos y registros de la Administración, no permitiría la salvaguardia eficaz de los derechos a la no divulgación de datos personales o a la proscripción de la formación de archivos paralelos en manos privadas, etcétera.

Por lo tanto, entendemos que la medida adecuada de divulgación es que una persona se dirija a una sola instancia, que pueda elegir entre un ayuntamiento, una oficina municipal, una delegación ministerial, un registro público, o un notario, lo que prefiera, se identifique debidamente y exprese, acreditándolo en su caso, el interés jurídico-legal que tienen los datos que está solicitando. Una vez hecho esto, previas las comprobaciones que sean necesarias por parte del funcionario o del fedatario que esté interviniendo, desde ese sitio podrá obtener cualquier dato que legalmente obre en

otro centro oficial, cualquiera que sea la localización física y cualquiera que sean también el asunto de que se trate. Sobre esto hay alguna cuestión legislada, pero dentro de un mismo servicio, por ejemplo, dentro del Registro de la Propiedad se puede pedir la información desde cualquier registro de España. Pero entendemos que podría hacerse de una manera mucho más generalizada o, al menos, que la tendencia o la decisión que se tome vaya en ese sentido. En este caso, sería el funcionario, autoridad, o fedatario actuante el responsable de velar por la debida integridad y confidencialidad de los datos, previas las verificaciones internas que pueda precisar.

530

Ésta es nuestra propuesta en los registros públicos –aparte, por supuesto, de los protocolos notariales– con las restricciones, evidentemente legales, puesto que es secreto, de que solamente se pueda dar información a aquellas personas que tienen interés, según la legislación notarial, cosa que debería cumplirse también con todos los registros, porque no todos son estrictamente públicos, algunos son públicos, pero en función también del interés que se manifieste o se tenga. En definitiva, lo que proponemos es el acceso, por ejemplo, al Registro de la Oficina de Patentes y Marcas, o al Registro de la Propiedad Intelectual, de Anotaciones en Cuenta, de Títulos Valores, Registro de Datos Urbanísticos en poder de los ayuntamientos, Catastros, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, etcétera.

Entendemos que los notarios, y por eso lo hemos incluido ahí, son un cauce adecuado, además de la Administración propiamente dicha, porque tienen una habilitación legal para identificar a las personas, que sería uno de los requisitos de funcionamiento del sistema, porque tienen una capacidad jurídica, también legalmente reconocida, para calificar el interés legítimo que pueda tener el solicitante y, por último, por la tradicional confidencialidad de sus actuaciones.

Un tercer grupo de cuestiones son las que tratan del correo electrónico y del comercio electrónico, es decir, las

comunicaciones, en principio privadas, que puedan hacer los particulares para notificarse o comunicarse algo entre sí o para celebrar contratos que ellos quieren mantener privados. Por un lado, en lo que se refiere al correo electrónico estaríamos ante la necesidad de acreditar que se ha realizado efectivamente una comunicación, que ha llegado a su destino, o que el documento enviado no ha sido manipulado o, simplemente, no se ha deteriorado de una manera accidental durante el proceso. Actualmente esta cuestión está bastante bien resuelta con el uso del correo convencional, tanto por la seguridad, al menos legal, que el correo da de que llega a su destinatario, de que no se manipula, como por la posibilidad complementaria o añadida que se pueda hacer de que la persona quiera dejar constancia de cuál es el contenido concreto que ha notificado, por ejemplo, levantando un acta notarial de envío por correo certificado de una determinada documentación.

531

En el caso del correo electrónico nos parece que es un imperativo ineludible para la sociedad que proporcione, al menos el mismo nivel de seguridad que tiene el correo habitual o convencional y deseablemente, puesto que desde el punto de vista técnico además es posible, un grado de seguridad aún mayor, sin perjuicio de que la intervención del fedatario pueda dejar constancia, no solamente del sobre o del cauce utilizado, sino realmente de cuál es el contenido.

Otro problema diferente es el del comercio electrónico. Una de las más populares en el uso de las redes telemáticas es toda la problemática que tiene que ver con el comercio electrónico. El comercio, desde sus remotísimos orígenes, es una actividad humana muy singular, necesitada de una enorme agilidad, que siempre ha tenido unos mecanismos específicos y unas reglas propias, incluso distintas de la generalidad del derecho entre diferentes países y, además, que las necesita, de tal manera que cuando el Estado no se las proporciona, se dota a sí mismo de esas reglas. Algunas de esas características propias del comercio le han hecho desde

siempre problemático o conflictivo, sobre todo desde un punto de vista jurídico, pero creo que debemos evitar que el tratamiento del comercio electrónico nos lleve a amalgamar los dos tipos de problemas: los propios y específicos de la actividad comercial y los que se derivan del uso de una determinada forma telemática. La regulación específica del comercio por medios informáticos no tiene por qué asumir la carga de tener que solucionar problemas que no se han creado por el uso telemático. Si se da el caso de que pueda ayudar a solucionar parte de esos problemas, bienvenido sea, y desde luego debe proporcionar esas herramientas o esos instrumentos de protección, pero en todo caso, no debería quedar como responsable ante la sociedad de que haya determinados problemas ligados al comercio que puedan existir o subsistir cuando se utilizan las comunicaciones telemáticas.

532 Como características problemáticas tradicionales del comercio puede estar el hecho de que confluyan personas de diferentes países o regiones y, por tanto, sometidas a diferentes derechos, tanto desde el punto de vista civil sustantivo o mercantil como desde el punto de vista de la forma, y también la contratación o la concertación de forma estrictamente privada, lo cual hace que no siempre sea fácil acreditar tanto que el negocio se ha celebrado, como la posible capacidad o incapacidad de las partes, puesto que no ha habido un funcionario que haya podido intervenir para calificarla. Todos esos problemas, evidentemente, también se dan en el comercio electrónico, pero más por el hecho de ser un comercio que por el mecanismo que se utiliza. La identificación a ojos de la gente común entre el comercio electrónico y el fraude comercial o la pornografía infantil, por ejemplo, nos parece que es injusta y muy perturbadora.

Los aspectos problemáticos que sean específicos de la forma electrónica son los que debemos solucionar aquí, y para ello proponemos unos sistemas de identificación de las partes y también unos sistemas de medios de prueba de la ce-

lebración del negocio. En cuanto a lo primero, se trataría de que las partes pudieran demostrar que son quienes dicen ser, puesto que, en principio, la vía que se utiliza es anónima, no se ve a la persona con la que estamos contratando. Y respecto a sistemas de medios de prueba de la celebración del negocio, existe una cierta volatilidad, mientras no se establezcan algunos cauces, en la contratación hecha por procedimientos informáticos o telemáticos que, en principio, deja pocos rastros o ninguno, si se quiere que no los deje.

En el primer punto, en la validación de firma o la contraseña digital, tenemos las técnicas, que ya van siendo muy habituales, de validación de firmas digitales, que permiten además vincularlas a una determinada persona e, incluso, cifrar el contenido del documento para que no pueda ser, en definitiva, leído por personas que no estén autorizadas. Cada día hay más, son más seguras y más baratas. Todos estos procesos se suelen basar en una jerarquía o pirámide de personas o entidades que están dotadas de una confianza pública y que expiden unos certificados. El Estado español en este tema, y con el ámbito restringido de las comunicaciones que se han de producir entre las diferentes Administraciones Públicas, tiene adoptada la decisión importante a estos efectos de calificarse a sí mismo como alta autoridad certificante, evitando que las compañías privadas puedan entrar en estos procesos. El mecanismo habitual que existe actualmente para dar fe de esas certificaciones es un sistema en el que el certificador, a su vez, es certificado por otra persona, en un proceso, en principio inacabable, que termina en grandes compañías americanas, que son las que han inventado el "software" necesario. Al menos en algunos aspectos es evidente que el Estado, y además cada Estado nacional, deberá ser el depositario último de esa facultad de certificar, sin perjuicio —y parece que en ese sentido van las directrices de la Unión Europea en las directivas que están a nivel de borrador— de que puedan confluir los dos sis-

temas: por un lado, que a los particulares, para el tipo de concertación que quieran hacer, no necesiten más y les baste con la fiabilidad que les dé el sistema de certificación que gratuitamente llevan incorporado a sus herramientas o programas de ordenador y, por otro lado, la vía cualificada, normalmente estatal, en la que la actuación certificante se ejercería en niveles progresivos y por delegación.

A estos efectos, entendemos que el Notariado es un ámbito perfectamente válido para esa actividad certificante. De hecho, en la actuación que hasta ahora se está haciendo en todo el ámbito de la Unión Europea se cuenta preferentemente con el Notariado. Además, estamos tratando de coordinarnos entre nosotros en todas estas tareas. Hay leyes ya emanadas, como en el caso de la República italiana, en las que directamente se atribuye esa capacidad al Notario. Incluso a efectos prácticos, dentro del Estado español tiene una implantación que llega a casi todo el territorio nacional, al menos está mucho más implantado que muchos otros servicios públicos. El Notariado se ha dotado a sí mismo de una Internet corporativa, es decir, de un sistema de comunicaciones sólo entre notarios que, por lo tanto, puede gozar de un nivel de seguridad mayor del que puedan tener las redes públicas, como Internet.

A efectos populares, hasta tal punto se identifican esas tareas de certificación de firmas que los periódicos suelen referirse a esas funciones que realizan las compañías privadas de validación de firmas llamándolas notario electrónico.

En todo caso, no proponemos que un fedatario público intervenga todo el comercio privado. Entendemos que los tratos pueden y, con toda certeza, deben seguir siendo privados en la mayoría de las manifestaciones comerciales y lo único que proponemos son medios para corregir la irresponsabilidad, dicho sea en el sentido literal de que falte una persona a quien hacer responsable, necesidad derivada del absoluto anonimato que permite la red, así como, por otro lado, establecer algunos medios a fin de poder dejar cons-

tancia de que el contrato se haya podido celebrar cuando sea el caso.

En este sentido, la reciente Ley de Condiciones Generales de la Contratación se propone dotar a los contenidos contractuales del mayor grado posible de justicia en aquellos casos en los que se trate de un contrato de adhesión, pues regula los contratos telefónicos de comercio electrónico, permitiendo, efectivamente, la firma digital y habilitando un procedimiento de requisitos formales, aunque bien es verdad que no estamos totalmente de acuerdo con dicha regulación en algunos extremos.

Un cuarto grupo de cuestiones sobre las que entendemos que puede ayudar el uso de la red telemática es la mejora de la seguridad jurídica, esto es, el funcionamiento seguro y confiable que debe tener el Derecho. Es una regla clásica y básica en nuestro Derecho –y en la mayoría, supongo– suponer que todo el mundo conoce las leyes, que basta con su publicación en un “Boletín Oficial del Estado” para que todos hayan quedado enterados de su contenido. Lo mismo ocurre con los datos que se inscriben y publican en un registro público que, como dicen las leyes, afectan a terceros y que, en definitiva, también se presumen conocidos por todos.

Es fácil comprender que en la realidad práctica tal conocimiento por parte de todos no es cierto, ni siquiera humanamente posible. Con esto no queremos decir que proponamos desvirtuar la presunción legal, puesto que lo contrario haría imposible la aplicación del Derecho, pero sí pensamos que la existencia del uso de las redes informáticas puede ayudar a hacer efectivo el conocimiento real de las leyes y registros públicos por parte de los ciudadanos. Y es que, cuando al principio decía que las redes informáticas no son peligrosas y pueden ser usadas, en realidad, no estaba dando más que una versión muy sesgada sobre mi verdadera opinión respecto de las redes informáticas. Entendemos que las comunicaciones informatizadas, públicas y baratas son un

extraordinario avance social y proporcionan a estos efectos, al igual que desde otros puntos de vista o en otros casos, la posibilidad de mejorar muchos aspectos de la vida, así como proteger los derechos de los ciudadanos, especialmente de aquellos que se entiende que necesitan de una mayor protección jurídica, es decir, los consumidores y usuarios.

Por esta razón, proponemos que el Estado –seguramente, el Poder Legislativo– edite y mantenga en la red una base de datos con todo el Derecho vigente, señalando expresamente la derogación de las normas, cuando eso se produzca, y todo ello con el carácter auténtico que actualmente tiene la colección en papel del “Boletín Oficial del Estado”. La tarea de comentar, seleccionar, interrelacionar, etcétera, los textos legales, como tarea científica que es, puede y debe seguir perteneciendo a la iniciativa de las editoriales jurídicas y de los juristas especializados, pero la publicidad de las normas es una competencia del Estado que no puede suplirse ni siquiera por la vía de los hechos, por las publicaciones privadas que, por otro lado, entiendo que nunca lo habrán querido hacer, es decir, no creo que hayan pretendido suplir en este punto la obligación o la tarea del Estado.

536

Otro problema, aunque más limitado en cuanto a sus efectos porque se produce con menor frecuencia, es el de la publicidad de determinadas resoluciones judiciales cuando éstas consisten en la prohibición que se impone a ciertas personas de disponer de sus bienes o de ciertos bienes. El problema de estas resoluciones es el de darles la debida publicidad y, sobre todo, el anunciar cuándo han dejado de estar vigentes. Proponemos, por lo tanto, la creación de un registro público de acceso informático que contenga la prohibición de contratar, decidida por un tribunal, mientras esté vigente.

Otro tipo de resoluciones judiciales que necesita ser conocido es el referente a la declaración como abusiva o que no debe ser usada de una determinada condición general de la contratación, con arreglo a lo que la reciente Ley que

hemos citado anteriormente dispone, que impone a los notarios y registradores la carga de evitar que se usen esas condiciones generales cuando hayan incurrido en algunos de esos hechos, lo cual hace necesario, a nuestro entender, que ese registro especial que la ley ha creado pueda ser fácil e instantáneamente consultado por los citados profesionales.

Por lo demás, éstos no son más que algunos ejemplos y entendemos, por lo tanto, que la cuestión debe regularse con la suficiente generalidad como para que pueda comprender otros casos que se den en el futuro.

Por último, y también dentro de este apartado, un tema para nosotros muy importante en la vida cotidiana es el que se deriva de la necesidad de acreditar la libertad de cargas y la titularidad en cuanto a los inmuebles que se transmiten. El Registro de la Propiedad, como todos los demás de carácter público, debe poner su información al alcance de los ciudadanos, según nuestra opinión, de la que ya hablamos al principio, puesto que nos referíamos a todos los registros, incluido éste, pero ahora hablamos de un problema específico, que tiene que ver con la eficacia jurídica propia del Registro de la Propiedad. En nuestro Derecho, la Ley garantiza a quien adquiere el titular registral un derecho que consta en dicho Registro, y que si lo recibe desde la persona que, según el Registro, es quien puede disponer de él, va a ser protegido en esa adquisición y que, además, no va a sufrir ninguna carga que no esté previamente reflejada en el Registro. Por otra parte, ese “previamente” se utiliza en el sentido de un orden estricto de preferencia, una rigurosa prioridad en el tiempo. El primero en inscribir tiene un derecho que prevalece sobre los derechos de los usuarios posteriores. Por tanto, es evidente, a nuestro modo de ver, que el conocimiento instantáneo y en tiempo real del contenido del Registro de la Propiedad proporcionaría al adquirente —un consumidor, en el caso de ventas empresariales— una seguridad jurídica importantísima. Y lo cierto es que en nuestra legislación actual no hay instrumentos legales que

permitan garantizar totalmente al adquirente ni la libertad de cargas, ni la titularidad de los derechos que están inscritos en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto, la protección registral plena; ni siquiera contando con toda la colaboración de notarios y registradores, implementada en sucesivas y útiles reformas de coordinación entre notarías y registros, y aunque los particulares actúan con la máxima diligencia posible, se pueden tener absoluta certeza.

Por todo ello, y con el máximo respeto a la integridad de los datos inscritos en el Registro de la Propiedad, a su confidencialidad y a la labor profesional de calificación del negocio que corresponde a los registradores, proponemos un sistema de acceso directo al Registro que, sin provocar su cierre, ni siquiera temporal, permita conocer en tiempo real la identidad del titular y la existencia o inexistencia de cargas, así como adquirir prioridad en el tiempo.

538

Otro apartado, que trataré brevemente, es el de la conservación o protocolización de documento extendido en soporte informático: por un lado, los que constan en protocolos notariales y, por otro, los que constan en otro tipo de archivos o colecciones privadas o de la Administración. Los instrumentos de archivo informático respecto a los incorporados a los protocolos notariales propiedad del Estado sólo necesitan de la adecuación a este respecto al Reglamento notarial, que no pudo conocer de la existencia de tales documentos cuando se publicó y, en ese sentido, proponemos algunas normas concretas. Por otro lado, la conservación de los documentos electrónicos en otros registros, archivos y dependencias debería ser igualmente regulada en condiciones que garantizaran su integridad y perdurabilidad, a fin de que subsistan algo más allá del tiempo en que son jurídicamente útiles, aunque supongo que los historiadores lo querrán más tiempo.

Por último, trataré el tema del valor y la eficacia jurídica de los documentos informáticos creados en las redes telemáticas. Sin duda, ésta es una cuestión importantísima y que

quizá requeriría mucho más tiempo del que entiendo que pueda disponer esta tarde, pero algunas cuestiones básicas sí que nos interesan destacar desde el Notariado. Como antes dije, desde siempre el comercio ha dictado sus propias normas, que consagra la costumbre y, por otro lado, la actuación conjunta de personas de diferentes países o, peor aún a este respecto, de identidad desconocida, hace difícil resolver las cuestiones de competencia estatal, de a qué Estado le corresponde regular ese comercio. La vía de la armonización de las legislaciones estatales es deseable y, sin duda, seguirá desarrollándose, pero tardará tiempo y, seguramente, nunca conseguirá ir por delante, sino, más bien, por detrás de la realidad. Pero lo que, en nuestra opinión, cada Estado puede y debe hacer es dejar claras las reglas del juego propias en lo que se refiere a la prestación de los servicios de ese propio Estado. Las partes contratarán como quieran o puedan, pero la definición de los medios de prueba, la atribución o no de fuerza ejecutiva a ciertos actos, el valor legitimador de la inscripción en ciertos registros o los requisitos de acceso a ellos, sólo a cada Estado, al titular de esos servicios, le corresponde establecerlos. En nuestra opinión, el Estado debe hacer saber a todo el mundo –y nunca mejor utilizada la expresión– cuáles son sus planteamientos, sus requisitos y el valor o eficacia que va a atribuir a dichos documentos. Quien necesite de los servicios del Estado se preocupará por atenerse a sus exigencias. En nuestra opinión, un criterio simple, prudente y útil que puede seguirse al respecto es el de no permitir que el medio informático utilizado modifique, salvo cuando sea imprescindible –y raramente lo será–, la consideración sustantiva de la cuestión. Si las firmas digitales en definitiva son firmas, el efecto de ponerlas debe ser el de una firma, independientemente de que el Estado regule cuál es la manera técnica en que debe crearse o ponerse la firma en el documento. En este sentido, creemos que acierta la Ley de Condiciones Generales de la Contratación cuando despacha este tema al decir-

se en ella: sin necesidad de firma convencional. Es decir, admitiendo, por tanto, cualquier otra.

Lo mismo podemos decir de los documentos electrónicos que, en definitiva, no son más que documentos toda vez que se hayan generado en la forma que se establezca. Por tanto, si se trata de un documento electrónico privado sus efectos deberán ser los mismos del documento privado, y si se trata de un documento electrónico público sus efectos deberán ser los mismos que en el documento público.

540

La función de las formas públicas en orden a la atribución de la fuerza ejecutiva de ciertos contratos, a la documentación de la transmisión de inmuebles, cuando se pretende que ésta tenga acceso al Registro de la Propiedad, o la constitución de ciertos derechos, como, por ejemplo, la hipoteca, sigue cumpliéndose, por más que también es posible ya plasmar los documentos en forma electrónica. La atribución de una determinada eficacia a las formas públicas que el Estado ha venido haciendo tradicionalmente no se deriva en modo alguno del medio que se haya podido utilizar a lo largo del tiempo: se deriva de la fiabilidad que, por ley, el Estado otorga al documento que autoriza o genera un determinado funcionario público, y también se deriva, a efectos prácticos, de la confianza que el Estado presta a la intervención de ese funcionario público en cuanto a la calificación del negocio, en cuanto a la integración que dentro del ordenamiento jurídico pueda tener ese negocio, o en cuanto a la identificación de las partes, además de derivarse, por supuesto, de las labores de asesoramiento, instrucción o vigilancia que pueda realizar ese funcionario público respecto de la mejor plasmación posible de los intereses y deseos de las partes en relación con el documento en cuestión.

Como ya he anticipado, parece que estos criterios son los que van a imperar en los Estados de la Unión Europea, criterios que se han ido plasmando en los borradores de las diferentes directivas en que se está trabajando en relación

con esta materia, y que renuncian, desde luego, a la posibilidad de establecer una ley de comercio electrónico o a la de establecer una normativa sustantiva, al pretenderse únicamente regular las cuestiones técnicas de este tipo de comercio.

Un último problema puntual, relacionado con la posible preocupación que cada Estado pueda tener a la hora de proteger sus legítimos intereses, podría surgir al tratar de evitar que sus normas imperativas queden burladas cuando el comercio se realice dentro de la red o cuando se les pueda imponer a sus súbditos una normativa o una prescripción no concorde con su ordenamiento interno. En este sentido, entendemos que una vía eficaz de salvaguardia puede ser la que ya se utiliza en función de la Ley de Condiciones General de la Contratación -Ley que ya he citado varias veces quizá por ser tan moderna y porque además parece que en un cierto sentido ya va teniendo en cuenta estos problemas-, es decir, privar de eficacia aquellas condiciones generales de los contratos por las que se sujete de forma imperativa a las partes a decisiones arbitrales por organismos que no sean reconocidos por el Estado.

541

Esto es todo lo que quería decir sobre estas cuestiones.

Quisiera reiterar mi agradecimiento por la posibilidad que se nos ha ofrecido para comparecer esta tarde en esta Comisión, posibilidad a la que podríamos dar continuidad en lo sucesivo, en aquello que de nosotros dependa, bien dentro de esta misma Comisión, bien en cualquier otra, si es que hay otros aspectos por los que se considere adecuada nuestra intervención de nuevo.

Gracias.